Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

ESTUDIOS DOCTRINALES

SERGIO GARCÍA Y JULIETA MORALES
Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana

MIGUEL REVENGA Y ROCÍO G. QUIÑONES
Los *claroscuros* de la justicia constitucional: un enfoque comparado México y España

SILVIA ROMBOLI
La virtualidad de la cuestión de inconstitucionalidad en la protección de los derechos de los particulares

CARLOS M. MOLINA Y SERGIO O. SILVA
El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica

LUCIANO D. LAISE
¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ Y YANIRA ZÚÑIGA
¿Resulta constitucional un sistema de plazos sin expresión de causa en el ordenamiento jurídico chileno?

ROSA ELIZABETH GUIO CAMARGO
Reflexiones sobre el estatuto jurídico de la infancia y adolescencia colombiana y su aplicación en la justicia constitucional

CRISTIAN ALTAVILLA
El control de constitucionalidad en el derecho constitucional subnacional argentino

GONZALO GABRIEL CARRANZA
Límites al feudalismo en el federalismo argentino

24

Número 1
enero/junio
2020

ESTUDIOS DOCTRINALES

■

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

■

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional
ISSN-L 1138-4824
Núm. 24(1), enero-junio 2020

Directores

Javier Díaz Revorio, Universidad de Castilla-La Mancha
Joan Oliver Araujo, Universidad de las Islas Baleares

Secretario

David Delgado Ramos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

Vocales

Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia
Raúl Canosa Usera, Universidad Complutense, Madrid
José María Castellá, Universidad de Barcelona
Domingo García Belaunde, Pontificia Universidad Católica del Perú
Piedad García-Escudero Márquez, Universidad Complutense, Madrid
Ricardo Haro, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Luis López Guerra, Universidad Carlos III, Madrid
Jorge Miranda, Universidad de Lisboa
Josefa Ridaura, Universidad de Valencia
Diego Valadés Ríos, Universidad Nacional Autónoma de México

Comité Científico Asesor

ALEMANIA
Peter Häberle, Universidad de Bayreuth
Armin von Bogdandy, Instituto Max Planck, Heidelberg

ARGENTINA
Jorge Omar Bercholc, Universidad de Buenos Aires
Walter F. Carnota, Universidad de Buenos Aires
Alberto R. Dalla Via, Universidad de Buenos Aires
Antonio María Hernández, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Juan Carlos Hitters, Universidad Nacional de La Plata
Patricio Maraniello, Universidad de Buenos Aires
Daniel Alberto Sabsay, Universidad de Buenos Aires
Néstor Pedro Sagüés, Universidad de Buenos Aires
Jorge Reinaldo Vanossi, Universidad de Buenos Aires
Alberto Zarza Mensaque, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

BOLIVIA
Jorge Asbun Rojas, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra
José Antonio Rivera Santiváñez, Universidad Mayor de San Simón

BRASIL
José Afonso da Silva, Universidad de São Paulo
Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontificia Universidad Ca¬tólica de São Paulo
José Carlos Barbosa Moreira, Universidad del Estado de Río de Janeiro
Luís Roberto Barroso, Universidad del Estado de Río de Janeiro
Paulo Bonavides, Universidade Federal do Ceará
Dalmo A. Dallari, Universidad de São Paulo
Ivo Dantas, Universidad Federal de Pernambuco
Gilmar Ferreira Mendes, Supremo Tribunal Federal
Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Universidad de São Paulo
Eros Roberto Grau, Supremo Tribunal Federal
Regina María Macedo Nery Ferrari, Universidad de Curitiba
José M.ª Othon Sidou, Academia Brasileira de Letras Jurí¬dicas
Lenio Luiz Streck, Universidad de Vale do Rio dos Sinos

CHILE
José Luis Cea Egaña, Pontificia Universidad Católica de Chile
Humberto Nogueira Alcalá, Universidad Talca
Lautaro Ríos Álvarez, Universidad de Valparaíso
Fernando Saenger Gianoni, Universidad Católica de la San¬tísima Concepción
Alejandro Silva Bascuñán, Universidad Central de Chile

COLOMBIA
Manuel José Cepeda Espinosa, Universidad de los Andes
Eduardo Cifuentes Muñoz, Universidad de los Andes
Augusto Hernández Becerra, Universidad Externado de Colombia
Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional
Julio César Ortiz, Universidad Externado
Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado
Álvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional
Jaime Vidal Perdomo, Corte Constitucional

COSTA RICA
Rubén Hernández Valle, Universidad de Costa Rica
Víctor Eduardo Orozco Solano, Universidad de Costa Rica

CUBA
Diego F. Cañizares Abeledo, Universidad de La Habana
Eduardo Lara Hernández, Unión Nacional de Juristas de Cuba

ECUADOR
Rodrigo Borja, Universidad de Quito
Oswaldo Cevallos Bueno, Tribunal Constitucional
Hernán Salgado Pesantes, Pontificia Universidad Católica del Ecuador

EL SALVADOR
Salvador Enrique Anaya, Universidad del Salvador
Mario Antonio Solano Ramírez, Tribunal Supremo

ESPAÑA
Eliseo Aja, Universidad de Barcelona
Óscar Alzaga Villaamil, Universidad Nacional de Educación a Distancia
Miguel Ángel Aparicio, Universidad de Barcelona
Manuel Aragón Reyes, Universidad Autónoma de Madrid
Roberto L. Blanco Valdés, Universidad de Santiago de Com¬postela
Ana María Carmona Contreras, Universidad de Sevilla
José Luis Cascajo, Universidad de Salamanca
Javier Corcuera Atienza, Universidad del País Vasco
Pedro Cruz Villalón, Universidad Autónoma de Madrid
Eduardo Espín Templado, Universidad de Castilla-La Mancha
Ángela Figueruelo, Universidad de Salamanca
Teresa Freixes Sanjuán, Universidad Autónoma de Barcelona
Manuel B. García Álvarez, Universidad de León
Mariano García Canales, Universidad de Murcia
Javier García Fernández, Universidad de Alicante
José Luis García Guerrero, Universidad de Castilla-La Mancha
María del Rosario García Mahamut, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana
Javier García Roca, Universidad Complutense, Madrid
Ángel Garrorena Morales, Universidad de Murcia
Dolores González Ayala, Universidad Carlos III, Madrid
Esther González Hernández, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid
Pedro González-Trevijano, Tribunal Constitucional
Luis Ignacio Gordillo, Universidad de Deusto
Luis Jimena Quesada, Universidad de Valencia
Javier Jiménez Campo, Tribunal Constitucional
Juan Fernando López Aguilar, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Raúl Morodo Leoncio, Universidad Complutense, Madrid
Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Tribunal Supremo
Alberto Pérez Calvo, Universidad Pública de Navarra
Pablo Pérez Tremps, Universidad Carlos III, Madrid
Antonio Porras Nadales, Universidad de Sevilla
Artemi Rallo Lombarte, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana
Miguel Revenga Sánchez, Universidad de Cádiz
Agustín Ruiz Robledo, Universidad de Granada
Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén
Remedio Sánchez Ferriz, Universidad de Valencia
Antonio Torres del Moral, Universidad Nacional de Educación a Distancia
Rosario Tur Ausina, Universidad Miguel Hernández de Elche
José Manuel Vera Santos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid
Jaume Vernet i Llobet, Universidad Rovira i Virgili
Roberto Viciano, Universidad de Valencia
Camino Vidal Fueyo, Universidad de Burgos

FRANCIA
Guillaume Tusseau, Sciences Po, Paris

GUATEMALA
Jorge Mario García Laguardia, Universidad de San Carlos de Guatemala
Carmen M.ª Gutiérrez de Colmenares, Tribunal Constitu¬cional

HONDURAS
José Rolando Arriaga M., Tribunal Supremo

ITALIA
Roberto Rombolli, Universidad de Pisa
Giancarlo Rolla, Universidad de Génova
Lucio Pegoraro, Universidad de Bolognia

MÉXICO
César Astudillo Reyes, Universidad Autónoma de México
José Barragán Barragán, Universidad Nacional Autónoma de México
Miguel Carbonell, Universidad Autónoma de México
José Ramón Cossío Díaz, Suprema Corte de Justicia de la Nación
Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Universidad Nacional Autónoma de México
Héctor Fix-Zamudio, Universidad Nacional Autónoma de México
Sergio García Ramírez, Corte Interamericana de Derechos Humanos
Felipe de la Mata Pizaña, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Mario Melgar Adalid, Universidad Nacional Autónoma de México
J. Jesús Orozco Henríquez, Tribunal Electoral Federal
José Ovalle Favela, Universidad Nacional Autónoma de México
José Luis Soberanes Fernández, Comisión Nacional de Derechos Humanos
Salvador Valencia Carmona, Universidad Nacional Autónoma de México
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Universidad Nacional Autónoma de México

NICARAGUA
Iván Escobar Fornos, Tribunal Supremo

PANAMÁ
Arturo Hoyos, Tribunal Supremo
Francisco Rodríguez Robles, Universidad de Panamá

PARAGUAY
Luis Lezcano Claude, Tribunal Supremo
Jorge Seall-Sasiaín, Universidad Nacional de Asunción

PERÚ
Enrique Bernales Ballesteros, Pontificia Universidad Católica del Perú
Alberto Borea Odría, Pontificia Universidad Católica del Perú
Francisco J. Eguiguren Praeli, Pontificia Universidad Católica del Perú
César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del Perú
Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú
Eloy Espinosa-Saldaña, Tribunal Constitucional del Perú

POLONIA
Krystian Complak, Universidad de Wroclaw

PORTUGAL
José J. Gomes Canotilho, Universidad de Coímbra
Vital M. Moreira, Universidad de Coímbra
Afonso d'Oliveira Martins, Universidades Lusíada
María Fernanda Palma, Tribunal Constitucional
Marcelo Rebelo de Sousa, Universidad de Lisboa

URUGUAY
Rubén Correa Freitas, Universidad de la Empresa
Eduardo Esteva Gallicchio, Universidad Católica del Uruguay
Martín Risso Ferrand, Universidad Católica del Uruguay

VENEZUELA
Asdrúbal Aguiar Aranguren, Universidad Católica Andrés Bello
José Guillermo Andueza, Universidad Central de Venezuela
Carlos M. Ayala Corao, Universidad Católica Andrés Bello
Allan R. Brewer-Carías, Universidad Central de Venezuela
Josefina Calcaño de Temeltas, Academia de Legislación y Jurisprudencia
Ricardo Combellas, Universidad Central de Venezuela

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

24

Número 1

enero/junio

2020

ISSN-L: 1138-4824

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Los contenidos del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional están disponibles en acceso abierto en las direcciones:

Revistas electrónicas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8

Repositorio Español de Ciencia y Tecnología
http://recyt.fecyt.es/index. php/AIJC/index

Catálogo General de Publicaciones Oficiales
http://publicacionesoficiales.boe.es

Dialnet
https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=4240

SUSCRIPCIONES

Para adquirir números sueltos en papel debe dirigirse a:
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 MADRID (España)
Tel. (34) 91 4228 972/91 4228 973
email: suscripciones@cepc.es
http://www.cepc.gob.es/tienda/c%C3%B3mo-comprar-una-revista

El Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional cumple con los criterios de calidad LATINDEX y está indizado en SCOPUS.

ISSN-L: 1138-4824 DOI: 10.18042/cepc/aijc NIPO pdf: 091-20-042-0
Depósito legal: M. 491-1997 NIPO html: 091-20-043-6

Fotocomposición: bitono comunicación, S.L. - Colombia, 14 - 28791 Soto del Real

PAPEL RECICLADO
LIBRE DE CLORO

SUMARIO

Núm. 24(1), año 2020

ESTUDIOS DOCTRINALES

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ Y JULIETA MORALES SÁNCHEZ
Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana . . 11-49

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ Y ROCÍO G. QUIÑONES ANDRADE
Los *claroscuros* de la justicia constitucional: un enfoque comparado México y España 51-82

SILVIA ROMBOLI
La virtualidad de la cuestión de inconstitucionalidad en la protección de los derechos de los particulares 83-115

CARLOS M. MOLINA BETANCUR Y SERGIO O. SILVA ARROYAVE
El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica . . . 117-145

LUCIANO D. LAISE
¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial? 147-173

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ Y YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO
¿Resulta constitucional un sistema de plazos sin expresión de causa en el ordenamiento jurídico chileno? 177-206

ROSA ELIZABETH GUIO CAMARGO
Reflexiones sobre el estatuto jurídico de la infancia y adolescencia colombiana y su aplicación en la justicia constitucional 207-236

CRISTIAN ALTAVILLA
El control de constitucionalidad en el derecho constitucional subnacional argentino 237-267

GONZALO GABRIEL CARRANZA
Límites al feudalismo en el federalismo argentino. 269-297

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

JORGE O. BERCHOLC: *La producción del Tribunal Constitucional de España a través del control de constitucionalidad. El rol desempeñado por el tribunal en el sistema político-institucional español,* por Sebastián Sancari 301-305

ENRIQUE BELDA: *Dignidad y Discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos,* por Amir Al Hasani Maturano 305-309

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA: *Los Tratados Internacionales y el principio democrático,* por Cecilia Rosado Villaverde 309-315

TABLE OF CONTENTS

Issue 24(1), Year 2020

STUDIES

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ AND JULIETA MORALES SÁNCHEZ
Transforming vocation of the inter-american caselaw. 11-49

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ AND ROCÍO G. QUIÑONES ANDRADE
The *lights and shadows* of Constitutional Justice: a comparative approach Mexico-Spain 51-82

SILVIA ROMBOLI
The virtues of the question of unconstitutionality in the protection of the rights of individuals 83-115

CARLOS M. MOLINA BETANCUR AND SERGIO O. SILVA ARROYAVE
The judicial activism of the constitutional judge in Latin-America and Spain 117-145

LUCIANO D. LAISE
Can the expansion of right of access to justice increment judicial activism? 147-173

CASE LAW

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ AND YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO
Is abortion on-demand allowed by the Constitution of Chile?. . 177-206

ROSA ELIZABETH GUIO CAMARGO
Analysis on the Colombian childhood and adolescence statute and it`s application in constitutional justice 207-236

CRISTIAN ALTAVILLA
The constitutional control in the argentine subnational constitutional law 237-267

GONZALO GABRIEL CARRANZA
Limits to feudalism in Argentine's federalism. 269-297

BOOKS REVIEWS

JORGE O. BERCHOLC: *La producción del Tribunal Constitucional de España a través del control de constitucionalidad. El rol desempeñado por el tribunal en el sistema político-institucional español,* by Sebastián Sancari 301-305

ENRIQUE BELDA: *Dignidad y Discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos,* by Amir Al Hasani Maturano. 305-309

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA: *Los Tratados Internacionales y el principio democrático,* by Cecilia Rosado Villaverde. 309-315

ESTUDIOS DOCTRINALES

VOCACIÓN TRANSFORMADORA DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA[1]

Transforming vocation of the inter-american caselaw

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ[2]
Universidad Nacional Autónoma de México
sgriijunam@gmail.com

JULIETA MORALES SÁNCHEZ[3]
Universidad Nacional Autónoma de México
juliettemora@hotmail.com

Cómo citar/Citation
García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J. (2020).
Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(1), 11-49.
doi: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.01

Resumen

Así como existe un constitucionalismo transformador, que aspira a modificar el orden prevaleciente y abrir nuevos rumbos a la vida social, existe una jurisprudencia internacional del mismo signo en el ámbito de la tutela de los derechos humanos. La Corte Interamericana ha asumido esa vocación transformadora y emitido una jurisprudencia, creciente y variada, que pretende introducir en la región de su competencia cambios sustanciales en el orden jurídico interno y en la práctica

---

1 En la elaboración de este trabajo contamos con la valiosa colaboración, que agradecemos, de Irving Ilán Rodríguez Vargas, asistente de investigación, y Tania González Kazén, de la Universidad Nacional Autónoma de México.

2 Profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador nacional emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Exjuez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Doctor en Derecho, *magna cum laude*, por la UNAM.

3 Profesora titular «A» de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigadora nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Doctora en Derecho por la UNAM y doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha.

de los Estados americanos, especialmente los que forman parte de América Latina. Este trabajo ofrece un resumido panorama de la jurisprudencia interamericana más reciente en la que destaca la pretensión transformadora. Se cubre un amplio conjunto de temas que la Corte Interamericana ha abordado en sentencias y opiniones consultivas de los últimos años. Los autores aluden a cuestiones centrales en el ejercicio de la jurisdicción interamericana, como son la protección de la dignidad humana, los deberes de los Estados, el control de convencionalidad, la tutela a personas vulnerables y otras cuestiones de importancia destacada. Igualmente se da cuenta de decisiones relevantes en materia de derechos económicos, sociales y culturales, derecho a la verdad y régimen democrático, y se alude a la recepción interna de la jurisprudencia internacional.

Palabras clave

Corte Interamericana de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; «Navegación Americana»; jurisprudencia; recepción interna; *Ius Commune*; vulnerables; reparaciones; control de convencionalidad; democracia; justicia transicional; medidas provisionales; derechos económicos, sociales y culturales.

Abstract

Just as there is a transformative constitutionalism that aims to transform the prevailing order and open new avenues for social life, there is international caselaw in the same vein for the protection of human rights. Within the region under its jurisdiction, the Inter-American Court has taken on this transforming vocation and issued growing and varied caselaw that strives to introduce substantial changes in the domestic legal orders and practices in the American States, especially those that form part of Latin America. This work provides a brief overview of the most recent Inter-American caselaw that highlights this intent to transform. It covers a wide range of issues that the Inter-American Court has addressed in judgments and advisory opinions in recent years. The authors discuss core issues in the exercise of Inter-American jurisdiction, such as the protection of human dignity, the obligations of States, conventionality control, the protection of vulnerable persons and other matters of paramount importance. It also gives an account of significant decisions in the field of economic, social and cultural rights, the right to truth and democratic rule, and mentions the internal acceptance of international caselaw.

Keywords

Inter-American Court of Human Rights; American Convention on Human Rights, "American Navigation"; Caselaw; Internal Acceptance; *Ius Commune*; Vulnerable persons; Reparation; Conventionality Control; Democracy; Transitional Justice; Provisional Measures; Economic, Social and Cultural Rights.

SUMARIO

I. VOCACIÓN TRANSFORMADORA. II. LA «NAVEGACIÓN AMERICANA». III. HACIA EL *IUS COMMUNE*. IV. CUMPLIMIENTO Y TRASCENDENCIA. V. PRIMER IMPACTO. VI. DEBERES DE LOS ESTADOS. VII. LOS VULNERABLES: 1. IGUALDAD Y ESPECIFICIDAD. 2. MUJERES. 3. NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. 4. ADULTOS MAYORES. 5. INDÍGENAS. 6. POBRES. 7. ENFERMOS Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 8. MIGRANTES. 9. PRIVADOS DE LA LIBERTAD. 10. LGBTI. 11. OTROS SUPUESTOS. VIII. REPARACIONES. IX. MEDIDAS PROVISIONALES. X. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. XI. DIGNIDAD. XII. DERECHO A LA VERDAD. XIII. DESCA. XIV. DEMOCRACIA Y SEPARACIÓN DE PODERES. XV. MILITARES. XVI. JUSTICIA TRANSICIONAL. *Bibliografía. Instrumentos internacionales. Informes. Jurisrpudencia. Normativa. Otros.*

I. VOCACIÓN TRANSFORMADORA

A menudo se ha mencionado la naturaleza «transformadora» de algunos ordenamientos, entre ellos, por supuesto, los constitucionales (Bogdandy, 2015; Valadés, 2016; Bogdandy *et al.*, 2018). Ese mismo carácter puede revestir la jurisprudencia de los tribunales, especialmente de los que se hallan dotados de atribuciones para interpretar «reconstructivamente» los textos de mayor alcance: constituciones y tratados internacionales. Tal es el caso, a nuestro juicio, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (García, 2018b: 41-42), a cuyos pronunciamientos nos hemos referido en varias ocasiones con la hospitalidad de este *Anuario* (García, 1999; García, 2003; García, 2007; García y Morales, 2009, 2013, 2016; García, 2014a).

II. LA «NAVEGACIÓN AMERICANA»

Es pertinente afirmar, a título de primera referencia, que la creación misma del Tribunal, tras amplios y arduos esfuerzos dentro de lo que se ha llamado la «navegación americana» por los derechos humanos (García, 2014), constituye la insignia de los cambios que esta jurisdicción se propone alcanzar. El «santo y seña» se halla en el preámbulo filosófico-político de la

Convención Americana[4]. Del esfuerzo renovador emprendido a partir de 1945 dan testimonio los juristas que asistieron al difícil advenimiento del Sistema Interamericano (Torres, 2012: 278 y ss.), en una era de dictaduras que ciertamente no favorecían el progreso democrático y el imperio de los derechos fundamentales.

Fue significativo el paso adelante en la Conferencia de Bogotá, en 1948, cuando se adoptó la primera declaración supranacional de derechos humanos, anterior a la universal[5]. Por ello se puede decir, con cierta libertad, que ese documento fue el «acta de advenimiento» del derecho internacional de los derechos humanos. En Bogotá se pretendió reconstruir América entre tensiones históricas: monroísmo y bolivarismo (Moreno, 1977: 72-89); renovar las relaciones sociales frente al autoritarismo imperante; rescatar los derechos de la mujer[6], mitad de la población, y asumir el signo social del derecho[7], que se abría paso en las constituciones del siglo xx (Cossío, 2017). La convergencia de los textos fundamentales en nuestra región favoreció —a diferencia de lo ocurrido en el orden mundial— la internacionalización americana de los derechos humanos (Jiménez, 1960: 9; García, 1960: 108).

De esta suerte se puso el fundamento convencional, que sustentaría los posteriores desarrollos jurisdiccionales de un proyecto transformador que operaría sobre algunas plagas de la región —sin embargo, aún subsistentes—, impugnando la tiniebla (García, 2019: 13), y fincaría las expectativas justicieras de los pueblos americanos, disipando la injusticia —que no cede (García, 2019: 14)—. La Corte Interamericana inició sus tareas con el fuerte antecedente de la jurisprudencia europea y de las incitaciones tutelares del orden mundial (Garro, 2013: 1159 y ss.; García, 2018a: 208-209), a las condiciones específicas del continente americano. Pronto llegaría el tiempo de elevar la voz con criterios propios, ajustados, como se propuso en la instalación del Tribunal (Corte IDH, 2005: 419-420 y 427-428).

En el curso de cuatro décadas, tiempo en el que se ha desplegado la actividad de esa Corte (Corte IDH, 2018z: 7; García, 2018b: 29-30), la instancia jurisdiccional interamericana —en el mismo rumbo, por supuesto, de la

---

4 «Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre».

5 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 2 de mayo de 1948.

6 Durante esta Conferencia se adoptaron dos tratados relativos a los derechos de la mujer: la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, y la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer.

7 Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, 1948.

correspondiente Comisión regional (Santoscoy, 1995: 18; González, 2013: 31-32)— ha podido establecer criterios orientadores —dotados de eficacia vinculante— en torno al régimen de los derechos humanos aplicable a los Estados que han adoptado la Convención Americana de aquella especialidad —el Pacto de San José[8]— y, sobre todo, a los que han reconocido la competencia de la Corte para resolver litigios planteados por la vía contenciosa[9].

III. HACIA EL *IUS COMMUNE*

Es importante destacar todo esto cuando se analiza el papel de la Corte Interamericana en la formación del denominado *ius commune* interamericano, tarea que ha captado la atención de muchos analistas en años recientes (Bogdandy, 2015: 3-50; Ferrer *et al.*, 2016). Consideramos que este papel ha sido muy relevante y ha contribuido a satisfacer la vocación transformadora de la Corte, expresada a través de su cada vez más conocida jurisprudencia (García, 2004: V).

El Tribunal regional posee una cuádruple competencia jurisdiccional, además de sus atribuciones normativas y administrativas (García, 2019a: 116), previstas en la Convención Americana y sus derivados: estatuto y reglamento del Tribunal (Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1979; Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009). Al amparo de aquella competencia, se pronuncia a través de opiniones consultivas[10], sentencias[11] y otras resoluciones estrictamente jurisdiccionales que contribuyen a la formación de derecho común.

Los criterios adoptados por la Corte en sus sentencias poseen fuerza vinculante para las partes en la contienda, esto es, *inter partes*, pero también para quienes no han participado en ella pero han suscrito y ratificado la Convención Americana o adherido a esta: fuerza *erga omnes.* Es así en tanto ese tribunal regional actúa como intérprete oficial —en única instancia— de las estipulaciones de la Convención y otros tratados que le confieren competencia

---

8 Desde la adopción del tratado, 25 Estados americanos la han suscrito; sin embargo, dos Estados (Venezuela y Trinidad y Tobago) han denunciado la Convención. Información disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm.

9 Actualmente, veinte Estados han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Información disponible en: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm.

10 CADH, art. 64.

11 CADH, art. 62.

material (Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 1985: art. 8; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [«Protocolo de San Salvador»], 1988: art. 19.6; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, 1994: art. XIII; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer [«Convención de Belém do Pará»], 1994 art. 12; Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, 2013: art. 15; Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, 2015: art. 36).

La misma eficacia vinculante caracteriza a las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH, que en una primera etapa integraron el «cimiento» jurisdiccional de aquella, si se permite la expresión (García, 2019: 54). La fuerza vinculante de las opiniones consultivas, inicialmente cuestionada por la propia Corte (Corte IDH, 1982: 51; 1983: 32), aunque sostenida por cierto sector de la doctrina (Gómez-Robledo, 2000: 45; Faúndez, 2004: 989-993), fue reconocida por aquella en fecha reciente (Corte IDH, 2014b: 31), habida cuenta de que en tales pronunciamientos —no menos que en las sentencias— el Tribunal regional establece el sentido y el alcance de las normas convencionales americanas (Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1979; Corte IDH, 2016: 26). Finalmente, la misma Corte, y, en su hora, los tribunales domésticos, se atendrán a los criterios establecidos por ella.

IV. CUMPLIMIENTO Y TRASCENDENCIA

No ignoramos los pareceres y el debate en torno al cumplimiento de las sentencias del Tribunal Interamericano, y el frecuente señalamiento de que hay una brecha notable entre las decisiones jurisdiccionales y su ejecución plena por parte de los Estados sujetos a esa jurisdicción (Albanese, 2018: 14 y 15). Sin embargo, es preciso mencionar —así sea brevemente— que: a) la función del Tribunal debe ponderarse tanto desde la perspectiva del cumplimiento de los muy diversos y numerosos puntos contenidos en una condena —que rara vez se concentra en un solo tema (García, 2019: 67)—, y no en la totalidad de estos —«todo o nada», se dice (Chacón, 2015: 26)—; y b) esa función debe analizarse con una óptica mucho más penetrante y reveladora: la de su «trascendencia» en la formación del orden jurídico interamericano, que ha sido importante (García, 2018b: 64) y en algunos casos decisiva para la adopción de nuevos rumbos legales, políticos o jurisprudenciales (Ferrer y Silva, 2013: 185-235).

Nada de esto oculta o soslaya el enorme esfuerzo que es preciso ejercer para alcanzar mayor y mejor cumplimiento de las condenas y, más todavía, para fortalecer al Sistema Interamericano sobre el que suelen soplar vientos encontrados. De ahí que sostengamos que la construcción del Sistema Interamericano es una obra siempre en proceso, nunca consumada, y que su consolidación —e incluso su existencia, bajo los cánones que presidieron su fundación y han prevalecido en su desarrollo— se halla en constante riesgo (García, 2018: 187-188). En la última década hubo movimientos de revisión que pudieron debilitar al Sistema (CIDH, 2012; Orozco, 2014: 4-8; Clínica de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, 2018: 105-108), y en días recientes, algunas iniciativas inquietantes, que quizá han amainado, corrieron en el mismo sentido[12].

En este trabajo, cuya intención es poner a la vista en forma sumaria los extremos que caracterizan la función transformadora de la jurisprudencia del Tribunal regional americano, solo nos referiremos a algunos aspectos significativos de aquella. Con ese fin distribuiremos la exposición en apartados que consideramos relevantes y citaremos cierto número de pronunciamientos que acreditan esa función —o más aún: esa vocación— transformadora, tanto en el inicio de las actividades de la Corte como en los últimos años. Por supuesto, hay obras que ofrecen una descripción más detallada de los temas abordados por el Tribunal (García, 2018a; Medina, 2018). Nos remitimos a esas obras y a las publicaciones —«cuadernos»— elaborados por este, que constituyen una buena fuente para el conocimiento y el análisis de esta materia (Corte IDH, 2017e, 2017f, 2017g, 2017h, 2017i, 2017j, 2017k, 2017l, 2018n, 2018o, 2018p, 2018q, 2018r, 2018s, 2018t, 2018u, 2018v, 2018w, 2018x, 2018y, 2019b, 2019c, 2019d, 2019e)[13]. En ese acervo figuran otras

---

[12] Cfr. Declaración sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos, suscrito por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Paraguay. Disponible en: http://www2.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos humanos?ccm_paging_p=7.

[13] Cfr. Corte IDH (2017). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 1: pena de muerte*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2017). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 2*: personas en situación de migración y refugio*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2017). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 3: *personas situación desplazamiento*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 4*: género*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2018). *Cuader-*

publicaciones preparadas y difundidas por el Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Observatorio de Jurisprudencia Interamericana, 2015, 2015a, 2015b, 2015c, 2016).

---

nillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 5*: niños, niñas y adolescentes*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2017). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 6*: desaparición forzada*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2019). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 7*: control de convencionalidad*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2017). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 8*: libertad personal*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2017). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 9*: personas privadas de la libertad*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 10*: integridad personal*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 11*: pueblos indígenas*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2017). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 12*: debido proceso*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 13*: protección judicial*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2019). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 14*: igualdad y no discriminación*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2017). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 15*: justicia transicional*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 16*: libertad de pensamiento y expresión*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 17*: interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario*. San José: Corte IDH-Comité Internacional de la Cruz Roja; (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 18*: casos contenciosos sobre El Salvador*. San José: Corte IDH-Fundación Heinrich Böll Stiftung; (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 19*: derechos de personas LGBTI*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 20*: derechos políticos*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 21*: derecho a la vida*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ); (2019). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 22*: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ), y (2019). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº* 23*: corrupción y derecho humanos*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

V. PRIMER IMPACTO

La existencia misma de una jurisdicción interamericana incidió en las ideas y las prácticas a propósito de la soberanía, los sujetos del derecho internacional y la intervención externa en la solución de problemas domésticos (García, 1960: 312-314). La declinación paulatina —que no es total— de los argumentos autoritarios anclados en antiguos conceptos del orden constitucional e internacional alentó la navegación americana y aportó el fundamento sobre el que se erigiría la jurisprudencia transformadora del Tribunal Interamericano.

Las determinaciones iniciales de la Corte por vía consultiva —seguida por la contenciosa— indujeron una profunda transformación en el orden jurídico de los Estados americanos. En este proceso figuran las señeras opiniones del Tribunal en torno a la aplicación de tratados internacionales (Corte IDH, 1982), la supresión de la pena de muerte —tema crucial en el ámbito de los derechos humanos (Corte IDH, 1983)—, el reconocimiento de la igualdad y el principio de no discriminación (Corte IDH, 1984), la libertad de expresión —piedra básica en el ejercicio de la democracia— (Corte IDH, 1985), la legitimidad de la ley, más allá de su formalidad constitucional (Corte IDH, 1986), la existencia de un «núcleo duro de derechos», sustraído a medidas de suspensión o abolición en situaciones de emergencia (Corte IDH, 1987), y el rechazo de la expedición —no solo la aplicación— de leyes violatorias del derecho tutelar interamericano.

El segundo esfuerzo de transformación emprendido por la jurisprudencia interamericana que interesa mencionar en esta apretada reseña tiene que ver con la violencia extrema. Esta ha campeado en América Latina, al calor de la debilidad institucional y los excesos autoritarios. La jurisprudencia interamericana inició el examen de la desaparición forzada, cuando aún no se contaba con instrumentos mundiales[14] o regionales[15] sobre esta forma de violencia, que vulnera diversos derechos (Corte IDH, 1988: 149-158; 2009a: 59 y 87-101; 2018m: 165).

En el marco de las decisiones jurisdiccionales acerca de la desaparición forzada, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones de semejante gravedad, la Corte ha elaborado una doctrina —que se alojaría en una jurisprudencia constante y evolutiva— a propósito de la investigación de las violaciones (Parra, 2012: 9-23). Ampliada y acentuada en los últimos años,

[14] Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 2006.

[15] Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, 1994.

aquella jurisprudencia marca las reglas a las que debe sujetarse la investigación interna de violaciones graves —sin desatender las de otra dimensión—, que incluye la observancia de normas que fueron de *soft law* y que merced a la jurisprudencia interamericana han adquirido mayor imperio (Corte IDH, 2007: 111; 2010d: 126 y ss.; 2017: 174 y ss.; 2018b: 154 y ss.: 2018m: 212 y ss.). La omisión del investigador en este riguroso desempeño implica una nueva violación (Corte IDH, 2008: 142 y ss.; 2009b: 287 y ss.; 2015d: 200-203).

VI. DEBERES DE LOS ESTADOS

En la relación de extremos abarcados por la jurisprudencia transformadora es preciso mencionar el examen y la afirmación de los deberes generales de los Estados, que derivan del papel de garante que este tiene con respecto a las personas bajo su jurisdicción, ampliamente considerada (Corte IDH, 2004a: 159; 2018l: 87). La posición estatal de garante se fortalece con la garantía colectiva que provee la comunidad de Estados vinculados por el orden convencional, punto que el Convenio europeo de 1950 recoge expresamente[16], como también lo hace, implícitamente, la Convención Americana (Corte IDH, 2006c: 132 y 166; 2018f: 199).

Es necesario mencionar aquí la jurisprudencia constante de la Corte IDH —expuesta en la gran mayoría o acaso la totalidad de las sentencias— sobre los deberes de respeto y garantía reconocidos por el art. 1º de la Convención Americana. El deber de garantía ha promovido importantes desarrollos jurisprudenciales, que cargan el acento —y fincan las condenas, numerosas— sobre la obligación del Estado de organizar su estructura y funcionamiento para la debida observancia de los derechos incluidos en la Convención (y en otras fuentes)[17]. Conviene recordar el sostenido rechazo de disposiciones

[16] «Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal», Convenio Europeo de Derechos Humanos, preámbulo.

[17] Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. I b) y d) y art. III; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 1; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belém do Pará», art. 7 b) – h); Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 4; Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.

o medidas que impliquen impunidad para los perpetradores de violaciones (Corte IDH, 2001a: 41-44; 2012g: 281-296).

Tanto la jurisprudencia de antigua fecha como la más reciente han acentuado —con sus obvias implicaciones transformadoras de ordenamientos o prácticas inadmisibles— el deber del Estado de tomar medidas de diversa naturaleza para asegurar el respeto y la garantía de los derechos convencionales (Corte IDH, 1998: 68; 2018i: 79). En este catálogo no figuran solamente las medidas jurídicas, sino también las de otra naturaleza, cuya adopción y cumplimiento tienden a cancelar o reducir factores de violación (Corte IDH, 1997a: 51; 2016d: 410). Mencionemos aquí los señalamientos que ordenan al Estado favorecer modificaciones en la cultura violenta de una sociedad (Corte IDH, 2009b: 450 y 541-543; 2015d: 248), fuentes culturales de ciertas violaciones (Corte IDH, 2009b: 128-136; 2014: 73 y ss.).

VII. LOS VULNERABLES

1. IGUALDAD Y ESPECIFICIDAD

Otro tema de suma importancia dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH que involucra propuestas transformadoras —que constituye, a nuestro juicio, lo que podríamos llamar la «joya de la corona» de esa jurisprudencia, al lado del régimen de reparaciones— es el concerniente a los derechos y la tutela de los individuos que forman parte de las comunidades vulnerables, esto es, de los «débiles entre los débiles», que requieren la adopción de medidas de equilibrio, igualación o compensación (Berizonce, 2009).

La igualdad de todas las personas ante la ley o, más ampliamente, ante el derecho, constituye un principio capital del orden público internacional. Así lo ha considerado la Corte IDH (Corte IDH, 2003a: 101; 2014a: 197; 2016a: 91). Este criterio no impide, sin embargo, reconocer que la desigualdad de hecho puede y debe ser compensada con medidas especiales —correctoras, igualadoras o compensadoras (Corte IDH, 2012c: 134)— al abrigo de un principio complementario que puede ser considerado en el marco del *ius cogens,* a semejanza del principio de igualdad (Corte IDH, 2003a:100; 2017d: 61). No se trata, por supuesto, de acoger fórmulas discriminatorias, sino de reconocer condiciones de hecho que exigen correctivos de derecho (González y Parra, 2008: 133-134). A ese criterio de igualación, que toma en cuenta que la igualdad no es un punto de partida en el orden de las relaciones sociales, sino un puerto de llegada (García, 2014: 460), llamamos «principio de especificidad» (García, 2010: 56; García y Martínez, 2014: 8 y 9).

La jurisprudencia interamericana ha marchado al paso de la normativa derivada de la Declaración de Viena (Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993) y recogida tanto por las Reglas de Brasilia (Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, 2008) como por el Protocolo de Santiago (Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niñas, Niños, Adolescentes, Comunidades y Pueblos Indígenas, 2014). En este ámbito tomamos en cuenta la muy relevante jurisprudencia concerniente a sujetos que enfrentan la vida —y el acceso a la justicia— en condiciones adversas. Así como existe, se ha dicho, una ley para los más débiles (Ferrajoli, 2009: 15 y ss.), debe existir una jurisprudencia para el mismo conjunto —o los mismos conjuntos— de personas (García, 2018a: 46 y ss.).

En esta relación de vulnerables figuran las mujeres, los niños, los indígenas, las personas con discapacidad, los pobres, los adultos mayores, los migrantes y desplazados, los individuos privados de libertad y, últimamente, las personas abarcadas bajo las siglas LGBTI, los periodistas y los defensores de derechos humanos. De todos ellos se ocupa la jurisprudencia regional con vocación transformadora de las adversas condiciones que imperan —con mayor o menor arraigo— en los países del área.

2. MUJERES

Por lo que toca a las mujeres —más de la mitad de la población, víctimas de constantes vulneraciones— habrá que recordar que en un tiempo se les mantuvo excluidas de los encuentros internacionales americanos sobre derechos humanos. La exclusión fue finalmente eliminada y se instaló el primer organismo internacional destinado al reconocimiento y la defensa de los derechos de la población femenina: Comisión Interamericana de Mujeres[18]. La obra de esta culminó en la Convención de Belém do Pará, que carga el acento en la eliminación de la violencia (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, 1994), a diferencia de la CEDAW, que acentúa la lucha contra la discriminación (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 1979).

Al cabo de algún tiempo, la Corte reconoció su competencia para aplicar directamente la Convención de Belém do Pará (Corte IDH, 2006d: 5; García, 2003: párrs. 2-32). En pos de este reconocimiento —acaso tardío— se han producido resoluciones emblemáticas para el combate a la violencia y la aplicación de criterios de género en los procesos concernientes a mujeres,

[18] http://www.oas.org/es/cim/nosotros.asp.

cuando estas sufren vulneración de derechos y libertades precisamente por su condición femenina (Corte IDH, 2009b: 455 y 541, puntos resolutivos 4 y 5; 2015d: 229-269, puntos resolutivos 3 y 4; 2018n: 338-365, puntos resolutivos 3 y 6).

3. NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Los niños —entendido este concepto al abrigo de la Convención de Naciones Unidas (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 1)— integran otro grupo relevante dentro del régimen tutelar adoptado por el Tribunal Interamericano. Bajo el imperio de opiniones (Corte IDH, 2002: 28; 2014b: 66) y sentencias (Corte IDH, 2012a: 45; 2014c: 157; 2018c: 150), los niños y adolescentes —en conflicto con la ley penal o en otras circunstancias— dejaron de ser objeto de protección y se constituyeron en sujetos titulares de derechos (García, 2010: 55), amparados por diversos principios y reglas que ponen de manifiesto esa titularidad y la aseguran con medidas de reconocimiento y protección.

Desde luego, la titularidad de derechos que favorece a los niños y adolescentes no excluye medidas de protección convenientes para remontar su debilidad, es decir, «medidas especiales» con respecto a las generales aplicables a los adultos. Lo previene la propia Convención Americana (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art. 19) y lo afirma la jurisprudencia del Tribunal regional (Corte IDH, 1999: 196; 2011: 121; 2014b: 66; 2015c: 117). En la región americana opera un organismo, de antigua data, a cargo de la protección de quienes antaño aparecieron como «menores» de edad —expresión rechazada por cierto sector de la doctrina (Beloff, 1992)— y hoy figuran solamente bajo el título de niños o adolescentes (Corte IDH, 2002; 2018c; 2018b).

4. ADULTOS MAYORES

Al lado de esta categoría de vulnerables, identificados por su corta edad, figura otro sector de la población que últimamente ha llegado a la jurisprudencia del Tribunal de San José: las personas mayores, los adultos mayores, los ancianos o individuos de edad avanzada, a los que se refiere la reciente convención interamericana, ya invocada por la Corte IDH, una que confiere a esta competencia *ratione materiae* (Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, 2015: art. 36). La tutela jurisdiccional de los adultos mayores, precisamente en su condición de tales, aparece en resoluciones del Tribunal que entrañan la aplicación directa

de derechos económicos, sociales y culturales, tema al que después nos referiremos (*infra* apartado XIII).

Con respecto a los adultos mayores, la Corte destaca la importancia de «visibilizar a [estos] como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia» (Corte IDH, 2018a: 132).

En el examen de la situación que guardan estas personas, la jurisprudencia examina los obstáculos que enfrentan para su desarrollo humano y el disfrute de un auténtico acceso a la salud (Corte IDH, 2018a: 125-132); en este marco se analiza la cuestión del consentimiento previo, responsable e informado a propósito del tratamiento médico (Corte IDH, 2018a: 157-173). Reviste especial relevancia la Seguridad Social, derecho que procura asegurar —subraya la Corte— condiciones de vida adecuadas para quienes llegan a la vejez o se encuentran privados de la posibilidad de trabajar (Corte IDH, 2019a: 173 y 183). El Tribunal vincula este asunto, que aborda en forma novedosa y destacada, con el criterio que hoy sustenta sobre su competencia para conocer violaciones a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, con base en el art. 26 de la Convención y la Carta de la OEA (Corte IDH, 2019a: 172-176).

5. INDÍGENAS

En la línea de la jurisprudencia concentrada en la protección de derechos y libertades de individuos vulnerables figuran las decisiones del Tribunal regional relativas a los descendientes de los pobladores originales de los países americanos: indígenas[19], una población tradicionalmente invisibilizada o «sumergida»; población «profunda», como se ha dicho en el examen histórico de la materia (Bonfil, 1990: 11 y 12). En el mismo rubro se hallan las determinaciones correspondientes a otros integrantes de la población, en varios países americanos: los afrodescendientes (CIDH, 2011: 19). A los derechos de estas comunidades se refieren varias sentencias recientes del Tribunal regional (Corte IDH, 2013d; 2016d; 2016e; 2017).

[19] El derecho internacional proporciona algunos elementos que ayudan a determinar cuándo un pueblo es o no indígena. Por ejemplo, se toma en cuenta que serán pueblos indígenas los que desciendan de poblaciones que habitaban en los territorios nacionales desde antes de las conquistas, que conserven en todo o en parte sus instituciones tradicionales y, por supuesto, quienes se identifican a sí mismos como tales (CIDH, 2009). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (OEA/Ser.L/V/ll. Doc. 56/09), párrs. 25 a 31.

Las violaciones en agravio de indígenas son numerosas y diversas[20], como lo están siendo las sentencias que disponen en favor de aquellos diversas medidas de protección de la vida y la integridad (Corte IDH, 2010a: 186-244; 2012b: 244-249), la participación social y política (Corte IDH, 2005: 191-226; 2010: 113-118; 2014a: 383- 386) y la recuperación de bienes (Corte IDH, 2001b: 143 y ss.; 2006: 117 y ss.; 2018: 150-62), entre otras. En este rubro marchó la jurisprudencia sobre asuntos contenciosos de los primeros años y sigue transitando la jurisprudencia reciente con el mismo signo transformador de antiguas exclusiones y prácticas que han merecido reconsideración y rechazo (Stavenhagen, 2000: 19-20).

6. POBRES

En diversos pronunciamientos se ha expedido la Corte IDH a propósito de individuos desprovistos de recursos materiales para ejercer sus derechos o acceder a la justicia. La protección de los pobres se ha presentado tanto en opiniones consultivas (Corte IDH, 1990: 25-31) como en sentencias, siempre con el propósito de favorecer el acceso —ciertamente difícil, y en ocasiones prácticamente imposible— a la justicia formal.

7. ENFERMOS Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La atención a personas aquejadas por problemas de salud o en situación precaria por factores de discapacidad —atención prevista por un instrumento regional (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 1999)— trae consigo otra serie de resoluciones de la Corte en el espacio de la jurisprudencia sobre los derechos de los sujetos vulnerables y los correspondientes deberes del Estado. Incumbe a este el cuidado de la salud, aunque la atención inmediata se halle a cargo de sujetos de derecho privado a través de mecanismos de subrogación (Corte IDH, 2006a: 89; 2013a: 134; 2015a: 177). En sentencias muy recientes se recoge el amplio concepto internacional vigente a propósito de la salud (Corte IDH, 2012h: 148; 2018a: 118).

[20] Algunas de ellas son las siguientes: «[...] la eliminación física, que constituye etnocidio; privación de territorios y otros bienes; ataques a la cultura; obstáculos a la participación en la toma de decisiones, que atañe a los derechos políticos, entre otros». García Ramírez, S. (2019). *Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia «transformadora» de la Corte interamericana.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 17.

La jurisprudencia interamericana se ha pronunciado acerca de la fecundación *in vitro,* sosteniendo que la esterilidad es una forma de discapacidad y examinando el complejo tema del inicio de la vida que apareja la protección estatal en los términos del art. 4.1 de la Convención Americana. A este respecto, el Tribunal considera que la tutela del nuevo ser corre a partir de la implantación (Corte IDH, 2012h: 264). Este criterio determina los derechos de la mujer y los límites y deberes con respecto a la actuación del Estado.

En este mismo ámbito atinente a la vida y la salud, la Corte IDH se ha referido a cuestiones tan importantes como el paradigma de la autonomía en la relación médico-paciente (Corte IDH, 2016f: 160 y 161), y a las características de la información que debe recibir el paciente para expresar su voluntad con respecto al tratamiento que se le propone y en ejercicio del consentimiento informado (Corte IDH, 2016f: 165-201; 2018a: 161). De esta suerte, la jurisprudencia interamericana se interna en reflexiones y decisiones que corresponden al campo de la bioética (Secretaría de Salud, 2002: cap. VIII).

El Tribunal Interamericano, que en esta materia invoca lineamientos emitidos por asociaciones o asambleas médicas, al igual que pronunciamientos del Comité DESC de Naciones Unidas, se refiere puntualmente a las características que debe reunir la información a la que tiene derecho el paciente y a la que está obligado el prestador del servicio: oportuna, completa, comprensible, fidedigna, no manipulada o inductiva, de oficio, evitando generar temor en el paciente y sustrayéndose a estereotipos de género (Corte IDH, 2016f: 158, 191 y 187).

8. MIGRANTES

La migración es materia del examen jurisprudencial interamericano, atento a las características generales que reviste esta cuestión universal y a las particulares que ofrece en la región americana. La Corte IDH ha reiterado la consideración que merecen los derechos de los migrantes, documentados o no, y la prevalencia de sus derechos humanos sobre cualesquiera consideraciones derivadas del control estatal sobre las fronteras y las políticas domésticas en materia poblacional, económica o laboral (Corte IDH, 2003a: 133-172; 2014b: 39-41). Estas precisiones, que se hallan en la jurisprudencia básica del Tribunal, figuran con insistencia en decisiones de los últimos años (Corte IDH, 2010c: 97; 2014d: 350), que constantemente reiteran la naturaleza no penal de las medidas restrictivas de la libertad aplicadas a los migrantes indocumentados (Corte IDH, 2010c: 169 y 171; 2013e: 131; 2014b: 150-160).

Asociados al tema de la migración, la jurisprudencia aborda los problemas generados por el desplazamiento forzado —por diversos motivos[21]—, los procedimientos migratorios —inclusive las medidas cautelares sobre migrantes (Corte IDH, 2004b: 90.10 a 90.27; 2005a: 50 a 50.44; 2012f: 135-144; 2014d: 371-374)—, la creciente presencia de niños y adolescentes, solos o acompañados, en los flujos migratorios (Corte IDH, 2014b: 34-49), el asilo y el refugio, ambos inscritos en el espacio de los derechos humanos (Corte IDH, 2018f: 156), y otras cuestiones aledañas.

La jurisprudencia interamericana, que ha debido analizar con creciente frecuencia los problemas que suscita la migración (Morales, 2018: *passim*), contemplada desde la perspectiva de los derechos humanos, puntualiza los deberes específicos que deben cumplir los Estados con respecto a solicitantes de refugio y asilo (Corte IDH, 2018f: 99, 122 y 123). Subraya que las medidas cautelares aplicables a quienes incumplen las leyes migratorias de un Estado no deben tener fines o características punitivas (Corte IDH, 2013e: 131; 2010c: 171), y señala las garantías mínimas que es preciso reconocer al individuo sujeto a un procedimiento de expulsión o deportación (Corte IDH, 2013e: 133; 2012f: 161 y 175).

En torno a la misma materia, la Corte IDH considera que «el ámbito de protección contra la devolución (medida —añadamos— sujeta a restricciones precisas, al amparo del principio de *non refoulement*, igualmente analizado por ese Tribunal) no se circunscribe a que la persona se encuentre en un territorio del Estado, sino que también obliga a los Estados de manera extraterritorial, siempre que las autoridades ejerzan su autoridad o control efectivo sobre tales personas» (Corte IDH, 2018f: 188), como ocurre si el sujeto se halla en una legación.

---

[21] Algunos de los motivos que originan el desplazamiento forzado son: por conflictos armados, contextos de violencia a los derechos humanos, ausencia de investigaciones por parte del Estado y degradación ambiental. Cfr. Corte IDH (2010). Caso *Chitay Nech y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C 212, párr. 140. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf; Corte IDH (2017c). «Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)». Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, párrs. 66 y 67. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf.

9. PRIVADOS DE LA LIBERTAD

La privación de la libertad por decisión del poder público —privación en cualesquiera de sus vertientes[22]— ha determinado un buen número de resoluciones. En esta categoría vale distinguir, entre otros extremos, las medidas cautelares adoptadas en procedimientos penales y la ejecución de penas privativas de libertad impuestas por los tribunales. El criterio de la Corte, fuertemente sostenido en la jurisprudencia tradicional y actual, impugna el empleo masivo e indiscriminado de la prisión preventiva, que debe ser limitada y excepcional y no impuesta a grupos de personas que caen bajo los supuestos de «series» o «categorías genéricas» de infracciones (Bigliani y Bovino, 2008: 25).

10. LGBTI

En años recientes, la jurisprudencia interamericana se ha ocupado de los derechos de personas abarcadas bajo las siglas LGBTI[23]. A este respecto, el Tribunal ha reconocido el imperio de los derechos y libertades en todas las hipótesis y afirmado enfáticamente la libertad de preferencia y opciones. Al reconstruir, con verdadero designio transformador, los espacios de la libertad y re-establecer la relación entre la mayoría de la sociedad y los grupos minoritarios, que salen de la sombra y reclaman su inclusión, esa jurisprudencia incide en el régimen de la familia —«las familias»—, el nombre de la persona, el cambio de sexo, la igualdad de oportunidades y otras implicaciones del

[22] Las personas también pueden encontrarse privadas de la libertad cuando están bajo custodia y responsabilidad de «hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de la libertad de las personas», Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008), *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26).

[23] Véase sobre el significado de las siglas LGBTI en algunas de las siguientes fuentes: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), Violencia contra personas LGBTI (OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 36), 27-33; Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párr. 32.

renovado concepto de libertad (Corte IDH, 2012: 167-177; 2016a: 105 y 125; 2016c: 103; 2017d: 189-199).

11. OTROS SUPUESTOS

Últimamente, ciertos hechos que implican una grave violación de derechos y libertades —entre ellos, la libertad de expresión y el acceso a la justicia— han llevado a la jurisprudencia interamericana a examinar crecientemente la tutela de individuos pertenecientes a ciertos grupos o aplicados a determinadas actividades: así, los periodistas (Corte IDH, 2012d: 209-212; 2015: 138; 2018d: 173 y 175) y los defensores de derechos humanos (Corte IDH, 2006e: 77; 2013c: 123; 2014e: 142). En ambos supuestos se han registrado frecuentes y graves violaciones de derechos.

Han aparecido nuevas formas de esclavitud, a las que se refiere la jurisprudencia interamericana: «formas análogas de ese fenómeno» (Corte IDH, 2016d: 276). En este sentido, se pronuncia sobre el trabajo motivado por condiciones de pobreza e ignorancia extremas y las prácticas de trabajo forzoso y servidumbre (Corte IDH, 2016d: 337-34). En la caracterización de la esclavitud, subraya datos a considerar: estado o condición del individuo y ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, que examina pormenorizadamente (Corte IDH, 2016d: 269). Igualmente, la Corte IDH examina y condena la esclavitud sexual (Corte IDH, 2018k: 175-179).

Asimismo, la jurisprudencia interamericana analiza y condena la trata de personas. Para ello se remite a diversos instrumentos internacionales (Corte IDH, 2016d: 282-285). Señala, igualmente, elementos comunes a la trata de esclavos y de mujeres: control de movimiento o del ambiente de la persona, control psicológico, medidas para impedir la fuga y trabajo forzoso (Corte IDH, 2016d: 288).

VIII. REPARACIONES

El concepto evolutivo y los criterios adoptados por la Corte en materia de reparaciones siguen constituyendo un tema central de la jurisprudencia interamericana. La doctrina ha entendido que la normativa en torno a esta materia ha sido la más valiosa aportación del Sistema Interamericano al derecho internacional de los derechos humanos (Pasqualucci, 2003: 289; Lambert y Martin-Chenut, 2010: 327; Calderón, 2015: 15 y 16; Antkowiak y Gonza, 2017: 19-20). El régimen de reparaciones reconoce el carácter integral de estas (Corte IDH, 2012e: 272; 2017b: 195; 2019a: 221), noción que se refleja en múltiples pronunciamientos, que no contraen la condena a compensaciones

económicas. Sigue firme la tendencia hacia la prevención de nuevas violaciones: garantía de no reiteración (Corte IDH, 2018i: 224-230; 2018b: 364-395; 2018n: 352-370). He aquí uno de los datos sobresalientes de la vocación transformadora de nuestra jurisprudencia.

IX. MEDIDAS PROVISIONALES

Desde hace tiempo, la Corte extendió el ámbito de aplicación de medidas provisionales, para aplicarlas a personas no individualizadas, pero identificables, que se hallan sujetas a las mismas condiciones de riesgo que los beneficiarios principales de esas medidas (Corte IDH, 2000: considerando 7). Se advierte una importante ampliación del alcance objetivo y subjetivo de las medidas en algún caso reciente en que el Tribunal dispuso detener un proceso legislativo que entrañaba peligro para la observancia de derechos humanos (Corte IDH, 2019b: 54).

X. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

También amerita expresa referencia el desarrollo jurisprudencial del denominado «control de convencionalidad», concepto que apareció en votos particulares y posteriormente arraigó en el pleno de la Corte (García, 2003: 27; García, 2019: 893; García y Morales, 2019). Ese control, acogido por el orden jurídico interno de varios países (Quintana, 2019: 71-102), constituye una facultad descollante de los juzgadores domésticos. Se ha dicho que el control de convencionalidad es un dato descollante en el quehacer de los tribunales internos (García, 2018a: 45) y convierte a estos en juzgadores interamericanos (Ferrer, 2010: 24). En sentencias de los últimos años, la Corte asegura que la facultad —y el deber— de control corresponde a todos los órganos y agentes del Estado (Corte IDH, 2013: 66; 2016g: 93; 2019: 129).

XI. DIGNIDAD

Este derecho —recogido en el art. 11 CADH— «constituye la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones». Esta cuestión se asocia necesariamente con el derecho a la libertad, en sentido amplio, marco para los supuestos específicos que puede asumir la libertad. Aquella es «capacidad de hacer y no hacer

todo lo que esté lícitamente permitido, permitiendo a toda persona organizar, conforme a la ley, su vida social e individual conforme a sus propias opciones y convicciones» (Corte IDH, 2007a: 52; 2012h: 142; 2016f: 151).

XII. DERECHO A LA VERDAD

Destaquemos los criterios acuñados por el Tribunal Interamericano a propósito de la consideración del «derecho a la verdad» en el cauce del debido proceso y el derecho a la información (Corte IDH, 2011: 243; 2014f: 511; 2018e: 328). Recientemente, aquí considera el acceso a la verdad —por las víctimas y la sociedad— como derecho autónomo (Corte IDH, 2017a: 220; 2018g: 109; 2018j: 215).

XIII. DESCA

Destaquemos los criterios acuñados por el Tribunal Interamericano a propósito de la consideración del «derecho a la verdad» en el cauce del debido proceso y el derecho a la información (Corte IDH, 2011: 243; 2014f: 511; 2018e: 511), y acerca de la aplicación directa de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales —materia, esta última, igualmente abordada bajo la competencia consultiva (Corte IDH, 2017c).

Se solía proveer a la defensa de los derechos de esta «generación» a través de la tutela de derechos civiles y políticos (Ferrer, 2017: 74-76; Corte IDH, 2003: 102 y 116; 2013a: 154; 2016b: 173, 224 y 225; García, 2003a: 150). Esta orientación se ha modificado en varias decisiones recientes del Tribunal. Este considera el acceso a la verdad —por las víctimas y la sociedad— como derecho autónomo (Corte IDH, 2017a: 220; 2018g: 109; 2018j: 215). En cuanto a la aplicación de los DESCA, la Corte deriva su más reciente posición —favorable a la aplicación directa, que ya no se contrae al principio de progresividad alojado en la letra del art. 29 del Pacto de San José— tanto de este precepto como de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes y el *corpus juris internacional* (Ferrer, 2017: 47 y 48).

A este respecto, la Corte IDH indica que:

> [...] la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación

> dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención, particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna.

Prosigue el Tribunal:

> Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al *corpus juris internacional* y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho.

En fin de cuentas, postula la Corte, «la interpretación literal, sistemática y teleológica permite concluir que el artículo 26 CADH protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA» (Corte IDH, 2018a: 103; 2018i: 97).

En su actual jurisprudencia, la Corte IDH aborda la necesaria protección al medio ambiente, factor para la preservación de los derechos de las personas. Estima que el derecho a un medio ambiente sano queda dentro de los DESCA protegidos por el art. 26 CADH, en tanto deriva de las normas económicas, sociales y culturales contenidas en la Carta de la OEA (Corte IDH, 2017c: 57). La jurisprudencia distingue categorías de obligaciones que entraña la prevención de daños al medio: regular, supervisar y fiscalizar, estudiar el impacto ambiental y establecer planes de contingencia (Corte IDH, 2017c: 145).

XIV. DEMOCRACIA Y SEPARACIÓN DE PODERES

Entre otros temas que aborda la jurisprudencia interamericana están la protección directa del sistema democrático y de la separación de poderes, garantía de ese sistema (Corte IDH, 2013b: 154 y 179; 2015e: 201). En varios casos, el Tribunal regional se ha ocupado de hechos que entrañan ataques a la democracia y grave afectación de la independencia judicial a través, inclusive, de remoción arbitraria de juzgadores (Corte IDH, 2001: 73-85; 2009: 100-123; 2013b: 144-180).

XV. MILITARES

La jurisprudencia interamericana ha reiterado con énfasis que las funciones de la seguridad pública competen naturalmente a la autoridad civil, no a la militar. La preparación y los criterios que siguen las fuerzas militares son

diferentes de las que caracterizan a las corporaciones policiacas a cargo de la seguridad pública (Corte IDH, 2006b: 78; 2010d: 88; 2018m: 179). En ciertos casos extremos es posible la presencia de efectivos militares en funciones de aquella naturaleza, pero en tales situaciones —necesariamente transitorias— es preciso que el Estado ejerza una supervisión estricta para evitar violaciones a los derechos humanos (Corte IDH, 2011a: 49; 2012f: 80 y 85; 2018m: 182), que se han presentado en diversas circunstancias en las que operan los militares para enfrentar la delincuencia (Corte IDH, 2010d: 81; 2010b: 70; 2018m: 71-75).

XVI. JUSTICIA TRANSICIONAL

También han llegado a la atención de la Corte IDH las implicaciones de la justicia transicional (Naciones Unidas, 2010: 1; García-Sayán y Giraldo, 2016: 98-99). En algunos pareceres judiciales se sostiene la necesidad de distinguir entre las medidas de transición conectadas al restablecimiento de la democracia y las vinculadas a la solución de conflictos armados de carácter interno (García-Sayán, 2012: 3; 2017: 565 y ss.). En el tratamiento de esta materia se alude a la realización de la justicia (con observancia del principio de proporcionalidad), la satisfacción de las víctimas y la reparación del daño (García-Sayán, 2012: 23).

Bibliografía

Albanese, S. (2018). La efectividad de las sentencias. En S. Albanese (coord.). *Incumplimiento de sentencias internacionales* (pp. 14-15). Buenos Aires: Ediar.

Antkowiak, T. M. y Gonza, A. (2017). *The American Convention on Human Rights: Essential Rights.* New York: Oxford University Press.

Beloff, M. (1992). No hay menores de la calle. *No Hay Derecho*, 6.

Berizonce, R. (2018). Regulación procesal de las tutelas diferenciadas en la Constitución. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata*, 15, 48.

Bigliani, P. y Bovino, A. (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano.* Buenos Aires: Editorial Del Puerto.

Bogdandy, A. v. (2015). Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, 34, 3-50. Disponible en: https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01.

Bogdandy, A. v., Morales Antoniazzi, M. y Ferrer MacGregor, E. (2016). *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: Contexto, estándares*

e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales.

Bogdandy, A. v., Salazar Ugarte, P., Morales Antoniazzi, M. y Ebert, F. (coords.) (2018). *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Bonfil Batalla, G. (1990). *México profundo, una civilización negada.* México: Grijalbo.

Calderón Gamboa, J. (2015). *La evolución de la «reparación integral» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Chacón Triana, N. *et al.* (2015). *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos humanos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Clínica de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Texas (2018). *Prevenir Daños Irreparables. Fortalecer las Medidas Cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.

Cossío Díaz, J. R. (coord.) (2017). *La herencia del constitucionalismo social mexicano y sus desafíos*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: https://doi.org/10.24215/25251678e154.

Faúndez Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta

Ferrer Mac-Gregor, E. (2017). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. Disponible en: https://doi.org/10.22201/iij.9786077293552p.2017.

Ferrer Mac-Gregor, E. y Silva García, F. (2013). El «caso Radilla» y su impacto en el orden jurídico nacional. En J. Carpizo y C. Astudillo, C. (coords.). *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina* (pp. 185-325). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

García Bauer, C. (1960). *Los derechos humanos. Preocupación universal*. Guatemala: Editorial Universitaria.

García Ramírez, S. (1999). Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 3, 329-348.

— (2002). Temas en la reciente jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, 651-688.

— (2003a). Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Cuestiones Constitucionales*, 9, 127-157. Disponible en: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2003.9.5680.

— (2004). Prólogo. En Corte IDH. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

— (2007a). Desarrollo y criterios de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 11, 515-554.

— (2007b). Los derechos de las mujeres y la jurisdicción interamericana de los derechos humanos. *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, 11-40. Disponible en: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2008.8.243.
— (2010). *Derechos humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
— (2014a). La navegación americana de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. En A. Bogdandy, H. Fix-Fierro y M. Morales Antoniazzi (coords.). *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 459 y ss.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
— (2014b). Relación entre la jurisdicción interamericana y los estados (sistemas nacionales): algunas cuestiones relevantes. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 18, 231-273.
— (2018a). *Los derechos humanos y la jurisdicción Interamericana*. México: Porrúa.
— (2018b). *Panorama de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos..
— (2018c). La Corte Interamericana a cuarenta años de su establecimiento. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 9, 23-72. Disponible en: https://doi.org/10.22201/fder.26831783e.2018.9.1.
— (2019). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Porrúa.
— (2019a). Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia «transformadora» de la Corte interamericana. *Revista Cuestiones Constitucionales*, 41, 17. Disponible en: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2019.41.13940.
García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J. (2009). La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el período 2007-2009. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 13, 497-539.
— (2013). Afirmaciones y novedades en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009-2012). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 17, 441-477.
— (2016). Hacia el *ius commune* interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20, 433-463. Disponible en: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.15.
— (2019). *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*. México: Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
García-Sayán Larrabure, D. (2017). Paz negociada y Derecho internacional. En O. Parra Vera, R. I. Sijniensky y G. Pacheco Arias (eds.). *La lucha por los derechos humanos hoy*: *estudios en Homenaje a Cecilia Medina Quiroga* (pp. 565 y ss). Valencia: Tirant lo Blanch.
García-Sayán Larrabure, D. y Giraldo Muñoz, M. (2016). Reflexiones sobre los procesos de justicia transicional. *EAFIT Journal of International Law*, 7, 2. Disponible en: http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/4581/3847.
Garro Vargas, A. (2013). La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos. En E. Ferrer Mac-Gregor y A. Herrera García, A. (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*. México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Gómez-Robledo Verduzco, A. (2000). *Derechos humanos en el sistema interamericano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

González Le Saux, M. y Parra Vera, O. (2008). Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz. *Revista IIDH*, 47, 133-134.

González Morales, F. (2013). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Islas Colín, A. y Cornelio Landero, E. (2018). *Derechos humanos por la Corte Interamericana: temas selectos*. México: Tirant lo Blanch.

Jiménez de Aréchaga, E. (1960). Prologo. En C. García Bauer. *Los derechos humanos. Preocupación universal*. Guatemala: Editorial Universitaria.

Lambert Abdelgawad, E. y Martin-Chenut, K. (2010). *Réparer les violations grave et massives des droit de l'homme: La Cour Interaméricane, Pionnière et modèle?* Paris: Société de législation compare.

Medina Quiroga, C. (2018). *La Convención Americana de Derechos Humanos*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Morales Sánchez, J. (2018). *Migración irregular y derechos humanos*. México: Tirant lo Blanch.

Moreno Pino, I. (1977). *Orígenes y evolución del sistema interamericano*. México: Secretaria de Relaciones Exteriores.

Orozco Henríquez, J. (2014). El proceso de fortalecimiento. Miradas desde el interior. *Revista Aportes DPLF,* 19, 4-8.

Parra Vera, O. (2012). La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, 9-23.

Pasqualucci, J. (2003). *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights.* Cambridge: University Press. Disponible en: https://doi.org/10.1017/CBO9780511494055.

Quintana Osuna, K. I. (2019). *El control de convencionalidad: Un estudio del derecho interamericano de los derechos humanos y del derecho mexicano. Retos y perspectivas*. México: Porrúa.

Santoscoy, B. (1995). *La Commission interaméricaine des droits de l'Homme.* Ginebra: Publications de l´Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales.

Stavenhagen, R. (2000). *Derechos humanos de los pueblos indígenas.* México: Comisión Nacional de Derechos Humanos..

Torres Bodet, J. (2012). *La victoria sin alas*. México: Biblioteca Mexicana de la Fundación Miguel Alemán A.C.

United Nations (2010). *Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Transitional Justice*.

Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (B-32) (22 de noviembre de 1969).
Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (A-68) (5 de junio de 2013).
Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (A-69) (5 de junio de 2013).
Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (A-65) (7 de junio de 1999).
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer («Convención de Belém do Pará») (A-61) (6 de septiembre de 1994).
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (A-51) (12 de septiembre de 1985)
Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (A-60) (9 de junio de 1994).
Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (A-70) (15 de junio de 2015).
Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (20 de diciembre de 2006).
Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (resolución 34/180) (18 de diciembre de 1979).
Convención sobre los Derechos del Niño (resolución 44/25) (20 de noviembre de 1989)
Convenio Europeo de Derechos Humanos (4 de noviembre de 1950).
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (2 de mayo de 1948).
Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (AG/RES-2888 XLVI-O/16) (14 de junio de 2016).
Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (447) (octubre de 1979).
Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26) (3 al 14 de marzo de 2018).
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales («Protocolo de San Salvador») (A-52) (17 de noviembre de 1988).
Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niñas, Niños, Adolescentes, Comunidades y Pueblos Indígenas (2014).
Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (LXXXV) (16 al 28 de noviembre de 2009)
Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008).

Informes

CIDH (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (OEA/Ser.L/V/ll. Doc. 56/09).

CIDH (2011). *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas* (OEA/Ser.L/V/ll. Doc. 62).

CIDH (2012). *Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano para la protección de los Derechos Humanos* (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68).

CIDH (2015). *Violencia contra personas LGBTI* (OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Doc. 36).

Jurisprudencia

Corte IDH (1982). *«Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A, n.º 1. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf.

Corte IDH (1982a). *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A, n.º 2. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf.

Corte IDH (1983). *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A, n.º 3. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf.

Corte IDH (1984). *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A, n.º 4. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf.

Corte IDH (1985). *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A, n.º 1 5. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

Corte IDH (1986). *La expresión «Leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A, n.º 6. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf.

Corte IDH (1986a). *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A, n.º 7. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf.

Corte IDH (1987). *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A, n.º 8. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf.

Corte IDH (1988). *Caso Velásquez Rodríguez*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C 4. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

Corte IDH (1990). *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A, n.º 11. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf

Corte IDH (1994). *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 de 9 de diciembre de 1994. Serie A, n.º 14. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf.

Corte IDH (1997a). *Caso Genie Lacayo*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, n.º 30, párr. 51. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf.

Corte IDH (1998). Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C 39, párr. 68. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_esp.pdf.

Corte IDH (1999). *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros)*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C 63. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf.

Corte IDH (2000). *Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó respecto Colombia*. Medidas Provisionales. Resolución de 24 de noviembre de 2000, considerando 7. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/apartado_se_02.pdf.

Corte IDH (2001). *Caso del Tribunal Constitucional*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C 71. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf.

Corte IDH (2001a). *Caso Barrios Altos*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, n.º 75. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf.

Corte IDH (2001b). *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C 79. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf.

Corte IDH (2002). *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A, n.º 17. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

Corte IDH (2003). *Caso «Cinco Pensionistas»*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C 98, párrs. 102 y 116. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf.

Corte IDH (2003a). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, n.º 18. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.

Corte IDH (2004). *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C 110. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf.

Corte IDH (2004a). *Caso «Instituto de Reeducación del Menor»*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C 112. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf.

Corte IDH (2004b). *Caso Tibi*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C 114. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

Corte IDH (2005). *Caso YATAMA*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C 127. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

Corte IDH (2005). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH (2005a). *Caso Acosta Calderón*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C 129. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf.

Corte IDH (2006). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C 146. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf.

Corte IDH (2006a). *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C 149. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf.

Corte IDH (2006b). *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C 150. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf.

Corte IDH (2006c). *Caso Goiburú y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C 153. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf.

Corte IDH (2006d). *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C 160. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf.

Corte IDH (2006f). *Caso Nogueira de Carvalho y otro*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C 161. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_esp1.pdf.

Corte IDH (2007). *Caso Bueno Alves.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C 164. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf.

Corte IDH (2007a). *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C 170. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.

Corte IDH (2008). *Caso Heliodoro Portugal*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C 186. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf.

Corte IDH (2009). *Caso Reverón Trujillo*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C 197. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf.

Corte IDH (2009a). *Caso Anzualdo Castro*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C 202. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf.

Corte IDH (2009b). *Caso González y otras («Campo Algodonero»)*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C 205. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

Corte IDH (2010). *Caso Chitay Nech y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C 212. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf.

Corte IDH (2010a). *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C 214. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.

Corte IDH (2010b). *Caso Rosendo Cantú y otra*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C 216. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

Corte IDH (2010c). *Caso Vélez Loor*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C 218. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.

Corte IDH (2010d). *Caso Cabrera García y Montiel Flores*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

Corte IDH (2011). *Caso Gelman*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C 221. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

Corte IDH (2011a). *Caso Familia Barrios*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C 237. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_237_esp.pdf.

Corte IDH (2012). *Caso Atala Riffo y niñas*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C 239. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

Corte IDH (2012a). *Caso Fornerón e hija*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C 242. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf.

Corte IDH (2012b). *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C 245. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

Corte IDH (2012c). *Caso Furlan y familiares*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf.

Corte IDH (2012d). *Caso Vélez Restrepo y familiares*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C 248. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_248_esp.pdf.

Corte IDH (2012e). *Caso Masacres de Río Negro*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C 250. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf.

Corte IDH (2012f). *Caso Nadege Dorzema y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C 251. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf.

Corte IDH (2012g). *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C 252. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf.

Corte IDH (2012h). *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro)*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C 257. Disponible: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

Corte IDH (2013). *Caso Gelman.* Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf.

Corte IDH (2013a). *Caso Suárez Peralta*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C 261, párrs. 134, 144 y 154. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf.

Corte IDH (2013b). *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C n.º 266. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf.

Corte IDH (2013c). *Caso Luna López*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C 269. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_269_esp.pdf.

Corte IDH (2013d). *Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis)*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C 270.

Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf.

Corte IDH (2013e). *Caso Familia Pacheco Tineo*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C 272. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf.

Corte IDH (2014). *Caso Véliz Franco y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C n.º 277. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf.

Corte IDH (2014a). *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche)*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf.

Corte IDH (2014b). *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.* Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

Corte IDH (2014c). *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C 281. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_281_esp.pdf.

Corte IDH (2014d). *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C 282. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf.

Corte IDH (2014e). *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C 283. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_283_esp.pdf.

Corte IDH (2014f). *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia)*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C 287. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf.

Corte IDH (2015). *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión)*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C 293. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf.

Corte IDH (2015a). *Caso Gonzales Lluy y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C 298. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf.

Corte IDH (2015b). *Caso López Lone y otros*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C 302. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf.

Corte IDH (2015c). *Caso García Ibarra y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C 306. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_306_esp.pdf.

Corte IDH (2015d). *Caso Velásquez Paiz y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C 307. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf.

Corte IDH (2015e). *Caso López Lone y otros*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C 302. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf.

Corte IDH (2016). *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf.

Corte IDH (2016a). *Caso Duque*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C 310. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf.

Corte IDH (2016b). *Caso Chinchilla Sandoval*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C 312. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf.

Corte IDH (2016c). *Caso Flor Freire*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C 315. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf.

Corte IDH (2016d). *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C 318. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf.

Corte IDH (2016e). *Caso miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Series C 328. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf.

Corte IDH (2016f). *Caso I.V*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C n.º 329. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf.

Corte IDH (2016g). *Caso Andrade Salmón*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C 330. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf.

Corte IDH (2017). *Caso Favela Nova Brasilia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C 333. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf.

Corte IDH (2017a). *Caso Vereda La Esperanza*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C 341. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_341_esp.pdf.

Corte IDH (2017b). *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C 344. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf.

Corte IDH (2017c). *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf.

Corte IDH (2017d). *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-24/17 de 4 de noviembre de 2017. Serie A n.º 24. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

Corte IDH (2018). *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C 346. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf.

Corte IDH (2018a). *Caso Poblete Vilches y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C 349. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.

Corte IDH (2018b). *Caso V.R.P., V.P.C. y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C 350. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf.

Corte IDH (2018c). *Caso Ramírez Escobar y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C 351. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf.

Corte IDH (2018d). *Caso Carvajal Carvajal y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C 352. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_352_esp.pdf.

Corte IDH (2018e). *Caso Herzog y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C 353. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf.

Corte IDH (2018f). *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018.

Serie A n.º 25. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf.

Corte IDH (2018g). *Caso Munárriz Escobar*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de agosto de 2018. Serie C 355. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_355_esp.pdf.

Corte IDH (2018h). *Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán)*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2018. Serie C 356. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_356_esp.pdf.

Corte IDH (2018i). *Caso Cuscul Pivaral y otros*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C 359. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf.

Corte IDH (2018j). *Caso Terrones Silva y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C 360. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_360_esp.pdf.

Corte IDH. (2018k). *Caso López Soto y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C 362. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf.

Corte IDH (2018l). *Caso Isaza Uribe y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C n.º 363. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_363_esp.pdf.

Corte IDH (2018m). *Caso Alvarado Espinoza y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C 370. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_370_esp.pdf.

Corte IDH (2018n). *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C 371. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf.

Corte IDH (2018z). *40 años protegiendo derechos*. San José: Corte IDH-Cooperación Alemana para el Desarrollo.

Corte IDH (2019). *Caso Colindres Schonenberg*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C 373. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_373_esp.pdf.

Corte IDH (2019a). *Caso Muelle Flores*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019, Serie C 375. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf.

Corte IDH (2019b). *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 Casos Guatemaltecos*. Medidas Provisionales y supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 12 de marzo de 2019. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/chichupac_se_01.pdf.

Corte IDH (2019c). *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños*. Medidas Urgentes y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2019. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/mozote_se_01.pdf.

Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en el *caso Mack Chang*, del 25 de noviembre de 2003.
Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en el *caso Penal Miguel Castro Castro*, del 25 de noviembre de 2006.
Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *caso Cabrera García y Montiel Flores*, del 26 de noviembre de 2010.
Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *caso Lagos del Campo vs. Perú*, del 31 de agosto de 2017.
Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en el *caso Masacres de El mozote y lugares Aledaños*, 25 de octubre de 2012.

Normativa

Código de Bioética para el personal de salud (2002). México.

Otros

Corte IDH (2017e). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 1: pena de muerte*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).
Corte IDH (2017f). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 2: personas en situación de migración y refugio*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).
Corte IDH (2017g). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 3: personas situación desplazamiento*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).
Corte IDH (2017h). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 6: desaparición forzada*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).
Corte IDH (2017i). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 8: libertad personal*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).
Corte IDH (2017j). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 9: personas privadas de la libertad*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).
Corte IDH (2017k). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 12: debido proceso*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).
Corte IDH (2017l). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 15: justicia transicional*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).
Corte IDH (2018o). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 4: género*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Corte IDH (2018p). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 5: niños, niñas y adolescentes*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Corte IDH (2018q). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 10: integridad personal*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Corte IDH (2018r). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 11: pueblos indígenas*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Corte IDH (2018s). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 13: protección judicial*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Corte IDH (2018t). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 17: interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario*. San José: Corte IDH-Comité Internacional de la Cruz Roja.

Corte IDH (2018u). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 18: casos contenciosos sobre El Salvador*. San José: Corte IDH-Fundación Heinrich Böll Stiftung.

Corte IDH (2018v). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 19: derechos de personas LGBTI*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Corte IDH (2018w). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 20: derechos políticos*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Corte IDH (2018x). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 21: derecho a la vida*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Corte IDH (2018ty). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 16: libertad de pensamiento y expresión*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Corte IDH (2019b). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7: control de convencionalidad*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Corte IDH (2019c). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 14: igualdad y no discriminación*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Corte IDH (2019d). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Corte IDH (2019e). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 23: corrupción y derecho humanos*. San José: Corte IDH-Cooperación alemana (GIZ).

Declaración sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos, suscrito por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Paraguay. Disponible en: http://www2.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos.

Observatorio de Jurisprudencia Interamericana (2015). *Derecho a la igualdad y no discriminación. 2014-2015*. Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos-Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano.

Observatorio de Jurisprudencia Interamericana (2015a). *Derecho a integridad personal. 2014-2015*. Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos-Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano.

Observatorio de Jurisprudencia Interamericana (2015b). *Derecho a la libertad personal. 2014-2015*. Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos-Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano.

Observatorio de Jurisprudencia Interamericana (2015c). *Derecho a las garantías judiciales. 2014-2015*. Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos-Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano.

Observatorio de Jurisprudencia Interamericana (2016). *Derechos económicos, sociales y culturales. 2010-2016*. Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos-Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano.

LOS *CLAROSCUROS* DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: UN ENFOQUE COMPARADO MÉXICO Y ESPAÑA

The *lights and shadows* of Constitutional Justice: a comparative approach Mexico-Spain

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ
Universidad de Cádiz
miguel.revenga@uca.es

ROCÍO GUADALUPE QUIÑONES ANDRADE
IIJ-UNAM
roguquian@gmail.com

Cómo citar/Citation
Revenga Sánchez, M. y Quiñones Andrade, R. G. (2020).
Los *claroscuros* de la justicia constitucional: un enfoque comparado México y España.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(1), 51-82.
doi: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.02

Resumen

El trabajo realiza una enumeración comparada de determinados aspectos de la regulación de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación mexicana, así como del Tribunal Constitucional español, que pueden considerarse problemáticos. Problemáticos bien porque proceden de un momento histórico diferente en cuanto al significado de la Constitución y la posición de su intérprete supremo, o bien porque dan pie a prácticas aplicativas que deberían revisarse con el fin de que el sistema de control de constitucionalidad, en su conjunto, mejorara en eficiencia e incrementara su credibilidad.

Palabras clave

Suprema Corte de Justicia (México); Tribunal Constitucional (España); sistema de control de constitucionalidad.

Abstract

This paper enlists and compares several regulative mechanisms of the Mexican Supreme Court of Justice of the Nation and the Constitutional Court of Spain, framed as inherently problematic. This consideration emanates from a contrasting historical standpoint regarding the meaning of the Constitution and the position of its supreme interpreter. These historical structures derive in a series of practices that demand a contemporary revision to improve the constitutional control system, as a whole, and to advance its credibility and efficiency.

Keywords

Supreme Court of Justice (Mexico); Constitutional Court (Spain); constitutional control system.

SUMARIO

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ *CLAROSCUROS*? II. POSICIÓN INSTITUCIONAL DE LA SCJN Y DEL TC. III. DESIGNACIÓN DE LOS INTEGRANTES DE LA SCJN Y DEL TC. IV. ¿CÓMO SE ORGANIZA EL TRABAJO INTERNO DE LA SCJN Y DEL TC DESDE EL PUNTO DE VISTA ORGÁNICO? V. ¿CÓMO DECIDEN «QUÉ DECIDIR» LA SCJN Y EL TC? VI. ¿CUÁL ES EL LUGAR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SCJN Y DEL TC EN EL SISTEMA JURÍDICO? VII. A MODO DE CONCLUSIÓN. *Bibliografía. Tesis jurisprudenciales y acuerdos legislativos en México. Jurisprudencia del TC español y del TEDH. Anexo.*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ *CLAROSCUROS*?

Si algo caracteriza hoy a los estudios sobre el funcionamiento de la justicia constitucional, es el escepticismo que reflejan con respecto a la vigencia de los modelos clásicos de control de constitucionalidad. La contraposición entre un modelo de control difuso de impronta norteamericana, puesto en circulación a partir de *Marbury* (y después adormecido por espacio de décadas antes de resurgir con fuerza), y el modelo «profesoral» europeo, concebido por Kelsen sobre la base de un tribunal especializado con el monopolio de un control sobre la ley del que resultaba una especie de «legislador negativo», apenas sirven ya hoy como arquetipos o «tipos ideales» de justicia constitucional. Unos arquetipos que a menudo actúan como guías directrices de nuestra manera de contemplar una realidad compleja y llena de vericuetos. Lo que en ella se pone en juego es nada menos que el punto hasta el que estamos dispuestos a llegar cuando otorgamos a la Constitución el carácter de norma vinculante para los poderes públicos, y al constitucionalismo el de una idea fuerza de la que esperamos quizá cosas que llevan en sí mismas un fuerte potencial de conflicto: procedimientos y controles sobre el poder, pero, a la vez, realización de los derechos «en la mayor medida posible» y deberes correlativos de los gobernantes. Todo ello en el marco de una democracia que calificamos de «constitucional», quizá no tanto por el legado que el constitucionalismo nos ha ido dejando durante los dos últimos siglos como por la pluralidad de las funciones que hoy asignamos al «derecho de la Constitución»; entre ellas, y en una relación de coesencialidad, la de hacer viable la posibilidad misma de una práctica democrática.

Ciertamente, entre el juez de la ley que actúa en salvaguarda de la supremacía constitucional y el legislador que lo hace bajo el estímulo de la legitimación proveniente del voto pueden darse tensiones y desencuentros que continúen alimentando el debate sobre la relación entre la justicia constitucional y la democracia. Pero dicha «dificultad contra mayoritaria», que en realidad no es algo que afecte solo al juez de la ley, sino al fundamento y los alcances de la jurisdicción en el Estado constitucional, nos parece que es una cuestión que ha quedado un tanto relegada con respecto a otra que es previa y aun más importante. Nos referimos a lo que pueda significar hoy la «constitucionalidad del poder», lo que es tanto como preguntarse por el lugar que ocupa la Constitución en la vida política y en la experiencia jurídica de un país determinado. Y eso, que tiene algo de contingente, en cuanto depende de la cultura política que se ha ido asentando en un «espacio» y en un tiempo concreto, es también cuestión de una buena planificación y un correcto diseño de formas y técnicas de control sobre la actuación de los poderes públicos (incluida la jurisdicción) que generen cumplimiento de la Constitución, en lugar de abrir fosos insondables entre ella y la realidad.

Son cuestiones del repertorio de problemas del constitucionalismo que pueden considerarse ya clásicas y que seguirán proporcionando todo el interés del mundo a las aproximaciones teóricas sobre la «justiciabilidad» de la Constitución, en términos generales, o desde una perspectiva apegada al análisis comparado, o «de caso» (Aragón Reyes, 2019). Lo que nosotros pretendemos hacer en las páginas que siguen es algo mucho más modesto. Pretendemos simplemente describir ciertas pautas de desarrollo del control de constitucionalidad en dos países, México y España, encuadrables en modelos diferentes de control: descentralizado y difuso el primero de ellos, con un poder judicial desdoblado territorialmente y repartido entre 32 entidades federativas, pero con un único Tribunal a la cabeza, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que tiene la última palabra tanto en lo que se refiere a la aplicación de la Constitución como en lo relativo a la del derecho de rango infraconstitucional (Soberanes Fernández, 1987)[1]. Y centralizado y con una propensión fuertemente concentrada en el caso de España, donde la función de interpretación

[1] Se trata de un sistema con pluralismo constitucional estatal y, al mismo tiempo, con supremacía de la Constitución federal. En los últimos años, hay un proceso continuo de avance del control de constitucionalidad a escala local, esto es, en las entidades federadas. Así ocurre, aunque no en todas partes con igual ritmo de desarrollo, en Campeche, Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlascala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

suprema de la Constitución se organiza sobre la base de la creación de un órgano, el Tribunal Constitucional (TC), separado de la jurisdicción ordinaria y dotado de competencias que desbordan ampliamente el control de la ley para incidir también, entre otras cosas, en la tutela de los derechos fundamentales. Esto último, por cierto, el recurso de amparo, así llamado por igual en México y en España, invita a aproximaciones comparativas y analógicas que han tenido brillantes cultivadores (Ferrer MacGregor, 2000), pero que nosotros dejaremos aquí de lado.

Lo que ha atraído nuestra atención es que, más allá de los modelos y de los sistemas de justicia o de jurisdicción constitucional, y más allá del auge que ha cobrado en las últimas décadas el derecho procesal constitucional, hay cuestiones que nos parecen determinantes para el alcance de esa «justiciabilidad» de la Constitución a la que nos venimos refiriendo[2], y que tienden a plantearse indefectiblemente allí donde la Constitución aparece dotada de fuerza normativa, esto es, allí donde hay democracia constitucional y, por ende, compromiso con los derechos. Por supuesto, que un análisis a fondo de tales cuestiones requeriría mucho más espacio del que aquí disponemos. Y así mismo, el elenco de las cuestiones que hemos seleccionado para realizar una evaluación comparativa entre México y España, que dé alguna utilidad al empeño que ahora emprendemos, es en sí mismo discutible y podría revisarse al alza o a la baja.

En su primera acepción, que es la que se usa en la técnica pictórica, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define claroscuro como el «contraste acusado entre la luz y la sombra de un cuadro». Y es precisamente ese efecto de contraste, que se puede producir en las propias regulaciones normativas como consecuencia de sus insuficiencias o de su carácter confuso o poco sistemático, o bien al plasmarse en desarrollos o prácticas aplicativas que se aparecen como problemáticas desde el punto de vista de la eficiencia del sistema de justicia constitucional en su conjunto, el que actúa como referente del cuadro que nos proponemos trazar.

---

[2] Empleamos, como se advierte, la expresión quizá poco ortodoxa de «justiciabilidad» de la Constitución para referirnos a la función consistente en decidir un conflicto jurídico tomado como referente principal el derecho de la Constitución, ya sea frente al legislador o, en general, frente a la actuación de los poderes públicos o incluso en los conflictos entre particulares. Cuando quien resuelve el conflicto lo hace de manera definitiva, en el sentido de que dicta una resolución contra la que no cabe recurso, estará actuando como un intérprete supremo de la Constitución, ya lo sea en su condición de órgano situado en la cúspide del Poder Judicial, como ocurre en México, ya sea en su carácter de órgano constitucional separado de este, e instituido en la Constitución para que cumpla tal cometido.

Al abrigo de tal idea y con la intención de realzar los contrastes y los rasgos que caracterizan los claroscuros de uno y otro sistema, trataremos en epígrafes sucesivos la posición institucional de la SCJN y del TC (II). Plantearemos la cuestión del nombramiento de los ministros de la SCJN y de los magistrados del TC (III). Nos detendremos en la organización interna de ambos órganos (IV). Miraremos los modos mediante los cuales los órganos supremos de la «justiciabilidad» constitucional tienden a acomodar su agenda a la capacidad teórica de trabajo (V). Y analizaremos, en fin, cómo se intenta afianzar el lugar de la jurisprudencia de los supremos intérpretes en uno y otro sistema (VI).

II. POSICIÓN INSTITUCIONAL DE LA SCJN Y DEL TC

En línea de principio, podría decirse que el funcionamiento fluido de cualquier sistema de control de constitucionalidad se ve favorecido cuando las fuentes normativas que lo regulan se hallan establecidas en disposiciones del máximo nivel, y gozan además de un consenso político sostenido en el tiempo. Cuando se dan tales condiciones, seguramente los arreglos institucionales que propician el control consiguen estabilizarse y son percibidos como exitosos, con independencia de que el transcurso del tiempo dé razones para introducir los cambios y los retoques normativos que se consideren oportunos (Comisión de Venecia, 2017).

La regulación de la actuación de la SCJN es, por decir lo menos, barroca. Confluyen normas de variado rango que determinan aspectos específicos de la actuación de la Corte, su funcionamiento interno, sus competencias en cada uno de los procesos en los que puede intervenir, su presupuesto, la información que debe hacer pública y otras cuestiones. Sin duda, las más importantes de estas normas son, por un lado, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece en varios artículos las atribuciones y la composición de la SCJN y, de forma limitada, incluso su forma de administración; y, por otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en donde se desarrollan los aspectos mencionados, así como el Reglamento interno de la SCJN, en el que se detalla la organización y el funcionamiento. La posición institucional de la SCJN está firmemente anclada en el art. 94 de la Constitución, un artículo que no ha estado al margen de la tendencia hacia el «hiperreformismo» que caracteriza a la experiencia constitucional mexicana[3]. Las reformas han incidido

[3] Hasta el momento en el que escribimos estas líneas (marzo de 2020), la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917, tiene en su haber 240 decretos de reforma, con 732 modificaciones a sus 136 artículos y disposiciones transitorias.

en el elenco de competencias atribuidas a la SCJN, así como en la composición de la Corte y en la forma de elegir a sus ministros.

Aunque desde 1917 para acá se contabilizan hasta trece modificaciones en dicho artículo, si se considera el impacto causado por estas y las realizadas sobre el conjunto del Poder Judicial de la Federación, puede detectarse una evolución lineal hacia la configuración del SCJN como un órgano al que se le ha ido descargando paulatinamente de funciones, para permitirle centrarse en las grandes cuestiones que afectan de lleno a la justiciabilidad de la Constitución y al estatuto de los derechos humanos. Es una tendencia que se acentúa a finales de los años ochenta del siglo pasado (reforma de 1987, para acrecentar las competencias de los Tribunales Colegiados de Circuito, así como de los Juzgados de Distrito, y reforma de 1990, por la que se creó el Tribunal Electoral) y que cobra un impulso definitivo con la reforma «global» del Poder Judicial de la Federación de 1994, y la del Tribunal Electoral de 1996.

La reforma de 1994 afectó de lleno al art. 105 de la Constitución, perfilando las dos grandes funciones de la SCJN en materia de control constitucional: por un lado, las acciones de inconstitucionalidad, de naturaleza abstracta, dirigida a «cuestionar la regularidad constitucional de las normas generales emitidas por los órganos legislativos» y, por otro, las controversias constitucionales (cuyo origen data de la Constitución de 1824), por medio de las cuales la SCJN «conoce de las disputas de carácter constitucional o legal surgidas entre los órdenes normativos u órganos a que dan lugar el sistema federal o el principio de división de poderes» (Cossío, 2011). La trascendental reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, así como la realizada simultáneamente en materia de amparo, fue también un hito decisivo en esta trayectoria, debido a que realza la posición de la SCJN como un (dialogante) intérprete supremo de la Constitución, al que las Cámaras del Congreso, así como el Ejecutivo Federal, pueden instar para que dé prioridad a la resolución de aquellos asuntos (controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y amparos en revisión) que aquellas o este consideren que revisten urgencia en razón de la afectación del «interés social» o el «orden público».

En el caso de España, configurar al TC como un órgano constitucional separado del Poder Judicial no era una opción, sino un imperativo derivado de la voluntad de conferir a la Constitución la fuerza normativa que nunca había logrado en nuestra historia. Y esto porque se consideró de manera muy plausible que asentar la Constitución y establecer un intérprete privilegiado de

---

Esta información ha sido obtenida en la página oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, disponible en el enlace: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm.

ella equivalía a «enfriar» los conflictos políticos y a consolidar la democracia. El título IX de la Constitución, cuya rúbrica dice escuetamente «Del Tribunal Constitucional», precede al último de los títulos de la Constitución, el que regula la reforma, y uno y otro van de la mano como instrumentos de defensa del orden constitucional. España es en esto un caso paradigmático de recuperación de la democracia en el último cuarto del siglo XX y de incorporación necesaria y consecuente de un modelo de justicia constitucional moldeada a imagen de los ejemplos alemán e italiano de la segunda posguerra. Aprobada la Constitución en diciembre de 1978, el Parlamento de la Primera Legislatura Constitucional (1979-1982) se puso de inmediato manos a la obra para desarrollar las previsiones del título IX, hasta el punto que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979, de 3 de octubre), que fue la segunda en términos absolutos de las aprobadas tras la entrada en vigor de la Constitución, permitió al Tribunal, tras la elección de los magistrados en febrero de 1980, abrir su registro y comenzar a emitir resoluciones a partir de agosto de dicho año[4]. Desde entonces, y en un desarrollo que no ha tenido graves sobresaltos, ha dictado miles de resoluciones en sus tres grandes ámbitos competenciales (el control de la ley, los conflictos interorgánicos o a propósito del reparto territorial del poder y la defensa en último extremo de los derechos fundamentales), las cuales conforman hoy un impresionante acervo jurisprudencial en defensa de la fórmula política, la del Estado social y democrático de derecho, establecida en la Constitución. Las diez reformas que ha tenido la Ley Orgánica del Tribunal por medio de otras tantas leyes (que fueron aprobadas en 1984, 1985, 1988, 1999, 2000, 2007, 2010 y 2015) han incidido en aspectos puntuales de la configuración del Tribunal, de sus competencias y de sus reglas de funcionamiento, pero lo han hecho respetando (por lo menos formalmente) las decisiones básicas que, sobre dichas materias y sobre el estatuto de los magistrados, aparecen recogidas en la Constitución. Hay que tener en cuenta además que en 1990 el Pleno del TC adoptó el Acuerdo por el que se aprobaba el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal, el cual también ha sido objeto de varias reformas.

[4] La primera resolución fue un auto dictado en agosto de 1980 declarando la inadmisión de un amparo. Y la primera sentencia, la 1/1981, una por la que se otorgó el amparo frente a una actuación de la jurisdicción civil que había hecho dejación absoluta de sus funciones por deferencia a lo establecido en un juicio de nulidad matrimonial dirimido ante la jurisdicción eclesiástica.

III. DESIGNACIÓN DE LOS INTEGRANTES DE LA SCJN Y DEL TC

No cabe duda de que la forma de nombramiento de quienes integran los órganos jurisdiccionales supremos encargados de la defensa de la Constitución es una cuestión capital. Y lo es al menos por dos razones. La primera es que nadie niega hoy que tener la última palabra sobre el significado de la Constitución —por mucho que el funcionamiento práctico de la justicia constitucional atempere hoy en bastantes de los casos la idea misma de última palabra— es un asunto que incide profundamente sobre el proceso político. La interpretación de la Constitución, y la del derecho a la luz de ella, no es política por las técnicas a través de las cuales se materializa, pero sí lo es por las consecuencias que ella puede desencadenar. La segunda razón tiene que ver con la posición institucional y la composición personal del órgano que ejerce la interpretación suprema. Cualquier sistema de justicia mínimamente evolucionado y, desde luego, todos los encuadrables en la órbita de la democracia constitucional, son sistemas comprometidos con el valor de la independencia del juez, de todo juez, y simultáneamente son sistemas que necesitan organizarse de modo tal que la interpretación jurídica no se disperse en un océano de voces discordantes, sino que aparezca como un «compacto» alumbrado por la idea de jerarquía y dotado de un punto de «cierre» con capacidad de producir, sobre la interpretación, efectos de coherencia interna y expectativas razonables de certeza. Las formas de nombramiento de los jueces varían de un sistema a otro, según las tradiciones en las que se inserten, burocrático-funcionarial, en la tradición del *civil law*, o bien de impronta profesionalizada (y abierta ocasionalmente a la elección popular), en la anglosajona (Serra Cristóbal, 2011); pero en cualquiera de los dos casos lo habitual es que haya unas reglas generales relativas a la selección de los jueces, y otras particulares referidas a los jueces que conforman el órgano supremo. Obviamente dicha lógica es aún más contundente allí donde hay jurisdicción constitucional de carácter especializado, como ocurre en España. Pero, también donde eso no se da, lo que importa es que la relevancia de la posición del número (siempre limitado) de jueces que están en la cúspide de la organización judicial plantea de manera particularmente intensa cuestiones de independencia e imparcialidad, pero también de legitimidad y de responsabilidad políticas, que hacen necesaria una respuesta constitucional *ad hoc* en lo que se refiere a su nombramiento.

Veamos cómo se responde a esas exigencias en México y en España. Las reglas especiales para el nombramiento de los actualmente once ministros (y de las ministras, como señala expresamente la Constitución mexicana tras la reforma de 2019) de la SCJN se hallan en los arts. 94 a 96 de la Constitución. Según dispone el art. 95 constitucional, los requisitos para ser ministro de la Suprema Corte son: a) ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno

ejercicio de sus derechos políticos y civiles; b) tener por lo menos 35 años; c) poseer título de Licenciado en Derecho expedido por institución autorizada; d) gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión, ni por ninguno que lastime seriamente la buena fama pública; e) haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación, y f) no haber sido secretario de Estado, fiscal general de la República, senador, diputado federal, ni titular del poder ejecutivo de alguna entidad federativa, durante el año previo al día de su nombramiento. Aunque no se establece como un requisito *sine qua non,* la Constitución señala que se debe preferir para ocupar este cargo a aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica[5]. Una vez nombrados, los ministros de la SCJN durarán quince años en su encargo y no pueden ser reelectos. Durante el tiempo de su encargo pueden ser removidos únicamente por incurrir en alguna de las causales que los arts. 109 y 110 de la Constitución señalan para el régimen general de los servidores públicos. La designación de los ministros, de conformidad a los arts. 76 y 96 constitucionales, se realiza por el Senado, quien los elige, previa comparecencia de los candidatos, de entre la terna que le somete el presidente de la República. Se necesita el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, en el plazo de treinta días, de lo contrario, esta facultad pasará al presidente de la República. Además, si la Cámara de Senadores rechazare la terna propuesta por el presidente, este deberá proponer una nueva. Y si la segunda terna es rechazada de nuevo, el presidente podrá nombrar libremente al nuevo ministro o ministra.

Este procedimiento, conforme se ha estudiado en detalle (Astudillo, 2010, y Astudillo y Estrada Marún, 2019), deja bastantes cuestiones en el aire. La primera es que la regulación bascula en exceso sobre la discrecionalidad del presidente en la elaboración de las ternas (dentro del cumplimiento de las exigencias constitucionales), conformándose además la intervención del Senado como una potestad sujeta a plazo de ejercicio perentorio y bajo la amenaza de la libre designación presidencial. La segunda cuestión relevante es que la Constitución simplemente establece que los candidatos deberán comparecer ante el Senado, pero no especifica ninguna otra cuestión, examen, entrevista

[5] «Los nombramientos de los Ministros deberán recaer *preferentemente* —señala el artículo 95 *in fine*— entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica».

o mayor trámite al respecto, por lo que el procedimiento queda al albur de ulteriores desarrollos. Esta falta de concreción ha sido suplida mediante acuerdos particulares de la Cámara de Senadores, pero sin que tampoco exista al respecto un trámite parlamentario fijo y establecido con proyección permanente. Cada vez que se tiene que nombrar un nuevo integrante de la SCJN, se dicta un nuevo acuerdo, que no coincide necesariamente con lo establecido en el anterior.

De hecho, en cada una de las últimas cinco renovaciones parciales, 2012, 2015, 2018, y 2 en 2019, se han producido cambios en las «reglas del juego» que ensanchan o acortan las posibilidades de acción de los senadores e impiden, en definitiva, que el *advise and consent* del Senado —si se nos permite la licencia, dada la semejanza con el sistema que se sigue en los Estados Unidos— llegue a tener un sentido y alcance predeterminados. En algún momento (Acuerdo de 2015) se permitió que los integrantes de la Comisión de Justicia de la Cámara de Senadores, o incluso los del Pleno, pudieran dirigir preguntas a los candidatos integrantes de la terna, y también se contempló la posibilidad de llamar a determinados actores de la «sociedad civil» (Facultades de Derecho, Institutos de Investigación y Barras de abogados) para que formularan observaciones. Además, en el acuerdo de dicho año, más allá de la comprobación de los requisitos formales, se solicitó de forma adicional a los candidatos, su síntesis curricular, así como una serie de composiciones escritas sobre varios tópicos relacionados con la justicia constitucional, que tenían como fin examinar el conocimiento de los candidatos sobre normas constitucionales, derechos humanos, jurisprudencia, derecho internacional, así como fijar el criterio que seguirían en la resolución de conflictos ante el máximo tribunal. Sin embargo, los tres acuerdos aprobados durante la actual presidencia de López Obrador han supuesto, con relación al del año 2015, una modificación a la baja, pues se han eliminado los requisitos referentes a las composiciones escritas, incluyendo la presentación de la síntesis curricular a cargo del candidato. Estos cambios denotan la gran discrecionalidad que existe en el nombramiento de los integrantes del máximo tribunal de justicia mexicano, que puede llegar a estar conformado por personas no idóneas para una responsabilidad de tal envergadura, ya que las formalidades y requisitos adicionales en el procedimiento pueden variar de una legislación a otra, de todo lo cual se infiere que la última palabra en la designación tiende a depender de las conveniencias políticas del ejecutivo federal.

Es interesante destacar que, a raíz de la «gran reforma» de 1994, se estipuló que la designación de los ministros de la SCJN se realizaría con arreglo a un sistema establecido de escalonamiento temporal, a cuyo efecto en aquel momento se dispuso que a partir de 2003 (y sucesivamente en 2006, 2009 y 2012) habría que renovar a dos ministros y en 2015 a los tres restantes, como

efectivamente se hizo. Esto nos parece una buena manera de conjugar los objetivos de continuidad del trabajo de la SCJN con el de evitar renovaciones colectivas que perjudican la causa de la transparencia, así como una llamada de atención de la opinión pública sobre la trascendencia de la renovación. Y aunque la doctrina no ha dejado de clamar por la elaboración de normas de rango suficiente que proporcionen estabilidad y mejoren el sistema de nombramiento, ese es un dato que nos parece relevante a la luz de los problemas que se han originado en España con motivo de la renovación de los magistrados del TC.

La Constitución española regula en su art. 159, que es el que abre el título dedicado al Tribunal Constitucional, la composición de este, así como el sistema de nombramiento y los rasgos básicos del estatuto de los magistrados. Estos, en número de 12, serán nombrados entre «Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados», todos los cuales han de ser «juristas de reconocida competencia» y contar con quince años al menos de ejercicio profesional. Su nombramiento, que expide el rey, se produce por un período de 9 años y su elección se reparte así: 4 por el Congreso, 4 por el Senado (en los dos casos por mayoría reforzada de tres quintos), 2 por el Gobierno y 2 por el Consejo General del Poder Judicial. Una lógica que responde a la idea de la participación de los tres poderes «clásicos» del Estado (aunque el Consejo General del Poder Judicial, que es el órgano de gobierno de los jueces, no ejerce jurisdicción), en lugar de concentrar en el Parlamento la elección de todos, como ocurre en bastantes sistemas europeos y del ámbito iberoamericano (Nogueira Alcalá, 2019). Esto se completa con una regla relativa a la renovación del Tribunal (art. 159.3) en la que se estatuye que se realizará por terceras partes cada tres años, una estipulación que la propia Constitución completó a través de una disposición transitoria en la que se decidió que los magistrados propuestos por el Gobierno y por el Consejo General del Poder Judicial conformarían uno de los tres grupos de cuatro magistrados a efectos de la renovación y se previó la celebración de sendos sorteos a los tres y a los seis años desde la primera elección para decidir cuál de los grupos habría de renovarse *ab initio.*

Las previsiones constitucionales son sobre esto, por así decir, «cartesianas». Para conjurar el riesgo de la elección de magistrados «de partido», mayorías parlamentarias reforzadas; y para lograr una renovación periódica ordenada y por turnos, la confección de tres grupos de cuatro magistrados para ser renovados cada tres años al término de sus nueve años de mandato. La cuestión es que con frecuencia la vida real no acaba de acomodarse a la intención de los autores de las leyes y así ha ocurrido en esto como consecuencia de dos factores que han acabado por poner en entredicho el acierto de los mismos al enfrentarse a este importante asunto. El primero de los

factores tiene que ver con un mal que afecta a menudo al funcionamiento de las democracias. Consiste en actuar de tal manera que se transmita la impresión de que la «partitocracia» puede más que la «meritocracia»; lo que trasladado a este ámbito significa «reparto» de cuotas entre los partidos, o *lottizzazione* por usar el vocablo italiano. En una famosa sentencia, la STC 108/1986, el Tribunal Constitucional advirtió que había ámbitos de decisión política que, por su relevancia, por así decir «institucional», deberían quedar al margen de la lógica de funcionamiento del Estado de partidos[6]. La sentencia se refería al cambio introducido por el legislador en el modo de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, pero esa consideración podría aplicarse perfectamente a la renovación de los magistrados del TC. Porque lo que ha venido ocurriendo es que la exigencia de mayoría de tres quintos no ha operado como una regla que propicie el acuerdo interpartidista sobre los candidatos más idóneos, sino, lisa y llanamente, reparto de cuotas entre los dos grandes partidos tradicionales. Con ello no estamos insinuando que, más allá del cumplimiento de los requisitos de mínimos que se establecen en la Constitución, resulta pertinente la sospecha sistemática sobre las cualidades profesionales de quienes han accedido al Tribunal previa la elección del Congreso y del Senado; ni tampoco sugerimos que el comportamiento de los magistrados en el ejercicio del cargo pueda presentarse como un trasunto de la voluntad de los partidos que impulsaron la candidatura. Las pautas de conducta en el desempeño de la jurisdicción resultan siempre notoriamente más complejas de lo que pretenden las etiquetas magistrados «conservadores» frente a magistrados «progresistas». Pero dicho esto, es indudable que un sistema que favorece la negociación entre bambalinas de los partidos, en lugar de

---

6 Vale la pena reproducir textualmente el párrafo en cuestión de la referida sentencia: «Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efecturar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial. La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la Norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución».

propiciar la comparecencia y comprobación de las cualidades de los candidatos con «luz y taquígrafos», no es un buen sistema.

El segundo factor de descrédito del sistema de nombramiento está estrechamente relacionado con el que acabamos de resumir, y tiene una doble proyección. La más evidente es la que proviene de los retrasos que se han originado en la renovación de los magistrados correspondientes a los grupos de las Cámaras, retrasos que, en el período comprendido entre 2007 (en el que correspondía elegir al Senado, aunque no lo hizo hasta 2010) y 2010 (en el que correspondía elegir al Congreso, aunque en realidad no lo hizo hasta 2012), alcanzaron las características de un problema endémico que afectó gravemente a la legitimidad del Tribunal. La Ley Orgánica del TC (art. 17.2) contempla la prórroga automática de ejercicio de la función por parte de los magistrados salientes hasta que son sustituidos, pero, con independencia de ello, y en el contexto de un *momentum* delicado de la vida del Tribunal, en el que tenía pendiente de decidir sobre la constitucionalidad del nuevo Estatuto de Cataluña, unos retrasos tan dilatados causaron un efecto demoledor[7]. Pero es que, además —segunda proyección—, el sistema de renovación escalonada por grupos de cuatro solo podría funcionar en condiciones de coincidencia absoluta de los momentos iniciales y finales del encargo de todos y cada uno de los cuatro magistrados de cada grupo. Como ese no ha sido nunca el caso, pues desde el principio hubo dimisiones o fallecimientos, así como retrasos puntuales en los nombramientos de magistrados que hacían inviable la cadencia trienal preestablecida y la coincidencia temporal, en el año 2010 se introdujo una reforma en la Ley Orgánica para disponer (art. 16.5) que «si hubiese retraso en la renovación por tercios de los magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación». Se ha dado, por tanto, primacía absoluta a la regla de la renovación por tercios, situándola por encima de otra regla constitucional de contenido perfectamente claro: la que estatuye un mandato de 9 años para los magistrados, algo que, para buena

[7] La sentencia sobre el Estatuto —STC 31(2010)— se haría pública afínales del mes de junio de dicho año. Hay que añadir que, por lo que se refiere al Senado, un factor que coadyuvó a la demora fue la reforma introducida en 2007 en la Ley Orgánica del TC, por medio de la cual se previó (art. 16.1) la participación de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas en el proceso de designación, mediante la elevación al Senado de propuestas de candidatos. Recurrido este y otros aspectos de la reforma ante el TC, este resolvió (SsTC 49 y 101 de 2008) que en último extremo es el Senado el que tiene la potestad de elegir, por lo que puede apartarse de las propuestas (o suplirlas) formuladas por los Parlamentos autonómicos. Sobre esta cuestión, véase Urías, 2010.

parte de la doctrina especializada, no se ajusta a la Constitución (Fernández Farreres, 2015; Estrada Marún, 2017). De ahí que esa misma doctrina haya postulado mejoras del sistema, como la de trasladar al Pleno del TC la facultad de selección si en el plazo de tres meses desde que la elección debió producirse las Cámaras son incapaces de realizarla, o bien dar un vuelco al sistema para propiciar la elección individualizada de magistrados a medida que el mandato de los mismos llega a los 9 años (en el mismo sentido, también, Ferreres Comella, 2011). Y esto porque se estima, con toda razón, que la designación individualizada atrae la atención de la opinión pública y potencia las posibilidades de transparencia del proceso, y control sobre el mismo, objetivos que la actual regulación está muy lejos de cumplir[8].

IV. ¿CÓMO SE ORGANIZA EL TRABAJO INTERNO DE LA SCJN Y DEL TC DESDE EL PUNTO DE VISTA ORGÁNICO?

La SCJN es el máximo tribunal constitucional de México, por lo cual se encarga de ejercer un control constitucional y convencional a través de un conjunto de procedimientos, de los cuales, sin duda, los más trascendentales son las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, los amparos en revisión de casos trascendentales, los incoados en base a la facultad de atracción en el caso de amparos que tengan una trascendencia que beneficie a la sociedad, y la resolución de contradicción de tesis. Hoy en día, la tarea de control constitucional no es, sin embargo, la única función de la corte suprema, ya que también conoce de otros casos que no implican propiamente un control constitucional, como quejas, impedimentos, asuntos administrativos internos y muchos otros que llegan a sus estrados todos los años. Estas cargas constituyen parte de una competencia residual que, precisamente en estos momentos, el Congreso de la Unión discute eliminar, para dar paso a la conversión de este órgano, en un verdadero tribunal constitucional[9]. Esta

[8] El art. 16.2 de la Ley Orgánica dispone (tras la reforma de 2007) la comparecencia de los candidatos propuestos por las Cámaras ante las correspondientes comisiones, pero hasta el momento no es exagerado decir que la previsión ha pasado «sin pena ni gloria», un simple trámite del procedimiento que no ha tenido mordiente alguna desde el punto de vista de lo que se puede esperar de una actividad de control digna de tal nombre.

[9] El 12 de febrero de 2020, el presidente de la República envió a la Cámara de Senadores una propuesta de reforma integral del Poder Judicial de la Federación, que, de aprobarse, consolidaría a la SCJN como un verdadero Tribunal Constitucional. Esta propuesta se considera un hecho histórico, ya que fue elaborada por el mismo Poder

reforma, de aprobarse, será fundamental para la *reinvención* de la SCJN como un genuino órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad liberado de tareas que carecen de mordiente desde tal punto de vista, y que sobrecargan y ralentizan su actuación.

La SCJN se compone de once ministros y funciona en Pleno, donde actúan todos los ministros presididos por su presidente, o en Salas, integradas por cinco ministros cada una, en donde uno de los ministros asume el rol de presidente de la Sala. El presidente de la SCJN permanece en su encargo cuatro años y no participa en las deliberaciones de las Salas. El nombramiento de Presidente de las Salas es de dos años. La SCJN, reunida en Pleno o Salas, sesiona dos veces al año. El primer periodo comienza el primer día hábil del mes de enero y se extiende hasta el último día hábil de la primera quincena del mes de julio, y el segundo periodo comienza el primer día hábil del mes de agosto y dura hasta el último día hábil de la primera quincena del mes de diciembre. El Pleno puede sesionar con siete integrantes, a menos que el asunto tratado verse sobre controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad o recursos de apelación en contra de sentencias de jueces de distrito en donde la federación sea parte o en cuestiones que por su interés y trascendencia así lo ameriten, en las que tendrán que estar presentes ocho miembros. Las Salas pueden sesionar con cuatro ministros presentes.

Las facultades que tiene el Pleno de la SCJN son muchas, e incluso se podría afirmar que hasta cierto grado son difusas, debido a que, si bien cuenta con potestades que la ley especifica claramente, también se acude a este máximo tribunal en otros asuntos en los que a veces no se sabe cómo resolver o quién es el órgano facultado. Las potestades más relevantes del Pleno son, entre otras, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Para resolver este tipo de casos, la Subsecretaría General de Acuerdos cuenta con una sección de trámite especializada en su resolución.

Judicial. Los puntos álgidos de la propuesta van en dos sentidos. Por una parte, se pretende eliminar cargas de trabajo que no tienen que ver propiamente con la defensa de la Constitución Federal, y, por otro lado, se propone dotar a este órgano máximo de mayor discrecionalidad en cuanto al conocimiento de los amparos y amparos en revisión. Además, se propone eliminar la jurisprudencia por sustitución y modificar la creada mediante reiteración, con el fin de que todas las decisiones de la SCJN votadas por una mayoría calificada sean de obligatorio cumplimiento para los órganos inferiores. En cuanto a las controversias constitucionales, en las que antes la SCJN analizaba tanto la legalidad como la constitucionalidad de los actos y normas, se propone eliminar el estudio de la legalidad, para evitar distraer al Tribunal de su tarea fundamental: la defensa de la Constitución.

El Pleno cuenta, además, con la facultad de conocer los amparos en revisión sobre cuestiones constitucionales trascendentales, por ejemplo, aquellos en los que sobrevenga un problema de inconstitucionalidad de una norma general, contradicciones de tesis o incidentes por incumplimiento de las sentencias por las autoridades responsables en amparo. Está autorizado para determinar, a través de acuerdos generales, la competencia por materia de cada una de las Salas y la distribución de los asuntos que estas conozcan, y remitir para su resolución los asuntos de su competencia a las Salas, o bien a los Tribunales Colegiados de Circuito, y así lo hace con frecuencia a fin de liberarse del exceso de carga de trabajo y con vistas a la pronta resolución de los expedientes. Tiene otras facultades atípicas, que son las que se analizan en los asuntos denominados «varios». En estos asuntos se agrupan las consultas del presidente al Pleno y otras competencias que no tienen una denominación específica en la ley. Como se puede apreciar, las competencias de la SCJN, incluso las más trascendentes, son demasiadas, lo que, en ocasiones, hace que las resoluciones de asuntos sobre control constitucional se demoren años, impidiendo que se brinde una justicia expedita.

Una de las mayores controversias que se tiene en la SCJN es la designación de su personal alterno. La SCJN conforma, como decimos, una organización burocrática inmensa que cuenta con un gran número de integrantes que coadyuvan en la impartición de justicia en auxilio de los ministros. Este personal es elegido de forma discrecional por el ministro presidente y por el resto de los integrantes del máximo tribunal, sin que exista prácticamente ningún filtro o condición para su contratación, salvo el hecho de que sea presupuestariamente viable. El proyecto de presupuesto de la SCJN es elaborado anualmente por su presidente y remitido al Congreso de la Unión para agregarse al Presupuesto de Egresos de la Federación.

Además de actuar en Pleno o en Salas, cada uno de los ministros integra una ponencia. El Presidente de la Corte puede turnar expedientes que considere dudosos o trascendentes a los ministros ponentes con el fin de que elaboren un proyecto de resolución y lo pongan a consideración de la SCJN y se resuelva el trámite. Cada ponencia se encuentra integrada por su propio personal, incluyendo secretarios de Estudio y Cuenta que son nombrados directamente por los ministros ponentes. La LOPJF establece que, para ocupar este cargo, se exigirá que, cuando menos, dos terceras partes de las plazas que corresponden a cada ministro sean ocupadas por personas que hayan desempeñado durante dos años o más los cargos de secretario de Tribunal de Circuito o secretario de Estudio y Cuenta de las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación o secretario de Juzgado de Distrito. No existe un número determinado de secretarios de Estudio y Cuenta, ya que cada ministro tiene un presupuesto y un número de plazas y la potestad

de decidir cómo lo distribuye. A finales de 2018, la SCJN contaba con 86 secretarios de Estudio y Cuenta y 40 adjuntos. Esta forma de elegir al personal del máximo tribunal mexicano, que en otros países resultaría inaudita, provoca que una parte muy importante de su personal pueda ingresar sin ninguna experiencia jurisdiccional previa, lo que constituye una de las principales debilidades de la SCJN, por lo que se necesita un cambio profundo, en el que se determinen mayores requisitos y filtros para poder formar parte de los servicios técnicos de apoyo.

En el caso del Tribunal Constitucional español, la estructura interna se caracteriza por una tripartición entre el Pleno (de doce magistrados), dos Salas (de seis magistrados) y cuatro secciones con tres magistrados cada una de ellas. Aunque la LOTC otorga amplias atribuciones al Pleno para avocar o delegar asuntos (sobre todo cuando se trata de aplicar jurisprudencia consolidada), podría decirse que el Pleno es competente para decidir sobre el control de la ley, ya sea en vía principal a través del recurso de inconstitucionalidad, ya sea en vía incidental cuando así se lo plantean los jueces de la jurisdicción ordinaria. El Pleno conoce además de los asuntos que afectan al reparto territorial del poder: conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas (o a la inversa) y conflictos en defensa de la autonomía local. Las Salas son competentes para resolver los recursos de amparo; y las Secciones deciden sobre si estos últimos deben ser o no admitidos a trámite.

Sobre la posición del presidente del tribunal, la Constitución determina la duración de su mandato (tres años) y reserva a los magistrados del propio tribunal la facultad de elegirlo; la Ley Orgánica (art. 9) especifica el sistema: mayoría absoluta en primera votación y mayoría simple en segunda. Por su parte, en el art. 15 de la misma ley puede verse el núcleo de las funciones representativas y organizativas que ostenta, pero lo que la ley no deja ver es lo que nos parece que tiene más importancia: nos referimos a la capacidad del presidente para dirigir las deliberaciones del Pleno y, de manera especial, la que se refiere al dominio del presidente sobre la agenda del Pleno. Ambas cosas resultan capitales y guardan una relación que no siempre se advierte. El *modus operandi* para la resolución de los asuntos que ingresan en el Registro, cuando son competencia del Pleno (digamos, por ejemplo, un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad, o bien un conflicto de competencias), conlleva la designación de un ponente que es el magistrado a quien corresponde elaborar el proyecto de resolución que es presentado ante el Pleno para debate. En un mundo ideal, el momento del debate del asunto por el Pleno debería venir predeterminado por los plazos procesales que la ley prevé para dictar sentencia en cada tipo de recurso: 30 días como máximo desde que expira el plazo para formular alegaciones tanto en el recurso como en la cuestión. Pero dicho plazo taxativo para la expresión del parecer del Tribunal resulta, en el caso del

Tribunal Constitucional y, en general, en el de todos los tribunales, la quimera de paradójicos efectos que tantas veces se señala: los plazos procesales son de riguroso cumplimiento para todas las partes, menos para el tribunal. Efecto de ello es que el horizonte temporal desde que se presenta un recurso hasta que se notifica la sentencia siempre es incierto e indeterminable; con la consecuencia de que los retrasos y las esperas para conocer la respuesta del Tribunal en asuntos que pueden resultar de gran relieve público llegan a ser llamativos. Por poner un ejemplo: el recurso de inconstitucionalidad contra la ley del año 2010 que alteró el sistema de reconocimiento del derecho a la interrupción del embarazo, desde uno basado en indicaciones a otro que combina indicaciones y plazos —es libre durante las primeras 14 semanas de gestación—, continúa a fecha de hoy (es decir, más de diez años después) pendiente de sentencia. Las libérrimas atribuciones del Tribunal para establecer prioridades temporales en función de «jerarquías» de importancia o urgencia de los asuntos que solo a él compete establecer resaltan, en definitiva, su independencia, pero tienen al mismo tiempo un potencial perturbador sobre la idea de neutralidad con respecto a intereses políticos circunstanciales o «de parte».

V. ¿CÓMO DECIDEN «QUÉ DECIDIR» LA SCJN Y EL TC?

Todos los asuntos que lleguen a la SCJN y se encuentren estipulados en la legislación deben ser conocidos por esta, salvo dos excepciones. La primera es la facultad de atracción establecida en las fracciones V y VIII del art. 107 constitucional (Cabrera, 1990). La segunda se refiere a la posibilidad de remitir los asuntos a los Tribunales Colegiados de Circuito para su conocimiento y resolución con el fin de liberar de carga de trabajo a la SCJN y que el asunto sea resuelto con mayor prontitud.

La facultad de atracción se considera una parte inherente a la evolución de la SCJN. Esta, en ejercicio de su carácter de órgano constitucional, tiene la potestad de atraer a sus estrados los asuntos que considere de una relevancia jurídica y constitucional fundamental (Suárez, 2017). Según establece la Constitución, la Suprema Corte puede, de oficio, o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, del Fiscal General de la República —en los asuntos en que el Ministerio Público de la Federación sea parte— o del Ejecutivo Federal, conocer de los amparos directos y amparos en revisión que, por su interés o por su trascendencia, lo ameriten. La propia SCJN se ha encargado de establecer que la importancia y trascendencia de un caso, para ejercer la facultad de atracción, se satisfacen cuando la solicitud se realiza con el fin de integrar jurisprudencia por reiteración, o bien cuando la problemática planteada implica el análisis de preceptos constitucionales y

legales que suponga la fijación de un criterio jurídico trascendental para casos futuros. En 2014 la Sala Primera determinó que para que un determinado asunto cumpla con el requisito de «interés» o «importancia», se requiere que del estudio del mismo se advierta una circunstancia relacionada con los siguientes casos: a) la posibilidad de una afectación grave en el patrimonio o las finanzas públicas; b) la posibilidad de que se perjudiquen áreas o sectores de importancia económica y social para el país; y c) el hecho de que la resolución del asunto haya sufrido una demora prolongada, que pueda causar una afectación del derecho a la justicia de las partes contrincantes, en relación con la obligación de las autoridades jurisdiccionales competentes de otorgar una solución a la controversia en un tiempo o plazo razonable. Por otro lado, como ya dijimos, el art. 94 de la Constitución faculta al Pleno de la SCJN para delegar en los Tribunales Colegiados de Circuito aquellos asuntos en los que ya hubiera establecido jurisprudencia o, en general, los que la propia Corte determine de cara a una mejor procura de justicia.

A pesar de ello, la carga de trabajo de la SCJN es bastante abrumadora, tal y como puede observarse en la tabla 1 correspondiente a los asuntos resueltos por la SCJN en el año 2019, disponible en el Anexo de este artículo.

En el caso del TC español, el «caballo de batalla» en cuanto al ajuste entre la capacidad de resolver y el ritmo de ingreso de asuntos en el registro se ha localizado desde siempre en el Recurso de Amparo. Es lógico que sea así, por cuanto la legitimación potencial para recurrir en amparo es «universal» por contraste a lo limitada que resulta en los demás ámbitos de trabajo del Tribunal. Hay que tener en cuenta además que, dentro de la jerarquía que caracteriza el sistema de reconocimiento de los derechos en España a los efectos del amparo, el de obtener una tutela judicial efectiva cae de lleno dentro de la órbita de máximo grado de protección. Ha ocurrido así que, desde los albores de la actuación del Tribunal, el amparo actuó como la instancia de control, en manos del TC, para medir el grado de cumplimiento de la Constitución en el desempeño de la función jurisdiccional por parte de los jueces ordinarios. Los efectos positivos que esto pudo tener desde el punto de vista de la transformación en sentido garantista del proceso, así como para mostrar al juez ordinario el modo de leer el derecho en consonancia con los imperativos de respeto a los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución, se vieron empañados por la inmoderada propensión de los litigantes a desvirtuar la prístina naturaleza del amparo constitucional para convertirlo en una última instancia de carácter rutinario. Es una cuestión bien conocida en los sistemas que disponen de jurisdicción constitucional especializada con acceso directo de los justiciables en defensa de sus derechos. Y aunque no se llame así, suele resolverse aplicando fórmulas que caminan en la dirección del *certiorari* estadounidense, es decir, en la de acentuar la discrecionalidad del Tribunal

para trazar la barrera entre los asuntos que tienen importancia como para justificar una consideración a fondo de los mismos, y aquellos otros que no la tienen, sin que sea sencillo estatuir con carácter general y uniforme cuándo se está en presencia de uno u otro caso.

En España, el expediente para establecer dicha barrera consistió desde el principio en establecer un trámite de admisión de los amparos que permitía a las Secciones la desestimación *a limine* (*rectius*: la no admisión a trámite) por una simple providencia. Y esta fórmula recibió en 2007 un impulso decisivo con la reforma del art. 50 de la Ley Orgánica del Tribunal, mediante la cual se estableció taxativamente que quienes recurren ante el Tribunal no solo han de aducir la vulneración de derechos amparables, sino justificar la «especial trascendencia constitucional» del asunto sobre el que versa el recurso. Sobre este giro legislativo que provoca una acusadísima objetivación del recurso de amparo en detrimento de su vertiente subjetiva o «reaccional» se han vertido abundantes críticas, la mayor parte de ellas denunciando que el realismo de lo posible ha desvirtuado, hasta hacerlo irreconocible, el diseño constitucional del amparo (por todos, Morales Arroyo *et al.,* 2014). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse sobre el particular en una sentencia que vino a actuar como una especie de control de convencionalidad (medido a la luz de las exigencias del recurso efectivo de los arts. 6 y 13 del Convenio) sobre la mencionada reforma legislativa del año 2007[10]. Con el argumento de la libertad para configurar razonablemente los requisitos de acceso a los recursos y, en especial, tratándose de uno de naturaleza extraordinaria y subsidiaria, como era el caso, el TEDH refrendó la reforma. Y aunque es pertinente reconocer que el TC viene realizando un cierto esfuerzo argumental para poner de manifiesto qué es lo que merece, según él, ser considerado como de especial trascendencia, lo cierto es que tenemos aquí un ámbito que resulta esquivo, precisamente allí donde la jurisdicción constitucional está conectada de manera más directa con la pluralidad de lecturas e interpretaciones de la Constitución por parte de la comunidad jurídica[11]. El amparo continúa

[10] El asunto es *Arribas Antón contra España* (Demanda 16563/11) y la sentencia (de la Sección Tercera del TEDH) lleva fecha de 20 de enero de 2015.

[11] La sentencia clave a estos efectos propedéuticos sobre lo que el TC considera de especial trascendencia es la 155/2009. En ella el tribunal llega al punto de establecer un elenco de supuestos en los que cabría apreciarla; entre ellos, los que le sirven para modificar su propia doctrina, los que denotan tensión interpretativa entre esta última y la de la jurisdicción ordinaria, o bien entre ella y las de la jurisprudencia europea, así como los asuntos con un acusado relieve polémico de alcance general como (dice el TC) los amparos en materia electoral o parlamentaria. La enumeración tiene de todos modos un carácter meramente ejemplificativo.

siendo, por lo demás, la competencia situada a la cabeza de la carga de trabajo del Tribunal, como se comprueba con una ojeada a los últimos datos disponibles que corresponden igualmente a 2019 (tabla 2 del Anexo).

VI. ¿CUÁL ES EL «LUGAR» DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SCJN Y DEL TC EN EL SISTEMA JURÍDICO?

La jurisprudencia constituye una herramienta indispensable en la aplicación de ley, tiene una función unificadora de criterios y generadora de pautas de conducta de naturaleza cuasi normativa. La SCJN ha definido a la jurisprudencia como «la interpretación de la ley, de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias que pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito» (Tesis de jurisprudencia IX.1o.71, 2003). Además, ha establecido que la jurisprudencia puede ser confirmatoria, supletoria e interpretativa. Mediante la jurisprudencia confirmatoria se ratifica lo establecido en la ley; a través de la supletoria se colman los vacíos legales, creando una norma que la complementa; y la interpretativa brinda una explicación de la norma poniendo de manifiesto el pensamiento del legislador, esta última es la más común (Castellanos Madrazo, 2014).

La jurisprudencia se crea a través de las resoluciones de los juicios de amparo, de las controversias constitucionales, de las acciones de inconstitucionalidad y de las contradicciones de tesis, pero no todas ellas constituyen jurisprudencia de forma inmediata. A este respecto, la Ley de Amparo señala en sus arts. 215 y siguientes que la jurisprudencia se crea a través de reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución. La *jurisprudencia por reiteración* la puede establecer únicamente la SCJN, en Pleno o en Salas y los Tribunales Colegiados de Circuito y se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de al menos ocho y cuatro votos respectivamente. Las mismas reglas rigen cuando se trata de los Tribunales Colegiados, pero en este caso la votación debe ser unánime (Jurisprudencia 2a./J. 11/2002, 2002).

La jurisprudencia *por contradicción* se establece por el Pleno o las Salas de la SCJN y por los Plenos de los Tribunales de Circuito. A través de este tipo de jurisprudencia se dilucidan los criterios discrepantes sostenidos entre las Salas de la SCJN, o entre los Plenos de Circuito y/o los Tribunales Colegiados, en los asuntos resueltos por estos anteriormente. Cuando han sido sentados dos criterios relevantes y se han hecho tesis jurisprudenciales que se contraponen, a través de este procedimiento se puede decidir cuál es el criterio que

prevalece adhiriéndose a alguno de ellos, sustentando uno diverso o declarando inexistente o sin materia la contradicción, a través de la mayoría de votos del órgano que resuelva. Pese a ello, los asuntos ya resueltos no se ven afectados.

La jurisprudencia *por sustitución* se refiere a la evolución de las interpretaciones con el paso del tiempo, es decir, la jurisprudencia por reiteración o contradicción que puede ser sustituida con el fin de incluir criterios más amplios, protectores de derechos humanos o apegados a la nueva legislación. Solo la SCJN puede decidir la sustitución de una jurisprudencia en Pleno o en Salas y para ello se requieren ocho y cuatro votos respectivamente (López Benítez, 2017).

Toda jurisprudencia es obligatoria de conformidad a los arts. 94 constitucional y 217 de la Ley de Amparo. Este último determina que la jurisprudencia establecida por la SCJN, en Pleno o en Salas, es obligatoria con carácter general y para estas últimas tratándose de la que decrete el Pleno. Además, se establece un listado de los órganos jurisdiccionales obligados que son los Plenos de Circuito, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, así como los Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o federales. Es decir, todas las autoridades jurisdiccionales o administrativas con actividad jurisdiccional. Por su parte, la jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para las autoridades inferiores jurisdiccionales y administrativas con actividad jurisdiccional que se ubiquen dentro del mismo circuito.

Otra forma de crear jurisprudencia es a través de la llamada *declaratoria general de inconstitucionalidad* (Tesis de jurisprudencia 2a. XXIII/2019, 10a). La SCJN, reunida en Pleno o en Salas, puede llevar a cabo esta declaratoria cuando en dos amparos en revisión resueltos de forma consecutiva se haya establecido que una norma general es inconstitucional, o bien cuando se haya creado jurisprudencia por reiteración en el mismo sentido. Aunque solo la SCJN puede crear este tipo de jurisprudencia, los Plenos de Circuito pueden instar a la SCJN a iniciar este proceso, fundamentándose en la expedición de jurisprudencia que ha establecido que una norma es inconstitucional. Una vez iniciado este proceso, se deberá informar a la autoridad emisora de la norma. Si transcurren 90 días naturales sin que el legislador proponga la reforma de la legislación inconstitucional, la SCJN emitirá, por mayoría de ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, que tiene efectos *erga omnes*.

La jurisprudencia puede ser interrumpida, y por lo tanto deja de ser obligatoria, cuando se pronuncie otra en contrario. En la jurisprudencia posterior se deberá expresar las razones en las que se apoye la interrupción. En este caso, la jurisprudencia anterior se considerará superada. Cuando el Tribunal Electoral emita una tesis sobre la inconstitucionalidad de una norma o acto de autoridad

o bien interprete un precepto constitucional que pudiere ser contradictorio a los criterios establecidos por la SCJN, de conformidad a la Constitución, este órgano supremo será el encargado de realizar el procedimiento de contradicción de tesis correspondiente para determinar cuál es el que prevalece.

En abierto contraste al caso mexicano, que se caracteriza, como vemos, por el acusado esfuerzo dirigido a racionalizar cómo se crea jurisprudencia, cuáles son los tipos de ella y cuál su alcance en cada uno de los casos, la consideración del valor de la jurisprudencia en el derecho español es tributaria de un doble orden de factores. En primer lugar, del punto de vista tradicional, anclado en el positivismo de la más rancia estirpe cuyo influjo se deja sentir en el Código Civil, y no en cualquier parte del mismo, sino en su mismo punto de arranque, precisamente allí donde se indican, para general conocimiento, las fuentes del ordenamiento jurídico: ley, costumbre y principios generales del derecho. Con respecto a ellos, la jurisprudencia —señala el art. 1.6 del Código Civil— «complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo» al interpretarlos y aplicarlos. La visión legis-céntrica determina monopolio para la creación de la jurisprudencia en la cúspide de la organización jurisdiccional, y al mismo tiempo valor subalterno y ancilar con respecto a las genuinas fuentes de creación del derecho. Obviamente se trata de una visión preconstitucional y de muy problemático encaje en los esquemas de una Constitución que se pretende normativa y en la que se crea, por ende, una jurisdicción de nuevo cuño especializada en su defensa. El intento de enfrentar ese problema, así como el aún más espinoso de aclarar la relación entre un Tribunal dicho *Supremo* y otro Constitucional, está en la propia Constitución: en el art. 123.1, en el que el carácter de supremo se intenta delimitar por referencia negativa a todo aquello que no implique «garantías constitucionales»; y en el art. 164.1, que es un verdadero *tour de force* con respecto al valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en un escenario por completo diverso al que trasluce el Código Civil. Para empezar, las sentencias, todas las sentencias del TC, se publican en el Boletín Oficial acompañadas de los votos particulares, si los hubiere. Y para seguir: las que declaren la inconstitucionalidad de una ley, así como todas aquellas que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho —prosigue el citado art. 164.1— tienen plenos efectos frente a todos.

En lo que se refiere al primer problema, y no obstante la presencia episódica de una versión a la española de la famosa «guerra de Cortes», el despliegue de la experiencia jurídica acumulada durante estos años ha demostrado que, como se ha dicho gráficamente, supremo solo hay uno, pero no es el que se llama así (Rubio Llorente, 1994). Y es lógico que así sea, puesto que quien tiene el poder de decir la última palabra anulando o corrigiendo resoluciones anteriores con efectos jurídicos precisos es el que ocupa la cúspide de la

jerarquía, por más que esta aparezca desdoblada en una jurisdicción *ordinaria* y otra *constitucional*. Constitucionales lo son las dos y a todos los jueces y los magistrados que las componen les corresponde interpretar la Constitución. Pero supremo intérprete de ella solo hay uno, el Tribunal Constitucional, como así lo dice el art. 1 de su Ley Orgánica, lo que determina su superior posición en el conjunto.

Y en lo que se refiere a la segunda cuestión, la del valor de la jurisprudencia constitucional, ya desde el principio se advirtió de lo dificultoso que resultaba identificar resoluciones del TC que se limitaran a la estimación subjetiva de un derecho (por todos, Alonso García, 1988). Cualquier sentencia contiene razones para decidir y consideraciones al pasar que forman un cuerpo de doctrina y desbordan necesariamente lo que pueda venir considerado como el efecto en corto de la resolución. Pero con independencia del debate teórico sobre lo que el constituyente pudiera tener *in mente* al utilizar semejante expresión, lo cierto es que en 1985, cuando en España se aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial, sustituyendo una legislación del siglo XIX para adaptar la actuación de este a las exigencias del nuevo escenario constitucional, el art. 5.1 de la misma supuso un giro copernicano con respecto al valor de la jurisprudencia constitucional, su engarce con la jurisdicción ordinaria, y el propio carácter de la Constitución como el marco referencial para la interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto[12]. El precepto actúa como un recordatorio del valor normativo de la Constitución y de su cualidad de *lex superior*. Pero no es esto lo más relevante. Lo que interesa es que en esa disposición se ubica lo que es quizá el único mandato dirigido a jueces y magistrados, es decir a todos cuantos tienen atribuida en España la función jurisdiccional, sobre el cómo de la interpretación de la ley. La sujeción con carácter exclusivo al imperio de ella (art. 117.1 de la Constitución) resulta, como es sabido, la clave de bóveda sobre la que se erige la independencia del juez en el Estado constitucional. Para cuadrar el círculo que representa el desplazamiento de la ley por la Constitución, y la simultánea atribución al TC en régimen de monopolio de la facultad de extraer de ello las pertinentes consecuencias velando por la constitucionalidad de la ley, lo que se le pide al juez es que tome la Constitución como la plataforma necesaria para la interpretación del derecho; toda la

[12] Vale la pena reproducir dicho art. 5.1 de la LOPJ para captar en toda su extensión sus implicaciones: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Constitución, con sus preceptos y sus principios, y todo el derecho, si bien las contradicciones que el juez pueda detectar entre la Ley y la Constitución habrá de resolverlas planteando la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC (y convenciéndole de la relevancia que su duda tiene para la resolución del caso), salvo que se trate de una ley anterior a la Constitución, en cuyo caso podría el juez dejar de aplicarla por sí mismo con efectos *inter partes*. Pero lo decisivo a nuestros efectos es que aquella plataforma no se colma con la llamada en seco a la Constitución, sino con la apelación a la jurisprudencia establecida por el TC «a través de las resoluciones dictadas *en todo tipo de procesos*».

Las reglas del juego y el deber ser de la tarea de interpretar en el sistema constitucional lucen claras y esplendorosas, aun cuando no faltan en ellas zonas sombrías: ¿qué ocurre cuando no se detecta una línea continua en los pronunciamientos del intérprete supremo? ¿Y si los pronunciamientos son contradictorios? ¿Con respecto a qué parte de las resoluciones se postula el efecto irradiante? ¿Cuentan los votos particulares? Y sobre todo y de manera crucial: ¿y si el juez se aparta de la línea de interpretación establecida, bien porque la desconoce, bien porque no la identifica correctamente, o bien porque considera que el vínculo con la ley supone para él un blindaje de más fuerte hechura que la llamada genérica a un modo de interpretar que puede considerar erróneo en el caso concreto? Se nos dirá que los recursos y la organización escalonada de lo jurisdiccional actúan normalmente como antídotos contra tales o semejantes «puntos ciegos». Y seguramente es cierto, aunque no los elimina, ni impide que el de la fuerza directriz o «descendente» de la jurisprudencia del intérprete supremo, además de un desafío de carácter práctico, continúe dando lugar en el Estado constitucional de derecho a «trampantojos» teóricos causados por postulados cuyo cumplimiento no acaban de cumplirse cabalmente.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores hemos pasado revista a una serie de componentes del sistema de defensa de la constitucionalidad en México y en España que presentan ciertos «claroscuros» o «zonas grises». Como decíamos al comienzo, podemos identificar como tales aquellas que son producto de unas normas reguladoras o unas prácticas aplicativas manifiestamente mejorables. Por supuesto que el repertorio no está completo. Bajo el mismo criterio director, dejamos para otra ocasión un análisis detenido de los desafíos que hoy se le presentan al Estado constitucional comprometido con la defensa supranacional de los derechos y abierto al influjo procedente de intérpretes situados más allá de sus fronteras. Con los que hemos enumerado basta, sin embargo, para

entender que el componente normativo de la democracia constitucional, por más «ingeniería» sofisticada que pueda requerir, también necesita mantener vivo el compromiso de rectificar lo que no funciona de manera satisfactoria. Reivindicar que la vida de las instituciones responda fielmente a los principios que la Constitución estableció en aras del eficaz cumplimiento de sus cometidos, no debería pasar nunca por melancólica invocación de un inasible perfeccionismo, sino por juiciosa llamada de atención sobre lo peligroso que puede resultar, para la vida de la Constitución, conformarse con diseños normativos, o transigir con prácticas, que resultan manifiestamente mejorables.

Bibliografía

Alonso García, E. (1988). La jurisprudencia constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 173-209.

Aragón Reyes, M. (2019). «El futuro de la justicia constitucional». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23 (1), 11-41. Disponible en: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.01.

Astudillo, C. (2010). El nombramiento de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia en México. En A. von Bogdandy, E. Ferrer MacGregor y M. Morales Antoniazzi (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en America Latina?* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Astudillo, C. y Estrada Marún, J. A. (2019). *Nombramiento de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el contexto de los modelos de designación en el Derecho Comparado*. México: Porrúa.

Cabrera Acevedo, L. (1990). La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y aspectos de sus facultades discrecionales. En J. F. Smith (coord.). *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos, t. 1* (pp. 477-494). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Castellanos Madrazo, F. (2014). La sentencia interpretativa en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 38, 245-274.

Comisión de Venecia (2017). *Compilation of Venice Commission Opinions, Reports and Studies in Constitutional Justice.* Disponible en: www.venice.coe.inf.

Cossío Díaz, José Ramón (2011). *Sistemas y modelos de control constitucional en México.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Estrada Marún, J. A. (2017). *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España*. Madrid: Marcial Pons.

Fernández Farreres, G. (2015). Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 105, 13-49. Disponible en: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.105.01.

Ferrer McGregor, E. (2000). *La acción constitucional de amparo en México y en España*. México: Porrúa.

Ferreres Comella, V. (2011), *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.

López Benítez, L. M. (2017). Sistemas de jurisprudencia en el juicio de amparo. En E. Ferrer MacGregor y A. Herrera García (eds.). *El juicio de Amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro,* t. II. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Morales Arroyo, J. M. *et al.* (2014). *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional. El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España*. Cizur Menor: Aranzadi.

Nogueira Alcalá, H. (2019). *El Tribunal Constitucional chileno y perspectivas comparativas con tribunales constitucionales latinoamericanos*. Valencia: Tirant.

Rubio Llorente, F. (1994). Supremo no hay más que uno, pero no es el verdadero. *El País,* 2 de septiembre de 1994. Disponible en: https://elpais.com/diario/1994/02/09/opinión/760748409 _850215.html.

Serra Cristóbal, R. (2011). *La selección de jueces en Estados Unidos*. Cizur Menor: Aranzadi.

Soberanes Fernández, J. (1987). *Sobre el origen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Suárez Ávila, A. A. (2017). Usos e interpretación de la facultad de atracción en el juicio de amparo por la SCJN. En E. Ferrer MacGregor y A. Herrera García (eds.). *El juicio de Amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro, t. I.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Urías Menéndez, J. (2010). El Tribunal Constitucional ante la participación autonómica en el nombramiento de sus miembros. *Revista d'Estudis Autonomics i Federals*, 10, 207-244.

Tesis jurisprudenciales y acuerdos legislativos de México

Jurisprudencia 2a./J. 11/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, t. XV, febrero de 2002, p. 41.

Tesis de jurisprudencia IX.1o.71 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 1039.

Tesis de jurisprudencia 2a. XXIII/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 65, abril de 2019, Tomo II, p. 1342.

Cámara de Senadores del Congreso de la Unión (2015, 18 de noviembre). Acuerdo de la Junta Directiva de la Comisión de Justicia por el que se establece el procedimiento para la comparecencia y dictaminación de las ternas presentadas por el Ejecutivo Federal para la elección de dos Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cámara de Senadores del Congreso de la Unión (2018, 13 de diciembre). Acuerdo de la Mesa Directiva por el que se establece el procedimiento para la elección de Ministra o de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cámara de Senadores del Congreso de la Unión (2019, 8 de febrero). Acuerdo de la Comisión de Justicia por el que se establece el procedimiento para la competencia de las personas que integran la terna presentada por el titular del ejecutivo federal para la elección de una Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de la conclusión del cargo de la Ministra Margarita Luna Ramos.

Jurisprudencia del TC español y del TEDH

STC 108/1986.

STC 49/2008.

STC 101/2008.

TEDH, caso *Arribas Antón contra España* (Demanda 16563/11), sentencia de 20 de enero de 2015 de la Sección Tercera.

ANEXO

Tabla 1. Relación de asuntos resueltos por la SCJN en 2019 desglosados por competencias y articulaciones orgánicas de la Corte*

Tipos de asuntos	Pleno	Primera sala	Segunda sala	Total
Recursos de reclamación	2	1.414	1.444	2.860
Amparos directos en revisión	2	734	519	1.255
Amparos en revisión	4	241	333	578
Contradicciones de tesis	36	172	242	450
Conflictos competenciales	0	95	295	390
Controversias constitucionales	114	107	76	297
Solicitudes de ejercicio de la facultad de atracción	0	100	124	224
Incidentes de inejecución de sentencia	112	48	31	191
Recursos de reclamación en acciones de inconstitucionalidad o en controversias constitucionales	0	94	78	172
Solicitudes de reasunción de competencia	0	11	141	152
Acciones de inconstitucionalidad	134	11	4	149
Revisiones administrativas	4	65	44	113
Impedimentos	3	20	9	32
Amparos directos	0	9	18	27
Recursos de inconformidad previstos en las fracciones I a III del artículo 201 de la Ley de Amparo	1	10	16	27
Quejas	0	3	12	15
Incidentes de inejecución derivados de denuncia de repetición del acto reclamado	0	7	6	13
Incidentes de cumplimiento sustituto	3	5	4	12
Incidentes de incumplimiento de sentencia derivado de controversia constitucional	0	0	12	12
Recursos de apelación	0	5	4	9
Solicitudes de sustitución de jurisprudencia	1	2	5	8
Quejas en controversias constitucionales y en acciones de inconstitucionalidad	1	3	3	7

Tipos de asuntos	Pleno	Primera sala	Segunda sala	Total
Incidentes derivados de juicios ordinarios federales	0	2	4	6
Consultas a trámite previstas en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación	5	0	0	5
Recursos de inconformidad previstos en la fracción IV del artículo 201 de la Ley de Amparo	1	0	4	5
Juicios ordinarios federales	0	1	2	3
Revisiones administrativas (Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo)	0	0	3	3
Incidentes de inejecución derivados de incidente de cumplimiento sustituto	2	0	0	2
Declaratoria general de inconstitucionalidad	1	0	0	1
Denuncia de incumplimiento por aplicación de normas o actos declarados inválidos en la controversia constitucional	0	1	0	1
Incidente de falsedad de documentos de la controversia constitucional	1	0	0	1
Inconformidad	0	1	0	1
Juicio sobre cumplimiento de los convenios de coordinación fiscal	1	0	0	1
Procedimiento de responsabilidad administrativa	1	0	0	1
Recurso de inconformidad derivado de procedimiento de responsabilidad administrativa	0			
Varios	0	0	1	1
TOTAL DE ASUNTOS RESUELTOS	**429**	**3.161**	**3.435**	**7.025**

* La información contenida en esta tabla forma parte del primer informe del ministro presidente de la SCJN, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea[13].

[13] El informe de actividades del año 2019 completo puede ser consultado en: https://www.scjn.gob.mx/primerinformezaldivar/pdf/informe-labores-2019.pdf.

Tabla 2. Relación de asuntos resueltos por el TC en 2019 desglosados por competencias y articulaciones orgánicas del tribunal*

Tipos de proceso	Pleno	Sala I	Sala II	Total
Recursosde inconstitucionalidad	34	0	0	34
Cuestiones de inconstitucionalidad	31	2	4	37
Conflictos positivos de competencia	4	0	0	4
Conflictos negativos de competencia	1	0	0	1
Conflictos entre órganos constitucionales	0	0	0	0
Conflictos en defensa de la autonomía local	0	0	0	0
Impugnación de disposiciones de las comunidades autónomas	3	0	0	3
Requerimientos sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales	0	0	0	0
Cuestión prejudicial sobre normas forales fiscales	1	0	0	1
Amparos	34	3.365	3.103	6.495
TOTAL	74	3.367	3.107	6.575

* Esta información forma parte del informe de estadísticas jurisdiccionales del TC correspondiente al año 2019[14].

[14] La estadística completa puede ser consultada en: http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/memo%202019%20anexo%2003%20estadisticas_V6_LPS.pdf.

LA VIRTUALIDAD DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES

The virtues of the question of unconstitutionality in the protection of the rights of individuals

SILVIA ROMBOLI
Universidad Ramon Llull - ESADE
silvia.romboli@esade.edu

Como citar/Citation
Romboli, S. (2020).
La virtualidad de la cuestión de inconstitucionalidad en la protección de los derechos de los particulares.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(1), 83-115.
doi: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.03

Resumen

La cuestión de inconstitucionalidad, gracias a la virtuosa colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, ha sido un eficaz instrumento de depuración del ordenamiento jurídico de las normas con rango de ley contrarias a los contenidos de la Constitución. Junto con esa faceta «objetiva», este proceso constitucional ha demostrado su eficacia y sus potencialidades para ofrecer una efectiva protección de los derechos de los individuos. El presente trabajo tiene el propósito de destacar y visibilizar algunos de los principales elementos que plasman esa dimensión «subjetiva» de la cuestión de inconstitucionalidad.

Palabras clave

Jurisdicción constitucional; cuestión de inconstitucionalidad; protección de los derechos.

Abstract

The question of unconstitutionality, thanks to the virtuous collaboration between the ordinary and the constitutional jurisdiction, has been an effective instrument

to eliminate unconstitutional norms from the legal system. Together with that «objective» facet, this constitutional process has demonstrated its effectiveness and potentialities to offer effective protection of the rights of individuals. The present work, therefore, has the purpose of highlighting and making visible some of the main elements that reflect that «subjective» dimension of the question of unconstitutionality.

Keywords

Constitutional jurisdiction; question of unconstitutionality; rights protection.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS FACULTADES DE ACTUACIÓN DE LAS PARTES ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA CONSTITUCIONAL: 1. El trámite de audiencia previa a las partes como único momento de «comunicación», antes de 2007, entre las partes del juicio *a quo* y el Tribunal Constitucional. 2. La condena del TEDH a España (caso *Ruiz Mateos*) y la consiguiente reforma de la LOTC de 2007 que abre las puertas del proceso ante el Tribunal Constitucional a las partes del proceso *a quo*. 3. Los efectos de la reforma de la LOTC de 2007 sobre el rol de las partes en el control de las leyes en vía incidental. III. LAS CONEXIONES ENTRE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS: LA ELECCIÓN DEL JUEZ *A QUO* DE NO PLANTEAR UNA CUESTIÓN Y LA POSIBILIDAD, EN CIERTOS CASOS, DE QUE ESTO VULNERE UN DERECHO FUNDAMENTAL: 1. Un primer supuesto. 2. Un segundo supuesto. El caso, muy específico, de la STC 58/2004: la vulneración de un derecho fundamental por exceso de jurisdicción, al no respetar el juez ordinario las características del sistema concentrado de justicia constitucional. IV. OTRA CLASE DE «INTERFERENCIAS» O CONEXIONES ENTRE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS: 1. Los efectos de la inconstitucionalidad de una ley declarada nula por sentencia recaída en una cuestión de inconstitucionalidad sobre los recursos de amparo en curso que traen origen de actos de aplicación de la ley anulada: la STC 159/1997 como pronunciamiento de referencia. 2. Los votos particulares a la STC 159/1997 y unas reflexiones a modo de síntesis. V. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de justicia constitucional dibujado por la Constitución española de 1978 (CE, en adelante) se presenta, sin lugar a dudas, como uno de los más completos, respecto de las competencias y de las relativas modalidades de acceso al Tribunal Constitucional (TC, en adelante), ya desde sus orígenes[1].

[1] En efecto, la Constitución española incluye entre las competencias del Tribunal Constitucional el control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley a través de la vía directa (art. 161.1 a) CE) y de la vía incidental (art. 163 CE), la

Asimismo, gracias a la cláusula de cierre contenida en el art. 161.1 d) CE, según la cual el Tribunal Constitucional tendrá las competencias en «las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas», la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC, en adelante) ha ampliado a lo largo de los años estas competencias, incorporando, entre otras, la posibilidad de que los jueces y tribunales ordinarios enjuicien en vía prejudicial e incidental ante el TC la constitucionalidad de las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya[2], o también que sea el TC quien se encargue, a petición de la parte legitimada para plantear el procedimiento correspondiente, de la ejecución de sus anteriores sentencias[3].

A pesar de la multitud de vías de acceso al Tribunal Constitucional español, el procedimiento que con más frecuencia ha sido planteado ante él es, a todas luces, el recurso de amparo constitucional. Este procedimiento, como es notorio, permite, respetando diferentes requisitos formales, sustanciales y procesales, el acceso directo de los particulares a la jurisdicción constitucional, cuando estos consideren que un acto sin valor de ley emanado por un Poder Público haya vulnerado uno de sus derechos fundamentales o libertades públicas[4].

Se trata, por lo tanto, de un tipo de procedimiento que tiene como finalidad patente la protección de los derechos e intereses del sujeto promotor del recurso y que tiene su origen en un acto concreto proveniente de un Poder Público que haya supuestamente violado un derecho o libertad fundamental de un individuo[5].

---

resolución de recursos de amparo por violación de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14-29 y 30.2 CE (art. 161.1 b) CE) y la solución de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre sí (art. 161.1 c CE). Otras constituciones europeas, por lo contrario, solo permiten algunos de estos procesos; puede pensarse, solo como ejemplo, en los sistemas italiano y francés de justicia constitucional, en los que los órganos correspondientes a nuestro TC solo pueden recibir cuestiones y recursos de inconstitucionalidad, pero con características y peculiaridades que restringen sensiblemente la posibilidad de su utilización. Por lo que concierne al sistema italiano, pueden consultarse, entre muchos otros, Ruggeri y Spadaro (2019), Zagrebelsky y Marcenò (2018); para el sistema francés se aconsejan Benvenuti (2016) y Cavino (2014).

2 Disposición adicional quinta, añadida por el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de Reforma de la LOTC.

3 Art. 92 LOTC, modificado por el art. único 3 de la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de Reforma de la LOTC.

4 Art. 161.1 b) CE y arts. 41-58 LOTC.

5 El recurso de amparo constitucional puede ser planteado también por la vulneración de un derecho fundamental de una persona jurídica.

Estas características, como es sabido, se contraponen claramente, según la doctrina mayoritaria, a aquellas de otros tipos de procesos constitucionales, como son los que tienen como objetivo el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Se trataría de procedimientos cuya faceta, o dimensión, preponderante es la «objetiva», cuya pretensión capital se dirige a la eliminación del ordenamiento jurídico de las leyes inconstitucionales con la intención de preservar mejor la «autoridad» de la ley depurándola de cualquier vicio eventual.

Lo que se acaba de afirmar puede, sin duda, encajar perfectamente con el recurso de inconstitucionalidad. En cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad, sin embargo, la doctrina se ha interrogado sobre su real naturaleza. A saber, si se trata de verdad de un recurso abstracto y objetivo o, por el contrario, de un recurso concreto, dado su origen en un caso específico. La conclusión, a la que adhiero, de algunos ilustres autores[6] ha sido afirmar que estamos ante un procedimiento «híbrido», a saber, un proceso que incorpora elementos propios de una dimensión ciertamente objetiva en un proceso que tiene su origen en un supuesto absolutamente concreto y caracterizado por elementos e intereses subjetivos, y que, aunque de forma menos patente, tiene una dimensión «subjetiva» al garantizar, como se demostrará en estas páginas, la tutela y la efectividad de los derechos fundamentales[7].

No obstante, por muchos años, la doctrina española se ha centrado únicamente en la dimensión objetiva, a saber, en la utilidad «final» y más evidente de la cuestión de inconstitucional, es decir en su aportación en la depuración del ordenamiento jurídico de las leyes o actos con fuerza de ley contrarios a los preceptos constitucionales. La dimensión subjetiva, o dicho en otras palabras, la virtualidad de la cuestión de inconstitucionalidad para la protección de los derechos e intereses de los individuos, ha pasado por lo tanto a un segundo plano, prácticamente invisible. Solo pocos autores, que han dedicado sus estudios expresamente a la cuestión de inconstitucionalidad, se habían percatado de dicha dualidad intrínseca a este proceso constitucional[8].

---

6 López Ulla (2007: 199), Pérez Tremps (1985: 128 ss.). Pedro Cruz Villalón (1987: 43), de su lado, utilizó el término «impropio» para referirse a este proceso constitucional.

7 Asimismo, otra connotación que denota el carácter híbrido de este procedimiento constitucional es que el mismo, aunque pertenezca a un sistema de justicia constitucional concentrado, constituye un claro acercamiento a los modelos difusos. Véase, en este sentido, Fernández Segado (2005).

8 Entre otros, sin duda, Pérez Tremps (1985) y López Ulla (2000 y 2007).

El propósito de este trabajo es, por lo tanto, visibilizar algunas de las características de la cuestión de inconstitucionalidad que demuestran la existencia, al lado de la dimensión objetiva, de una dimensión subjetiva capaz de dar voz a los derechos e intereses de los particulares. Una prueba de esto, es decir de la naturaleza concreta del control incidental de constitucionalidad de las leyes, tiene que buscarse, a todas luces, en el rol que la Norma Fundamental y la ley atribuyan a las partes[9] del proceso *a quo* y a sus derechos e intereses.

Por consiguiente, será de especial interés analizar las posibilidades de actuación de las partes del juicio principal del que surge la cuestión de inconstitucionalidad, tanto en esa misma fase como en la fase ante el Tribunal Constitucional. A continuación, la investigación se centrará, de un lado, en el estudio de la protección de los individuos frente a la decisión del juez *a quo* de no plantear el control incidental de constitucionalidad (cuando la parte lo haya solicitado) y, de otro, en las posibles «interferencias» entre los efectos de las sentencias recaídas en los procesos de control incidental de constitucionalidad de las leyes y los recursos de amparo todavía en curso, para probar la efectiva proyección de los efectos de la cuestión de inconstitucionalidad en la protección de los derechos de los particulares.

---

[9] La identificación de la noción de «parte» ante el juez ordinario no ofrece graves o significativos problemas de delimitación. La fase *a quo* del juicio incidental, en efecto, sigue obviamente las reglas de legitimación y personación propias del procedimiento de que se trate, que no suelen contar con disposiciones específicas que regulen el eventual planteamiento de una duda de constitucionalidad. Bajo esas circunstancias, la determinación de quien tenga que considerarse «parte» a los efectos de la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad coincidirá con la atribución de dicha condición por las normas reguladoras de ese plano subjetivo en las leyes procesales adjetivas.

No obstante, para la jurisprudencia y la doctrina españolas ha planteado algunos interrogantes la determinación del concepto de «parte» al que se refiere el art. 35.1 y 2 LOTC, esto es, las consecuencias que pueden derivar de que se sigan las reglas del proceso específico en el que surja la duda de constitucionalidad y quede entonces confiada la especificación subjetiva al órgano judicial que conozca del supuesto concreto. Esta circunstancia podría suponer, efectivamente, una disminución en la tutela de los derechos de todos los sujetos verdaderamente involucrados, y esto porque, siendo esta apreciación prerrogativa del juez ordinario que plantee la cuestión de inconstitucionalidad, no se ha considerado posible «una revisión de la legalidad del procedimiento seguido para determinar si las partes en el proceso son las que realmente debieran serlo de acuerdo con la legislación vigente», STC 6/1984, de 24 de enero, FJ 1, comentada en Ribas Maura (1991: 56-57).

II. LAS FACULTADES DE ACTUACIÓN DE LAS PARTES ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA CONSTITUCIONAL

1. EL TRÁMITE DE AUDIENCIA PREVIA A LAS PARTES COMO ÚNICO MOMENTO DE «COMUNICACIÓN», ANTES DE 2007, ENTRE LAS PARTES DEL JUICIO A *QUO* Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si en la experiencia de otros países, la fase *a quo* del juicio incidental no contempla una participación trascendente (respecto del posible futuro planteamiento de una duda de constitucionalidad) de los particulares en ella involucrados, en España, de su lado, las partes del juicio ordinario pueden ya en esta primera etapa de la cuestión de inconstitucionalidad expresar sus alegaciones sobre las dudas que, en el caso de plantearse finalmente la cuestión, se sustanciarán en la fase que se deduce ante el Tribunal Constitucional.

Esta participación tiene su justificación en el hecho de que el sistema de justicia constitucional español no preveía la posibilidad de que las partes del proceso *a quo* participaran en la fase *ad quem* del juicio incidental de constitucionalidad de las leyes. Solo con la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, que se analizará a continuación, se introdujo esa facultad de comparecencia ante el Tribunal.

La precedente situación de indefensión (solo aparente, según parte de la doctrina[10]) resultaba amortiguada gracias a un expediente técnico que permitía —y sigue consintiendo— la intervención de las partes y del

[10] Pueden leerse las observaciones, a este propósito, de Medina Guerrero (2000: 54 ss.). Villaverde Menéndez (2003: 257-258), al tratar la problemática relativa a la participación en la cuestión de inconstitucionalidad de las partes en el proceso *a quo*, afirma cuanto sigue: «Lo cierto es que desde la perspectiva aquí propuesta de la cuestión de inconstitucionalidad no hay razón alguna que imponga el emplazamiento de las partes en el proceso *a quo* o de quien pudiere tener un interés legítimo en el asunto. No se alcanza a ver la razón procesal o sustantiva que imponga esa audiencia en un proceso cuya finalidad es la depuración objetiva del ordenamiento jurídico en la que no se van a ventilar o discutir las pretensiones objeto del proceso de instancia. Además, este proceso constitucional tendría por objeto únicamente el examen de la convicción judicial sobre la inconstitucionalidad de la regla legal aplicable y decisiva del caso, extremo respecto del cual las partes ya se habrían defendido en el trámite de alegaciones previas del art. 35.2 LOTC, que es trasladado y conocido por el TC».
Sin embargo, otros ilustres autores habían sostenido la necesidad de una reforma de la regulación de la fase *ad quem* del control incidental de constitucionalidad de las leyes que permitiese la introducción de un contradictorio ante el TC, justo con la finalidad de proteger los derechos e intereses de las partes del proceso principal. Entre otros:

Ministerio Fiscal en un momento anterior al planteamiento del incidente de constitucionalidad. Una fórmula que concreta un trámite de alegaciones, que sitúa a los sujetos del proceso ante una suerte de diálogo con la autoridad judicial[11] y, sucesivamente (aunque indirectamente), con el Tribunal Constitucional.

El relieve de este momento procesal, denominado «trámite de audiencia previa», era particularmente intenso antes de la reforma de 2007 de la LOTC, encontrando su razón de ser en la vocación de dar voz a las consideraciones, intereses y derechos de los protagonistas del proceso judicial. De esta forma, como es obvio, se procura y atiende al carácter concreto de este tipo de proceso constitucional, recibiendo el Tribunal información sobre la utilidad y alcance que conllevará su decisión en el caso específico, prestada además directamente por los sujetos implicados en el mismo[12].

Por la trascendencia de este trámite, típicamente español, se estima imprescindible examinar con detalle el rol y la posición de las partes en este momento procesal.

El art. 35.2 LOTC establecía en la versión legal original de 1979 que el juez ordinario, antes de elevar el auto de planteamiento, «oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días».

López Ulla (2000), García Roca (1992: 121), Rubio Llorente y Aragón Reyes (1981: 836 y 863).

11 Medina Guerrero (2000: 54) cita algunos autos del TC en los que se confirma el papel de instrumento de colaboración del trámite de audiencia (ATC 145/1993, de 4 de mayo, FJ 2), tanto en el sentido de que las alegaciones de las partes puedan servir al juez para razonar sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión (ATC 185/1990, de 24 de abril, FJ 1) como para que el órgano proponente pueda delimitar mejor el objeto del planteamiento (ATC 875/1985, de 5 de diciembre, FJ 1).

12 El TC ha reiterado en múltiples ocasiones que: «El trámite de audiencia previa que establece el citado art. 35.2 de la LOTC, tiene el doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una decisión judicial de transcendencia, como es la de apertura de un proceso constitucional, y permitir, al mismo tiempo al Juez el conocimiento de la opinión de los interesados sobre esa decisión»; véanse, por ejemplo, entre las decisiones anteriores a la reforma de 2007: STC 42/1990, de 15 de marzo, FJ1; AATC 263/2006, de 4 de julio, FJ único; 299/2005, de 5 de julio, FJ 2; 308/2004, de 20 de julio, FJ 2; 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 2; 242/2002, de 26 de noviembre, FJ 2.

Esta regulación, que ha sido parcialmente modificada con la reforma de 2007[13], ha dado lugar a un importante cuerpo doctrinal de interpretaciones del Tribunal Constitucional. Además de exteriorizar la finalidad del trámite de audiencia previa, al que ya se ha aludido hace un momento, la jurisprudencia constitucional precisa que esta fase procesal no constituye una actuación propia del proceso *a quo*, sino una etapa previa del posterior y eventual proceso ante el Constitucional[14]. Se define, por lo demás, como una condición procesal obligatoria, ya que su omisión produciría la cierta inadmisión de la cuestión[15], por contradecir el art. 37.1 LOTC[16].

Por lo que incumbe a su forma y contenido, dicho trámite de audiencia previa tiene que iniciarse con una providencia que identifique las normas de cuya constitucionalidad se duda, los preceptos constitucionales que se consideran eventualmente violados y el razonamiento sobre esa sospecha de ilegitimidad constitucional. La jurisprudencia del Tribunal ha reiterado de manera permanente e insistente la necesidad de que todos estos contenidos estén suficientemente identificados ante las partes y el Ministerio Fiscal, si bien acepta una exposición escueta o sucinta de los mismos[17]. El Tribunal atribuye y reconoce a este trámite la función de delimitar el contenido del eventual y sucesivo auto de planteamiento[18], llegando a inadmitir aquellas cuestiones de inconstitucionalidad en las que la providencia que activa la audiencia previa se haya demostrado imprecisa e insuficiente para permitir a las partes conocer

---

13 La reforma ha añadido la posibilidad que las partes aleguen también sobre el fondo de la cuestión de inconstitucionalidad. El art. 35.2 LOTC, en su nueva redacción, establece que el juez ordinario, antes de elevar el Auto de planteamiento, «oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta».

14 ATC 108/1993, de 30 de marzo, FJ 2 b).

15 Pueden verse, entre otras decisiones: STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4; AATC 113/2019, de 1 de octubre, FJ 3 a); 6/2017, de 18 de enero, FJ 2; 295/2006, de 26 de julio, FJ 1; 164/2006, de 9 de mayo, FJ único; 102/2003, de 25 de marzo, FJ 2; 199/2001, de 4 de julio, FJ 1; 265/2000, de 14 de noviembre, FJ 2; 152/2000, de 13 de junio, FJ 2; 136/1995, de 9 de mayo, FJ único.

16 El TC ha afirmado reiteradamente en la jurisprudencia citada en estas páginas que el correcto cumplimiento del trámite de audiencia previa tiene que considerarse uno de los requisitos procesales exigidos *ex* art. 37.1 LOTC. Pueden consultarse, por ejemplo, los AATC 113/2019, de 1 de octubre, FJ 2; 156/2016, de 20 de septiembre, FJ 3 a).

17 Entre otras, STC 50/2015, de 5 de marzo, FJ 2.

18 Además de consultarse los trabajos más generales respecto de la cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el auto de planteamiento véase Viver Pi-Sunyer (1999).

los argumentos que fundaban el planteamiento de la cuestión[19]. De otro lado, aunque en algunas ocasiones el Tribunal Constitucional haya estimado que la omisión de uno de estos datos supone una simple irregularidad y no tiene necesariamente que conducir a una decisión de inadmisión[20], en muchas otras ha inadmitido cuestiones de inconstitucionalidad (o partes de ellas) porque el auto de planteamiento añadía contenidos novedosos respecto de los formulados en el trámite de audiencia previamente desarrollado (sea otra norma objeto del control de constitucionalidad o sea otra disposición constitucional parámetro de dicho control), al no haber podido ser objeto de consideraciones y alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal[21].

2. LA CONDENA DEL TEDH A ESPAÑA (CASO *RUIZ MATEOS*) Y LA CONSIGUIENTE REFORMA DE LA LOTC DE 2007 QUE ABRE LAS PUERTAS DEL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LAS PARTES DEL PROCESO *A QUO*

Como ya hemos apuntado, una parte de la doctrina española había manifestado su desacuerdo con la regulación orgánica que no contemplaba la personación de las partes en el juicio *ad quem*, reputando insuficientes las garantías proporcionadas a través del trámite de audiencia del art. 35 LOTC[22].

Sin embargo, no fueron las sugerencias de ilustres autores las que impulsaron al legislador español a modificar la LOTC, sino más bien las consecuencias que derivaron de una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) que condenó a España, entre otras razones, por negar a ciertos sujetos la participación en el proceso ante el TC con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad.

La trascendencia del caso, muy notorio en España, hace oportuno dedicar unas palabras al resumen de lo sucedido[23]. El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid promovió una cuestión de inconstitucionalidad en

---

19 Acerca de los requisitos de admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad: González Jiménez (1996).

20 Por ejemplo, puede verse la STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4.

21 Entre las decisiones posteriores a la reforma de 2007, pueden citarse, en este sentido: SSTC 72/2017, de 5 de junio, FJ 1 a); 95/2015, de 14 de mayo, FJ 2 y 50/2015 de 5 de marzo, FJ 2 b); AATC 142/2016, de 19 de julio, FJ 2; 83/2016, de 26 de abril, FJ 2.

22 Como ya se ha evidenciado en la nota 10, pueden mencionarse, entre otros: López Ulla (2000), García Roca (1992: 121), Rubio Llorente y Aragón Reyes (1981: 836 y 863).

23 Es posible encontrar un comentario a este caso y a sus repercusiones en el ordenamiento jurídico español en Vidal Fueyo (2013: 131-152).

relación con determinados artículos de la Ley 7/1983, de 29 de junio, sobre «expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los Bancos y otras sociedades que componen el grupo «Rumasa, Sociedad Anónima»», a instancia de uno de los afectados por la aplicación de la mencionada ley singular, don José María Ruiz Mateos y Jiménez de Tejada. Las características de la expropiación, y en particular el hecho de ser ordenada a través de una ley singular, habían imposibilitado la defensa de los sujetos destinatarios de la medida, pues no tenían la posibilidad de instar un recurso contencioso-administrativo, ni de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional, al no ser idóneo ese proceso constitucional para la impugnación directa de leyes. La cuestión, cuyo planteamiento se fundó en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), fue desestimada por el Constitucional en la STC 166/1986, de 19 de diciembre.

La duda de legitimidad constitucional de la misma ley singular volvió a plantearse con una segunda cuestión de inconstitucionalidad, esta vez por vulneración de los arts. 14 (principio de igualdad ante la ley) y 33.3 CE (límites al derecho a la propiedad), que el Alto Tribunal desestimó nuevamente, ahora en la STC 6/1991, de 15 de enero. En ambas ocasiones, así como estaba previsto en la regulación española, las partes no pudieron personarse ante el Constitucional en la fase *ad quem*.

Los sujetos afectados por la expropiación recurrieron, entonces, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por vulneración del art. 6.1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo), alegando la excesiva duración del proceso y la violación del derecho de defensa, en razón de la imposibilidad de participar en el contradictorio. El Tribunal Europeo condenó a España en la Sentencia de 23 de junio de 1993, asunto *Ruiz Mateos c. España*, por vulneración del artículo mencionado. Las fundamentaciones de la condena del TEDH se detienen, de un lado, en la efectiva duración excesiva del proceso, y, de otra parte, en la vulneración del derecho de defensa de Ruiz Mateos. Sobre este último tema, el Tribunal de Estrasburgo nada dijo que alcanzara a la normativa española referida al acceso o personación de las partes procesales ante el Tribunal Constitucional con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad (semejantes valoraciones, seguramente, habrían constituido una injerencia indebida en las potestades del Estado español, no dejando espacio a aquel legítimo margen de apreciación nacional que las instituciones supranacionales tienen la obligación de respetar[24]). Pese a ello, y no obstante ese límite, el Tribunal de Estrasburgo sí que percibió la peculiaridad del caso, señaladamente al ser de aplicación una ley singular, y advirtió cómo los destinatarios

[24] Sobre el margen de apreciación nacional, entre otros: García Roca (2010 y 2007).

no habían tenido la posibilidad de defenderse a través de un contradictorio[25]. Bajo esas circunstancias, resolvió que si el caso tiene como objeto «una ley que concierne directamente a un círculo restringido de personas» y «la cuestión de constitucionalidad de la ley es deferida al Tribunal Constitucional en el marco de un procedimiento relativo a un derecho de carácter civil y en el que son partes sujetos que pertenecen al susodicho círculo, es necesario en principio garantizarles el libre acceso a las observaciones de las demás partes y una real posibilidad de comentarlas» ante el Tribunal Constitucional mismo[26].

La decisión de la Corte europea se dirigía así, por consiguiente, a consagrar o estimular la participación en la fase procesal ante el Constitucional de los sujetos destinatarios de una ley singular, siquiera cuando hubiesen actuado como partes en el proceso principal en el que traía origen la cuestión de inconstitucionalidad. Es importante enfatizar lo anterior (nos referimos a las peculiaridades de este caso concreto y las consideraciones, fundadas en ellas, del Tribunal de Estrasburgo) para entender las sucesivas actuaciones del Tribunal Constitucional, que rechazó las solicitudes de quienes querían personarse en el proceso *ad quem* fundando tal pretensión en la necesaria aplicación de la jurisprudencia del TEDH[27].

3. LOS EFECTOS DE LA REFORMA DE LA LOTC DE 2007 SOBRE EL ROL DE LAS PARTES EN EL CONTROL DE LAS LEYES EN VÍA INCIDENTAL

Como se ha mencionado justo antes de empezar a analizar el caso *Ruiz Mateos*, probablemente la razón principal que ha determinado la modificación del régimen de personación ante el Tribunal Constitucional en las cuestiones de inconstitucionalidad se encuentra en esa sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 23 de junio de 1993. Es la misma Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de

[25] Para un estudio más detallado acerca de la jurisprudencia constitucional en materia de control de leyes singulares (incluido el análisis del caso Rumasa), véase el trabajo de Requejo Rodríguez (2015: 5-12).

[26] Sentencia de 23 de junio de 1993, asunto *Ruiz Mateos c. España*, n. 63.

[27] El Tribunal, como consecuencia de la sentencia del TEDH sobre el caso Ruiz Mateos, recibió varias solicitudes de personación de las partes de procesos *a quibus* en los que se plantearon CCI; véanse, por ejemplo, los AATC 260/2003, de 15 de julio; 239/1999, de 13 de octubre; 178/1996, de 26 de junio. Para un análisis doctrinal de las consecuencias de la decisión del TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede verse Castellá Andreu y Expósito Gómez (1999). En general, sobre el caso, resultan muy interesantes también los trabajos de Escobar Fernández (1993), Gallardo Castillo (1994) y Montilla Martos (1994).

3 de octubre, del Tribunal Constitucional, la que en su tercera exposición de motivos lo confirma:

> La [presente] ley intensifica el papel de las partes litigantes del proceso judicial en el que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad, ya que no sólo se les permite realizar alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sino que también se permiten alegaciones sobre el fondo de la cuestión. Al tiempo, se introduce la posibilidad de personación de los litigantes del proceso judicial ante el Tribunal Constitucional en los 15 días siguientes a la publicación en el 'Boletín Oficial del Estado' de la admisión a trámite de las cuestiones de inconstitucionalidad, para permitir la contradicción en este procedimiento de constitucionalidad, siguiendo en esto las directrices contenidas en la Sentencia de 23 de junio de 1993, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sea como fuere interpretada la intrahistoria del cambio legislativo, ciñéndose ahora a las modificaciones normativas de la disciplina del contradictorio durante la fase *ad quem*, se comprueba que la nueva redacción legal añade, de un lado, un inciso en el art. 35.2 LOTC por el que las partes del proceso *a quo* podrán alegar sobre el fondo de la cuestión en el trámite de audiencia previa y, de otro, un nuevo apartado segundo al art. 37 LOTC (pasando el antiguo segundo a tercero), que tiene la siguiente redacción: «Publicada en el "Boletín Oficial del Estado" la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días».

La reforma, en cambio, y es esta una de las circunstancias que se quieren remarcar por su conexión directa con las finalidades de este trabajo, no ha tenido como efecto la modificación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el valor del trámite de audiencia previa a las partes y al Ministerio Fiscal (art. 35 LOTC). Podría pensarse que en el nuevo sistema jurídico trazado por la LO 6/2007 dicha audiencia previa, ante el juez *a quo,* pueda perder el papel cardinal que venía anteriormente a desempeñar, dado que ahora las partes pueden presentar sus consideraciones directamente al Constitucional.

Esto no es óbice, no obstante, para que el Tribunal siga manteniendo sus criterios previos sobre el particular, considerando el trámite de audiencia del art. 35 LOTC como un momento primordial del procedimiento que revisa con detalle en el juicio de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, además de un «requisito de todo punto inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión que ha de determinar, tras el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, la inadmisión

de la cuestión así suscitada»[28]. Esa posición responde, a mi criterio y acorde con la jurisprudencia constitucional, a la distinta finalidad que cumplen los dos momentos con los que cuentan las partes para formular alegaciones. En el momento previo al planteamiento de la cuestión, el objetivo de su intervención no es exclusivamente garantizar que tengan eco sus intereses subjetivos, sino también que el órgano judicial reciba las consideraciones y valoraciones de los involucrados en el litigio para poder decidir sobre la conveniencia o no del planteamiento de la duda de constitucionalidad. Aunque no excluya por supuesto la motivación de constitucionalidad, la audiencia tiene, así, un valor ligado a la defensa de la oportunidad o impropiedad de instar el procedimiento. El destinatario de las alegaciones es entonces el juez *a quo*, de modo que solo indirectamente las opiniones de las partes llegarán al Tribunal Constitucional reproducidas en el auto de planteamiento.

La nueva fase de audiencia a las partes durante el proceso *ad quem,* por contra, constituye el escenario en el que los directamente afectados en el proceso judicial muestran sus razonamientos de constitucionalidad al Alto Tribunal. Tiene esta segunda «audiencia», así, un valor estrictamente argumentativo, ligado al juicio sustantivo de constitucionalidad, por más que nada impida a las partes argumentar, por ser razón y fundamento de su intervención ante el Tribunal, sobre las concretas circunstancias del caso enjuiciado en el proceso *a quo* que resulten atravesadas por la respuesta que la cuestión vaya a merecer en el pronunciamiento del Tribunal.

III. LAS CONEXIONES ENTRE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS: LA ELECCIÓN DEL JUEZ A *QUO* DE NO PLANTEAR UNA CUESTIÓN Y LA POSIBILIDAD, EN CIERTOS CASOS, DE QUE ESTO VULNERE UN DERECHO FUNDAMENTAL

1. UN PRIMER SUPUESTO

Otros de los temas de mayor calado concernientes al análisis de la cuestión de inconstitucionalidad en su vertiente subjetiva, a saber, como

[28] ATC 156/2016, de 20 de septiembre, FJ 3 a). Pueden consultarse también las SSTC 95/2015, de 16 de mayo, y 50/2015, de 5 de marzo, y los AATC 83/2016, de 26 de abril; 73/2016, de 12 de abril; 36/2016, de 16 de febrero, y 113/2019, de 1 de octubre.

instrumento de tutela de derechos, es el debate que gravita alrededor de una eventual obligatoriedad del planteamiento de la cuestión por parte del juez ordinario si una de las partes del proceso lo solicitase[29]. Aunque, véase, para ser más concretos: el punto crucial sobre el que la doctrina y la jurisprudencia española se interrogaron radica en la posibilidad de que la decisión del órgano judicial de rechazar el planteamiento de una cuestión pudiese llevarse a cabo sin motivación y, sobre todo, si en esa hipótesis se causaba o no la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del sujeto que había solicitado elevar la duda de constitucionalidad ante el Constitucional.

Desde el principio de su funcionamiento, el Tribunal Constitucional consideró que la decisión sobre la promoción de este tipo de proceso constitucional es una manifestación de la que se puede definir, utilizando las palabras de Jiménez Campo (1998: 94), como «autodeterminación judicial». Plantear o no una duda de constitucionalidad ante el Constitucional es decisión, por tanto, que compete en exclusiva al órgano judicial que conoce del caso específico; una prerrogativa exclusiva e irrevisable del juez ordinario[30]. Es más, para el Alto Tribunal, incluso en un escenario en el que una de las partes del proceso hubiera mostrado su incertidumbre sobre la legitimidad constitucional de la norma aplicable al mismo, la negativa a suscitar la cuestión por parte del juez no vulneraría por sí sola el derecho *ex* art. 24 CE. Llegó más lejos aún en el discurrir de su jurisprudencia, acogiendo una conclusión más rotunda: tan amplia es la libertad del juez ordinario en esta decisión que no conculcaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ni siquiera la falta de

---

29 La normativa establece que la cuestión de inconstitucionalidad pueda solicitarse a instancia de parte o de oficio. Sin embargo, se verá a continuación que el planteamiento de la cuestión depende exclusivamente de la voluntad del órgano judicial, y que a raíz de esta circunstancia pueden surgir distintas problemáticas. Véase el art. 35 LOTC.
Corzo Sosa (1998: 316 ss.), en contra de la mayoría de la doctrina y de quien escribe, estima que las partes tienen un derecho subjetivo al planteamiento. De esta forma, el hecho de que el juez decida de forma completamente autónoma sobre el planteamiento, podría terminar por no dar el justo espacio a los intereses de las partes, alejando la cuestión de inconstitucionalidad de su dimensión subjetiva.

30 Entre muchos otros ejemplos, pueden citarse: SSTC 22/2018, de 5 de marzo, FJ 5; 129/2013, de 4 de junio, FJ 6; AATC 126/2017, de 20 de septiembre, FJ 2 b); 56/2011, de 18 de mayo, FJ 2.
Sobre el particular, Herrero-Tejedor (2000: 22-25) afirma que las partes tienen una «mera facultad de instar el planteamiento de la cuestión» que, como mucho, puede derivar de un interés legítimo en que su caso se resuelva aplicando una ley conforme con la Constitución. Acerca de esta temática, véanse también López-Fragoso Álvarez (1991) y Pérez Gordo (1980).

motivación y justificación del no planteamiento de la cuestión en la sentencia que cierra el juicio en cuestión[31].

En la jurisprudencia más reciente, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha modificado su doctrina. Aunque manteniendo idénticas sus previas afirmaciones sobre la exclusiva prerrogativa judicial en la decisión de plantear o no la cuestión de inconstitucionalidad, ha declarado con reiteración que la falta de motivación, o incluso una motivación que se manifieste incoherente o arbitraria al disponer no elevar la duda de constitucionalidad, sí constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva[32].

2. UN SEGUNDO SUPUESTO. EL CASO, MUY ESPECÍFICO, DE LA STC 58/2004: LA VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL POR EXCESO DE JURISDICCIÓN, AL NO RESPETAR EL JUEZ ORDINARIO LAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA CONCENTRADO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Absolutamente distintiva es la doctrina que fija la STC 58/2004, de 19 de abril, que puede considerarse uno de los pronunciamientos principales en este tema.

Será preciso, siquiera de modo panorámico, describir el supuesto de hecho. Un empresario del sector del juego presentó un escrito dirigido al jefe de la Sección del Juego de la Delegación Territorial de Barcelona (Generalidad de Cataluña) oponiéndose a la tasa fiscal que le correspondía abonar según lo dispuesto en el art. 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, así como, en segundo lugar, contra el recargo autonómico establecido sobre la misma por una Ley del Parlamento de Cataluña, la 2/1987, de 5 de enero, y los incrementos establecidos en aquella en sucesivas leyes presupuestarias de diversos ejercicios. Desestimada esa oposición y efectuada la liquidación correspondiente, el interesado presentó una reclamación económico-administrativa, que fue también rechazada, y seguidamente un recurso contencioso-administrativo, que resultó en cambio estimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia

[31] Puede leerse, en este sentido, el FJ 1 del ATC 767/1986, de 8 de octubre.

[32] Entre otras sentencias, en este sentido: SSTC 263/2015, de 14 de diciembre, FJ 2; 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3.
En doctrina, para un estudio específico sobre la vulneración del derecho *ex* art. 24 CE de las partes del proceso en caso de no planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, véase Requejo Rodríguez (2015). La autora, sin embargo, llega a la conclusión de que la falta de una respuesta motivada, razonable y suficiente por parte del órgano judicial que recibe la instancia de parte, no supone la violación del derecho a la tutela judicial efectiva (Requejo Rodríguez, 2015: 3-4).

de Cataluña, anulando la resolución impugnada por no ser conforme a derecho y declarando el derecho de la recurrente a la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas. Para sostener su interpretación, el órgano judicial citaba la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 173/1996, de 31 de octubre, que quedó referida al art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, que incrementaba la cuota anual de la citada tasa para un concreto ejercicio (1990). Igualmente, ahora para analizar «la legalidad del recargo autonómico», establecido en la ley autonómica antes citada, el órgano judicial examina la legalidad de la tasa a la luz de la Sentencia de 26 de junio de 1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades, al examinar las cuestiones afectantes a la tutela, delimitación y limitación del contenido esencial de los derechos fundamentales y su eficacia en los ámbitos de protección multinivel.

En el recurso de amparo promovido por la Generalidad de Cataluña se ponían en cuestión los dos pronunciamientos de la sentencia impugnada, tanto el correspondiente a la tasa estatal como el propio del recargo autonómico. La fundamentación esencial residía, desde ambos prismas, en la existencia de una desatención del sistema de fuentes, con lesión del art. 24 CE.

El pronunciamiento tiene relevancia al objeto que en este momento se analiza en razón de que la decisión adoptada por el órgano judicial sobre la tasa prescrita en el art. 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, que acuerda no aplicar al caso por su (pretendida) contradicción con la Norma Fundamental, se produjo sin planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Constitucional. Dice el Tribunal en la STC 58/2004 que el apartado del fallo que se funda en una pretendida inconstitucionalidad de la tasa fiscal fijada por el art. 38.2.1 de la Ley 5/1990 no es correcto, pues no fue esa declaración la que hizo la STC 173/1996, de 31 de octubre, referida exclusivamente al art. 38.2.2 de la Ley (un gravamen complementario aplicable exclusivamente durante un ejercicio, el año 1990) y no al art. 38.2.1 (cuota de la tasa), que ahora resultaba objeto de la controversia. Esto así, afirma: «(e)llo supone que, al extender el órgano judicial los efectos de nuestra declaración de inconstitucionalidad hecha para una figura tributaria (el gravamen complementario) a otra totalmente distinta (la tasa fiscal del juego), se está arrogando una competencia que no le corresponde, incurriendo, también en este caso, en un exceso de jurisdicción».

A fin de fundamentar esa conclusión, recuerda la sentencia constitucional que el Constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley con base en un juicio de incompatibilidad con la Constitución; que la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional y, asimismo, que la disposición de ley que, según el juzgador, resulte aplicable en el proceso no puede dejar de serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la

promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC.

Concluyendo de todo lo dicho: «ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no sólo menoscabar la posición ordinamental de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida», lesionándose en otro caso, termina el pronunciamiento, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en el supuesto concreto: «tanto por no haber planteado el órgano judicial la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE, única vía que le asistía para dejar inaplicada la norma con rango legal aplicable al supuesto de autos, como por haber desconocido la eficacia de una norma legal plenamente vigente», y también el art. 24.1 CE (por negar el derecho de defensa del interesado, que no tuvo «oportunidad u ocasión de prever tal preterición, dado el sometimiento judicial al imperio de la ley, ni pudo hacer uso del trámite de alegaciones previsto en el art. 35 LOTC»).

Es interesante destacar que, así como el Tribunal ha insistido mucho en que no hay vulneración del art. 24 CE por la decisión motivada de no planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte del órgano judicial, cerrando de esa manera la hipótesis de que las peticiones formuladas en ese sentido a instancia de parte puedan acarrear una quiebra de derechos fundamentales cuando sí son rechazadas, así también, en cambio, la lesión se da (a modo de excepción a aquella regla general) cuando el no planteamiento de la cuestión va acompañado de un exceso de jurisdicción. Esto es, lo determinante de uno u otro resultado es la efectiva aplicación de la ley al caso, ya que solo puede evitarse tras una declaración de inconstitucionalidad adoptada por el Tribunal Constitucional.

Un criterio que no puede sino parecer razonable, pues es obvio que en el diseño español la decisión de planteamiento corresponde al juez ordinario, pero que, del mismo modo, este no puede convertir ese margen apreciativo en un resultado de desatención de la ley por inconstitucionalidad, eludiendo los límites de su jurisdicción e invadiendo los que corresponden al Tribunal Constitucional. En suma, la no elevación de la cuestión es lesiva si el órgano judicial, subvirtiendo el sistema de fuentes y contraviniendo el sistema concentrado de justicia constitucional, decide la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley sin someter ese juicio al Constitucional en un juicio incidental, desbordando su competencia jurisdiccional.

Un matiz o excepción muy relevante, como se ve, pues rompe el marco o parámetro ordinario en la materia, incluyendo un supuesto paralelo, con

distintos efectos, en el que derechos fundamentales y cuestión de inconstitucionalidad salen íntimamente vinculados, al punto de poder darse la vulneración directa de aquellos en función del comportamiento judicial.

Asimismo, se trata de un encuadramiento de la lesión también trascendente. Es el art. 24.2 CE, por perturbarse el sistema de fuentes, el que queda comprometido en esos supuestos, al asociarse la desatención de este (inaplicar la ley sin cuestión de inconstitucionalidad) con el derecho a un proceso con todas las garantías, y no con la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (aunque esta quede también afectada desde el prisma del derecho de defensa).

Finalmente, en estrecha relación con los contenidos de este trabajo, esta jurisprudencia proporciona una doctrina del Tribunal tuitiva e intensificadora de la cobertura de los derechos fundamentales, pues convierte el no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en una quiebra de derechos fundamentales.

Es importante precisar que el juez ordinario conculcaría este derecho fundamental solo en la hipótesis de haber reconocido dudas sobre la constitucionalidad de la norma rectora del caso y relevante para su resolución, habiéndola aplicado sin proceder a aquel planteamiento ante el Tribunal Constitucional y sin motivar adecuadamente esa decisión[33].

Esta modificación en la doctrina constitucional tiene evidentes repercusiones positivas en la protección, cada vez más eficaz, de los derechos fundamentales de los individuos. Ante una duda, aunque mínima, de inconstitucionalidad del órgano judicial y la proposición de la parte del planteamiento de la misma, las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva se han indiscutiblemente ampliado, al considerarse una vulneración susceptible de amparo constitucional la negativa al planteamiento sin una justificación razonada y razonable.

IV. OTRA CLASE DE «INTERFERENCIAS» O CONEXIONES ENTRE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

Para terminar con el análisis de los efectos de las decisiones del Tribunal Constitucional pronunciadas a raíz de una cuestión de inconstitucionalidad y su relación con la tutela de los derechos e intereses de los particulares, no se

[33] Véanse, a este propósito, el FJ 5 c) de la STC 3/2016, de 18 de enero, y el FJ 2 de la STC 263/2015, de 14 de diciembre.

puede dejar de hacer referencia a una peculiaridad presente en el ordenamiento jurídico español, en el que, como se ha apuntado, el TC puede ejercer una pluralidad de competencias.

Esta pluralidad de facultades y de vías de accesos a la jurisdicción constitucional ha provocado la «interferencia» entre los efectos de las sentencias recaídas en los procesos de control de constitucionalidad y los recursos de amparo en curso, señaladamente en aquellos casos en los que estos mismos traen origen de actos de aplicación de la ley declarada inconstitucional y nula. Estas circunstancias han llevado al Tribunal a fijar criterios de coordinación entre ambos procedimientos, de la que se deja constancia en estas páginas, vista la evidente conexión con el tema del presente trabajo de investigación.

1. LOS EFECTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY DECLARADA NULA POR SENTENCIA RECAÍDA EN UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS RECURSOS DE AMPARO EN CURSO QUE TRAEN ORIGEN DE ACTOS DE APLICACIÓN DE LA LEY ANULADA: LA STC 159/1997 COMO PRONUNCIAMIENTO DE REFERENCIA

No podría abordarse esta materia sin tomar en consideración la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español en Pleno en la STC 159/1997, de 2 de octubre, con ocasión de un recurso de amparo[34].

El recurso se planteaba contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares y contra la confirmación administrativa de las autoliquidaciones correspondientes a un determinado ejercicio, practicadas por la actora en concepto de gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, creado por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria. La entidad recurrente denunciaba la violación del art. 14 CE, por un pretendido trato discriminatorio —así lo afirma la sentencia en su inicio, aunque, como aclarará luego, la queja se refiere, en realidad, a una supuesta desigualdad de trato del primer inciso de esa previsión constitucional, y no a la interdicción de discriminación del segundo—. A juicio de la demandante de amparo, el mencionado gravamen complementario suponía para ella, dedicada a la explotación de máquinas

[34] La STC 159/1997 en examen es considerada la sentencia de referencia en cuanto a los efectos de una decisión que declare la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley sobre un amparo que se encuentre pendiente de resolución también por Alzaga Villaamil *et al.* (2016: 730).

recreativas tipo «B», una desigualdad inconstitucional en el trato en relación con el ofrecido por la ley respecto de las empresas dedicadas a otros juegos u otras actividades del sector del juego. También invocaba otros preceptos de la Constitución, algunos de ellos, como el art. 9.3 o el art. 31.1 CE, no susceptibles de amparo, como dirá el Tribunal después en su fundamentación jurídica.

Con posterioridad a la formalización de la demanda de amparo y su admisión a trámite, que tuvieron lugar ambas en el año 1994, el Tribunal Constitucional dictaría la STC 173/1996, de 31 de octubre, resolviendo diversas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas que concernían a aquel art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, declarando inconstitucional y nulo el precepto, aplicado, como ha sido adelantado ya, en los autos de los que nacía el recurso de amparo. El motivo de la inconstitucionalidad —decía la sentencia anulatoria recién aludida en su FJ 5— era el de haber aplicado «retroactivamente, un aumento de la deuda tributaria que puede calificarse de no previsible y carente de suficiente justificación, lo que conduce a estimar que en este caso se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 CE».

La STC 159/1997 se ocupa de precisar el efecto que sobre el recurso de amparo en curso tiene la sentencia del Pleno de referencia, dictada en 1996, como se ha dicho, al versar tanto la una como el otro sobre el mismo precepto legal cuya inconstitucionalidad y nulidad fueron declaradas, y habida cuenta que, como reconocerá el Tribunal en el FJ 3 de la STC 159/1997, el objeto del recurso de amparo no se dirigía tanto contra la aplicación administrativa y judicial de aquel precepto controvertido (y declarado finalmente inconstitucional en momento posterior a su formalización), sino frente al contenido de la norma misma.

Tras diversas consideraciones para diferenciar el principio de igualdad del art. 14 CE y el principio de igualdad tributaria del art. 31 CE (no susceptible, este, de amparo, a diferencia del primero), o sobre otra de las quejas de la demanda (que invocaba el art. 24.1 CE por no haberse suscitado una cuestión de inconstitucionalidad como la parte requiriera, recordando que hacerlo es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial[35]), la sentencia contiene los principios de constitucionalidad que resultan relevantes para el objeto de esta investigación.

El Tribunal dispone, en primer lugar, que en supuestos como el enjuiciado, en los que el problema de constitucionalidad ha sido resuelto previamente en el ámbito de un proceso de inconstitucionalidad (en el supuesto de

[35] Subraya la importancia de este inciso, en la sentencia en análisis, también Fernández Farreres (2017: 290).

referencia, en la STC 173/1996), si la declaración de inconstitucionalidad y nulidad se produjo por la vulneración de un precepto de la Constitución no susceptible de amparo, excluido por tanto de protección a través de ese procedimiento singular de tutela de derechos fundamentales, no cabe extender, sin más, al proceso de amparo los efectos de la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad y nulidad del precepto. En otros términos, no tendrá efectos en el recurso de amparo tal declaración si se produce por resultar contraria la previsión normativa a un precepto constitucional ajeno al reconocimiento de los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, esto aunque exista un acto de aplicación de ese precepto (anulado por el Tribunal Constitucional de forma sobrevenida) en la controversia administrativa o judicial de la que trae origen el recurso. Si se prefiere, *sensu contrario*, la inconstitucionalidad declarada solo podrá incidir en el recurso de amparo cuando este proceso constitucional tenga en su base actos de aplicación de un precepto legal anulado por vulnerar derechos que pueden ser objeto de tutela en el amparo constitucional. De otro modo, avisa el Tribunal, se daría «un evidente exceso en el ejercicio de la jurisdicción de este Tribunal por el cauce del proceso de amparo, dado que se halla claramente delimitada en cuanto a los derechos y libertades susceptibles de tutela en dicho proceso constitucional por lo dispuesto en los arts. 161.1 b) y 53.2 C.E. y el art. 41.1 de nuestra Ley Orgánica»[36].

La consecuencia evidente de lo dicho, como también subraya la decisión ahora analizada, es que no siempre será posible invocar en el pronunciamiento resolutorio del amparo, con un carácter determinante y decisivo para la estimación o desestimación de la demanda, la previa sentencia emitida en otro proceso de inconstitucionalidad, por más que quede referida al mismo precepto legal que esté en cuestión en el recurso de amparo, ya que eso vendrá dado, o en su caso será excluido, en función del fundamento de la inconstitucionalidad declarada, esto es, de que el mismo radique o no en la vulneración de un derecho de carácter fundamental susceptible de amparo.

Tan clara es la idea como puede constatarse en un contraste entre la resolución constitucional que se destaca aquí y otras que ella misma cita (o algunas posteriores que también mencionaré), pues, por ejemplo, así como la STC 159/1997 no atiende a la declaración de inconstitucionalidad de la STC 173/1996 al resultar según ella lesivo el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, por vulneración del art. 9.3 CE (principio, por imperativo de los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC, que queda extramuros del proceso de amparo), en cambio, en las SSTC 223/1994, 224/1994, 225/1994, 226/1994, 284/1994,

[36] STC 159/1997, de 2 de octubre, FJ 6.

152/1995 y 145/1996, el amparo sí se otorgó y con remisión expresa a la sentencia del Pleno declarativa de la inconstitucionalidad, justo y precisamente porque la norma en cuestión en esos asuntos (anulada por la STC 179/1994, sobre el régimen de adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, establecido por la base cuarta, apdo. 4º, de la Ley de 29 de junio de 1991) fue expulsada del ordenamiento jurídico por la contradicción de su régimen jurídico con (ahora sí) un derecho fundamental, en concreto el de asociación reconocido en el art. 22.1 CE, que, como es sabido, sí puede ser objeto de tutela en el procedimiento de amparo constitucional, al encontrarse ubicado en la sección primera del capítulo II del título primero de la Constitución.

En segundo lugar, la STC 159/1997 analiza otro orden de problemáticas. Según el art. 40.1 LOTC, la declaración de inconstitucionalidad en un proceso de control de constitucionalidad de la norma (como el que culminó, en el caso de referencia, con la STC 173/1996) no permite revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada, dictada en aplicación de la ley luego anulada, pero antes de la sentencia constitucional declarativa de la inconstitucional. La única excepción a ello, según aquella previsión de la Ley Orgánica reguladora del Tribunal Constitucional, viene representada por los casos en los que esté comprometida la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad[37]. Al margen de ello, por tanto, la sucesiva declaración de inconstitucionalidad del precepto no incidirá en los procesos ya cerrados con la fuerza de la cosa juzgada.

La razón aducida por la jurisprudencia constitucional, como es de imaginar, reside en la garantía de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que obliga a descartar una revisión general e indiscriminada de los pronunciamientos judiciales anteriores en razón de la inconstitucionalidad de la norma apreciada posteriormente. Si se quiere, dice el Tribunal, se persigue «un

[37] Así lo evidencia también Camarero González (2019: 321).
La STC 39/2011, de 31 de marzo, recuerda e insiste en ese orden de cosas en que, dentro de dichas excepciones a la regla general, la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad tiene efectos incluso sobre las situaciones jurídicas declaradas por sentencia con fuerza de cosa juzgada. Esto es, que la retroactividad establecida en el art. 40.1, *in fine*, de la LOTC «supone una excepción *in bonum* a lo prevenido, en términos aparentemente absolutos, por el art. 161.1 a) CE ("la Sentencia o Sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada") [que] tiene su fundamento inequívoco, como no podía ser de otro modo, en la misma Constitución y, precisamente, en el art. 25.1 que impide, entre otras determinaciones, que nadie pueda sufrir condena penal o sanción administrativa en aplicación de normas legales cuya inconstitucionalidad se haya proclamado por este Tribunal Constitucional».

equilibrio entre la estabilidad de las situaciones por así decir "judicialmente consolidadas", de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del art. 161.1 a) CE, y, de otro lado, ciertas excepciones, vinculadas con una posible revisión *in bonum*, como son todas las comprendidas en el indicado art. 40.1 LOTC. Y es obvio que éstas, en cuanto excepciones tasadas de la regla general, han de ser interpretadas restrictivamente para que sea respetado dicho equilibrio»[38].

No obstante, precisa el Tribunal, a tal efecto por sentencia firme deberá entenderse, al objeto de lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, un proceso fenecido mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, siendo a ese propósito calificativo del todo irrelevante que dicha sentencia haya sido o no objeto de un ulterior recurso de amparo, y, en su caso, haya sido o no admitido y esté o no pendiente el dictado de una resolución sobre el mismo[39].

Todo eso se desprendería, según el Tribunal Constitucional, del art. 161.1 a) CE, que no contiene una previsión de pérdida de valor de las sentencias recaídas en aplicación de la norma declarada posteriormente inconstitucional, limitándose a extender los efectos de esa declaración a la jurisprudencia que haya interpretado la norma. Y es que, en efecto, aunque es verdad que refiriéndose al recurso de inconstitucionalidad y no a otros procedimientos, el precepto constitucional literalmente dice: «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada».

Ciertamente, no se encuentran razones para alcanzar una conclusión distinta cuando la declaración de inconstitucionalidad tenga origen en el proceso incidental de una cuestión de inconstitucionalidad; y esto, más aún, cuando dicha problemática queda aclarada del todo a tenor de lo dispuesto en la STC 159/1997 que se acaba de examinar. En efecto, esta decisión contiene y afirma el criterio descrito al resolver sobre los efectos que posee en un proceso de amparo una sentencia que fue dictada anteriormente en una cuestión de inconstitucionalidad (en realidad, en varias acumuladas).

En definitiva, salvo que se trate de los procesos penales o contencioso-administrativos relativos a un procedimiento sancionador, la declaración de inconstitucionalidad, *ex* art. 40.1 LOTC, no da lugar a la revisión de los procesos ya fenecidos por sentencia con fuerza de cosa juzgada, siendo entonces

[38] STC 159/1997, de 2 de octubre, FJ 7 B).

[39] En ese mismo sentido se han pronunciado sentencias posteriores, como la STC 3/2016, de 18 de enero, FJ 2 a). La muy reciente STC 11/2020, de 28 de enero, precisa el concepto de «firmeza» referido a las resoluciones judiciales en su FJ 9 A).

irrelevante que se haya hecho en ellos aplicación de las leyes declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

En tercer lugar, y siempre en relación con los efectos de este tipo de declaraciones en los procesos de amparo en curso, añade el Tribunal que no podrá apreciarse la lesión del art. 24.1 CE en esta tipología de casos de declaración sucesiva de inconstitucionalidad. Sencillamente porque la resolución recurrida, dice con evidente buen criterio el Tribunal, no desvela una desatención del sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC), sino, justamente, su aplicación y debido respeto, ya que el precepto legal luego anulado estaba integrado entonces en el ordenamiento jurídico y no era obligatorio para el juez o Tribunal que la aplicó, a tenor de la doctrina existente sobre las cuestiones de inconstitucionalidad, haber procedido necesariamente a su planteamiento.

Con esa suma de criterios enunciados, el Tribunal consideró en la STC 159/1997 que no había lesión alguna que fundase el otorgamiento del amparo, particularmente que no cabía resolver el recurso de amparo por remisión a lo juzgado en la STC 173/1996, en la que se dio la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, pero por vulneración del principio de seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 CE, precepto no susceptible de amparo.

2. LOS VOTOS PARTICULARES A LA STC 159/1997 Y UNAS REFLEXIONES A MODO DE SÍNTESIS

La STC 159/1997 contó con varios votos particulares. En el formulado por el magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral se plantea, a mi modesto parecer, un interesante debate, que pone en contraste el art. 40.1 y el art. 38, ambos de la LOTC. Así como el primero, según se ha dicho, impide la revisión de las sentencias dictadas en procesos fenecidos (salvo en las excepciones penales o sancionatorias ya descritas, en las que la reapertura del proceso tras la declaración de inconstitucionalidad podría acarrear un beneficio —que el art. 40.1 LOTC atiende— para el interesado frente a la pena, sanción o responsabilidad impuestas), el art. 38 LOTC, que invocaba el magistrado discrepante, dispone el carácter de cosa juzgada de la sentencia que declara la inconstitucionalidad, su vinculación para todos los Poderes Públicos y la producción de efectos generales desde la publicación en el diario oficial. El juez constitucional deducía de las prescripciones de este último precepto la imposibilidad, también para el Tribunal Constitucional y desde la fecha de la publicación de la STC 173/1996 (que declaró, recuérdese, la inconstitucionalidad de la norma controvertida), de desatender la nulidad de la norma en las sentencias pendientes del amparo constitucional.

A su detenido y razonado criterio, el art. 38.1 LOTC resuelve el problema en sentido distinto al acogido por la mayoría del Tribunal. En su voto particular se lee:

> Todos los Poderes Públicos, y por tanto también y con mayor razón el Tribunal Constitucional, están vinculados desde el 3 de diciembre de 1996, fecha de su publicación en el B.O.E., por lo resuelto en la STC 173/1996 y, por consiguiente, esa vinculación nos impide mantener a finales de 1997 que un precepto ya inexistente, continúe siendo el único sustento de la Sentencia que revisamos. Revisión que se hace como si el precepto aplicado siguiera vigente y la Sentencia tuviera que encuadrarse —como se hace— en los casos previstos para el recurso de amparo en los arts. 53 y siguientes de la LOTC, prescindiendo de que a ello se antepone lo dispuesto en el art. 38.1 de la propia Ley.

Obviamente, postular esa posición pasaba, de modo inevitable, por entender que el proceso judicial no había fenecido. O, dicho de otro modo, que la interposición del recurso de amparo evitaría considerarlo cerrado. A su parecer, por tanto, es el plazo de caducidad del amparo (art. 44.2 LOTC) el que debe haber vencido, sin formalización del recurso, para que pueda operar el régimen del art. 40.1 LOTC, que fijaría una excepción a aquello general del art. 38 de la misma Ley.

No es cuestión baladí, como se ve, por más que tenga efectos únicamente en los procesos penales y sancionatorios indicados. Y no lo es porque, a mi juicio, el parámetro que sigue la jurisprudencia constitucional tras pronunciamientos como el comentado no es tanto que el proceso haya o no fenecido, como del art. 40.1 LOTC se seguiría, sino, antes bien, que la norma declarada inconstitucional (aunque el proceso haya fenecido por no estimarse vivo durante el plazo de caducidad del amparo) afectara o no a derechos fundamentales. Siendo ese el enfoque correcto tras la lectura de la jurisprudencia constitucional que se ha destacado en este punto, cabe como mínimo dudar de la preferencia que se otorga en esta tipología de casos, por razón de la materia, al art. 40.1 LOTC, frente al régimen general del art. 38.1 LOTC, que impone los efectos generales o *erga omnes* de la sentencia recaída en el proceso constitucional, sin matices, desde su publicación, esto es, sin distinguir que la misma declare vulnerados unos u otros preceptos constitucionales, los relativos a derechos fundamentales o los que cuenten con otro contenido diferente.

El segundo voto particular, formulado por el magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, y al que se adhirió el magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, también manifestó su preocupación por la no extensión al amparo en curso de lo resuelto en la STC 173/1996. Más allá de defender una redefinición de la cuestión de inconstitucionalidad —en razón de la

negativa a plantear ese procedimiento por parte del órgano judicial que dictó la sentencia recurrida[40]— se detiene, con la finalidad de defender una solución discrepante, en el art. 55.2 LOTC. Señala que de tal precepto se desprende que ha de concederse el amparo siempre que la ley aplicada para resolver un asunto lesione «derechos fundamentales o libertades públicas» y que la proposición entrecomillada (que contiene la citada previsión de la Ley Orgánica) incluye (a su parecer) la seguridad jurídica, al ser un principio configurador o soporte estructural de la tutela judicial efectiva (derecho fundamental reconocido y protegido por el art. 24.1 CE, susceptible de amparo constitucional) y, asimismo, el marco esencial de las libertades públicas que los ciudadanos no disfrutan cuando aquella seguridad jurídica falta. Concluye el magistrado que, así las cosas, el soporte estructural de aquellos derechos (la citada seguridad jurídica) no puede tener menor protección constitucional que estos (lo que habría permitido *ad casum* extender los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la norma al recurso de amparo que se resolvía). En definitiva, una construcción sin duda tuitiva de los derechos de los particulares desde un enfoque material, pero también, a mi parecer, de complicado soporte, toda vez que no parte del texto normativo del art. 55.2 LOTC, sino, acaso, de esa regulación, pero interpretada conforme a una determinada lectura de la función de la seguridad jurídica como instrumento que otorga virtualidad y sostén estructural o de sistema a los derechos fundamentales. No se quiere, evidentemente, en esta sede negar la viabilidad de la construcción, pero no puede tampoco eludirse esa dificultad concurrente, que obligaría a justificar *ex Constitutione* la premisa que la sostiene (el pretendido soporte ofrecido por la seguridad jurídica a los derechos fundamentales).

El tercer y último voto particular fue formulado por el magistrado don Vicente Gimeno Sendra. En un sentido en parte apuntado ya en los restantes votos, y que por lo tanto aconseja evitar reiteraciones, se subraya que los efectos de una sentencia constitucional alcanzan a todos los Poderes Públicos, de modo que también al propio Tribunal, sobre todo si no nos encontramos en el marco de aplicabilidad del art. 40.1 LOTC, como a su parecer sucede cuando ha sido interpuesto un recurso de amparo (criterio que comparte con el

[40] Sostiene que, de manera acorde con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esa redefinición debería pasar «por un entendimiento de la cuestión que, reservada en su planteamiento a los Tribunales ordinarios, obligara a éstos a justificar adecuadamente su negativa a suscitarla y, en lo que ahora importa, permitiera la modulación de los efectos establecidos en el art. 40.1 LOTC a los fines de que, interesada —sin éxito— la promoción de una cuestión, la posterior declaración de inconstitucionalidad de la norma pudiera desplegar su eficacia en el proceso concluido por Sentencia».

primer voto particular, aunque no con argumentos idénticos, como puede verse en la parte final de su texto). De otro lado, afirma que la sentencia impugnada, al haber aplicado un precepto legal que posteriormente fue declarado inconstitucional, no puede considerarse fundada en derecho. A su juicio, en fin, y en mi opinión esto sería lo más relevante, visto el régimen jurídico del art. 38.1 LOTC, dice, podría estar estableciéndose «una peligrosa excepción a los efectos *erga omne et omnes* de las Sentencias de inconstitucionalidad», apuntando con ello su oposición a la diferenciación que la mayoría hace a tenor del precepto constitucional que llegue a fundar la inconstitucionalidad de la norma.

Ha podido observarse en la exposición anterior que, dicho ahora a modo de síntesis, el Tribunal puede en ocasiones, como es ejemplo el antes descrito, no estimar recursos de amparo pese a estar las resoluciones impugnadas fundadas en normas declaradas inconstitucionales con posterioridad al dictado de la recurrida y a la interposición o admisión de la demanda del proceso constitucional. Se diría, de ese modo, que se da una especie de continuidad potencial de los efectos de la norma, pese a haber sido desterrada del derecho por su inconstitucionalidad. Desde esta perspectiva, no podrá entonces afirmarse que el recurso de amparo integre un propósito de evitar actos de aplicación de leyes contrarias a la Constitución, sino solo, a lo sumo, de aquellos actos de aplicación de leyes que se declaren contrarias a la consagración constitucional de los derechos fundamentales.

Los mismos criterios ya analizados han sido reiterados por el Tribunal en pronunciamientos posteriores en los que el Constitucional no ha podido extender los efectos de la declaración de inconstitucionalidad anterior al amparo en curso, por no fundarse el vicio en la vulneración de un derecho fundamental reconocido en los arts. 14-29 y 30.2 CE[41].

[41] Se trata de las decisiones indicadas a continuación. La STC 183/1997, de 28 de octubre, podría considerarse de la misma serie que la STC 159/1997, y a ella expresamente se remite, por gravitar la controversia sobre la misma norma anulada, al igual que puede verse en las SSTC 71/1998, de 30 de marzo; 137/1998, de 29 de junio; 36/1999, de 22 de marzo; 84/1999, de 10 de mayo; 200/1999, de 8 de noviembre, y 111/2001, de 7 de mayo, todas afectantes a la misma norma y equiparable controversia relativa al 38.2.2 de la Ley 5/1990. Algo muy similar sucede con la STC 55/1998, de 16 de marzo, aunque no estuviera directamente a debate la aplicación del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, sino el art. 77 de la Ley de Presupuestos Generales para 1991 al que a aquel se remitía.
No cambian la doctrina aludida las SSTC 91/2007, de 7 de mayo; 6/1998, de 13 de enero; 91/2007, de 7 de mayo; 84/2008, de 21 de julio; 122/2008, de 20 de octubre; 107/2019, de 30 de septiembre.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Además de las conclusiones que se han ido apuntando en los distintos epígrafes, es oportuno, a este punto, evidenciar algunas consideraciones finales.

En primer lugar, y por lo que concierne a la nueva regulación introducida con la modificación de la LOTC en 2007: la reforma satisfizo a la mayoría de la doctrina, que observa en la modificación legislativa un avance decisivo para la tutela de los derechos e intereses de los individuos, especialmente de los sujetos comprometidos en el proceso ordinario en el que se origina la cuestión. Como recuerda muy claramente López Ulla (2007: 199):

> [...] afirmar que las partes del proceso *a quo* son ajenas al juicio [del TC] es negar lo evidente. […]. En este sentido podríamos hablar, como hace la doctrina italiana, de un cierto carácter híbrido de este proceso constitucional pues si es bien claro que éste tiene por objeto el examen objetivo de la constitucionalidad de una ley —con independencia de los intereses enfrentados en el proceso *a quo*— este interés público no contradice ni niega su posible utilidad como instrumento de defensa de derechos particulares.

Puede concluirse, comprobando las estadísticas[42] y apoyándonos en las valoraciones de ilustres juristas[43], que la cuestión de inconstitucionalidad ha llevado efectivamente a cabo (y no puede dudarse que así seguirá ocurriendo en el futuro) una labor crucial en la protección de los derechos e intereses subjetivos en supuestos en los que su eventual lesión provenga directamente de una normativa con fuerza de ley. Es imposible, e incluso incorrecto, en efecto, olvidar la concurrencia de un interés subjetivo de las partes del proceso *a quo,* que no puede ser por completo soslayado o ajeno en la decisión del Tribunal

---

En cambio, pueden mencionarse, entre las decisiones que resolvieron recursos de amparo por directa remisión a una sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, las siguientes sentencias: 46/2008, de 10 de marzo, la STC 20/2017, de 27 de febrero, 40/2017, de 24 de abril; 70/2017, de 5 de junio; 74/2017, de 19 de junio; 83 y 84/2017, de 3 de julio; 104/2017, de 18 de septiembre; 125/2019, de 31 de octubre.

42 La cuestión de inconstitucionalidad se ha utilizado principalmente invocando la vulneración de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos fundamentales (pueden consultarse, a este respecto, las Memorias anuales del TC).
Siempre hablando de datos, y en consideración del tema desarrollado en este capítulo, hay que registrar un incremento en la participación de las partes del proceso *a quo* en la fase ante el Constitucional. Pueden citarse, como ejemplos recientes en los que las partes se han personado en la fase *ad quem*, las SSTC 20/2020, de 10 de febrero, A 13; 160/2019, de 12 de diciembre, A 11; 152/2019, de 25 de noviembre AA 8-12-13-14; 23/2017, de 16 de febrero, A 9.

43 López Ulla (2007: 200-201).

Constitucional, pues esta será determinante para la resolución de la *litis* en uno u otro sentido, con evidentes efectos sustantivos.

En suma, puede considerarse que las modificaciones introducidas con la LO 6/2007, de 24 de mayo, contribuyen a reforzar la naturaleza (también) subjetiva de la cuestión de inconstitucionalidad, alejándola de la más clásica concepción exclusivamente objetiva que veía este tipo de proceso constitucional como un cauce abstracto de depuración del ordenamiento jurídico. Aunque el objeto principal de la cuestión de inconstitucionalidad siga centrado en el juicio abstracto de constitucionalidad de la norma con rango de ley, la participación de las partes en el proceso *ad quem* abre las puertas y refuerza indudablemente la dimensión subjetiva del procedimiento, así como los efectos subjetivos de la resolución del mismo, afianzando tanto aquella y estos como el derecho de defensa de los ciudadanos y la relevancia de sus intereses particulares, sustanciados en el proceso judicial, en la mirada del Tribunal Constitucional.

Todas estas consideraciones encuentran un importante y ulterior refuerzo, de un lado, en la evolución de la jurisprudencia constitucional en tema de violación del art. 24 CE por parte del juez ordinario que decida no plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando esta sea propuesta a instancia de parte, y esa parte no reciba la debida justificación por parte del órgano jurisdiccional, o este exceda sus competencias; y, de otro, en la comprobación de los efectos *ad extra* de las cuestiones de inconstitucionalidad para la protección de los derechos fundamentales de los particulares en aquellos casos en los que existan «interferencias» entre la resolución de una cuestión que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley y los recursos de amparo en curso (siempre que se den las circunstancias y con las limitaciones que se han analizado *supra*). En efecto, ambos ámbitos demuestran que la cuestión de inconstitucionalidad ha integrado realmente la faceta tuitiva, que ha sido por largo tiempo desatendida por la doctrina, con aquella otra primaria y central (la objetiva) de garantizar la superioridad de la Constitución y la eliminación de las leyes inconstitucionales. Y que, incluso y más allá de esto, el control incidental de constitucionalidad de las leyes tiene la virtud de proyectar los efectos de esta dimensión subjetiva sobre o a través de otro proceso constitucional, como es el recurso de amparo.

Como última consideración, quisiera resaltar que el control incidental de constitucionalidad, gracias a la conciliación entre las dos dimensiones de la justicia constitucional a las que se ha aludido múltiples veces, no solo determina la protección de los derechos fundamentales, sino que, sobre todo, opera esa tutela de un modo cualitativamente diferente con respecto a aquella garantizada por los órganos de la jurisdicción ordinaria o por el mismo juez constitucional a través del amparo constitucional. Y es que el carácter «híbrido» de la

cuestión de inconstitucionalidad, que fusiona y conecta elementos del control concreto y del abstracto, del modelo difuso y del concentrado, permite a los tribunales constitucionales proporcionar una protección de los derechos fundamentales que —se podría decir— integra lo subjetivo y lo objetivo, pues enjuicia la constitucionalidad de una norma en el momento de su concreta aplicación, desplegando así un control abstracto y a su vez contextualizado en la vivencia normativa del caso concreto. Todo esto permite a la jurisdicción constitucional realizar una ponderación de los derechos e intereses involucrados que supera las limitaciones de un enjuiciamiento *ad casum* y que cuenta con efectos *erga omnes*, lo cual, por si fuera poco, se produce con la mediación y la colaboración de otro órgano del Estado, absolutamente imparcial y especialmente cualificado en esta tarea, como es el Poder Judicial, garante natural de los derechos fundamentales.

Bibliografía

Alzaga Villaamil, Ó. *et al.* (2016). *Derecho político español: Según la Constitución de 1978. Tomo II: Derechos fundamentales y órganos del Estado*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Araces.

Benvenuti, L. (2016). *La via francese alla giustizia costituzionale. Ideologia, politica e «dialogo» tra Corti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Camarero González, G. J. (2019). El recurso de amparo. En A. Zárate Conde (coord.). *Derecho Constitucional* (pp. 309-334). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Araces.

Castellá Andreu, J. M. y Expósito Gómez, E. (1999). La intervención de las partes del juicio *a quo* en la cuestión de inconstitucionalidad. El art. 37.2 LOTC y la incidencia de la STEDH de 23 de junio de 1993. *Teoría y realidad constitucional*, 4, 293-316. Disponible en: https://doi.org/10.5944/trc.4.1999.6490.

Cavino, M. (2014). *Lezioni di giustizia costituzionale francese*. Napoli: Editoriale Scientifica.

Corzo Sosa, E. (1998). *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cruz Villalón, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Escobar Fernández, C. (1993). Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de junio de 1993, en el asunto Ruiz-Mateos contra España. *Revista Española de Derecho Internacional*, 45 (2), 573-580.

Fernández Farreres, G. (2017). Inaplicación judicial de la Ley por razón de primacía del Derecho de la Unión Europea y derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: estado de la cuestión en jurisprudencia constitucional. En J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales e I. De los

Mozos Touya (coords.). *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz* (pp. 287-306). Madrid: Reus.

Fernández Segado, F. (2005). La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeokelseniano. *Pensamiento Constitucional*, 11, 19-75.

Gallardo Castillo, M. J. (1994). RUMASA ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 84, 613-629.

García Roca, J. (1992). El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario: el caso del juez civil. *Revista de las Cortes Generales*, 27, 101-138. Disponible en: https://doi.org/10.33426/rcg/1992/27/238.

— (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 117-143.

— (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

González Jiménez, M. (1996). La admisión a trámite en las cuestiones de inconstitucionalidad. *Revista de las Cortes Generales*, 39, 211-239. Disponible en: https://doi.org/10.33426/rcg/1996/39/881.

Herrero-Tejedor, F. (2000). La intervención de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 3, 15-43.

López-Fragoso Álvarez, T. (1991). La falta de legitimación de las partes de un proceso para solicitar del órgano jurisdiccional el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. *La Ley*, 1, 1064-1067.

López Ulla, J. M. (2000). *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*. Madrid: Marcial Pons.

— (2007). La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional. En P. Pérez Tremps (coord.). *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (pp. 177-216). Valencia: Tirant lo Blanch.

Medina Guerrero, M. (2000). Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad. En F. Caamaño Domínguez, A. J. Gómez Montoro, M. Medina Guerrero y J. L. Requejo Pagés (coords.). *Jurisdicción y procesos constitucionales* (pp. 49-78). Madrid: McGraw-Hill.

Montilla Martos, J. A. (1994). Defensa judicial versus ley singular de intervención (comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40, 291-321.

Pérez Gordo, A. (1980). La legitimación activa de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad. *Revista Jurídica de Catalunya*, 3, 759- 770.

Pérez Tremps, P. (1985). *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Requejo Rodríguez, P. (2015). Cuestión de inconstitucionalidad y tutela judicial efectiva. *Revista de Estudios Jurídicos*, 15, 1-16. Disponible en: https://doi.org/10.17561/rej.v0i15.3156.

Ribas Maura, A. (1991). *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Civitas.

Rubio Llorente, F. y Aragón Reyes, M. (1981). La jurisdicción constitucional. En A. Predieri y E. García de Enterría (dirs.). *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático* (pp. 798-863). Madrid: Civitas.

Rubio Llorente, F. y Jiménez Campo, J. (1998). *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill.

Ruggeri, A. y Spadaro, A. (2019). *Lineamenti di Giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore.

Vidal Fueyo, M. D. C. (2013). Ruiz Mateos c. España (STED de 23 de junio de 1993): Las garantías del proceso equitativo ante la jurisdicción constitucional. En J. M. Sánchez Tomás, M. Beladiez Rojo y R. Alcácer Guirao (coords.). *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (pp. 131-152). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

Villaverde Menéndez, I. (2003). Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad. *Cuadernos de Derecho Público*, 18, 241-258.

Viver Pi-Sunyer, C. (1999). El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. *Cuadernos de Derecho Público*, 7, 97-109.

Zagrebelsky, G. y Marcenò, V. (2018). *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino.

EL ACTIVISMO JUDICIAL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN IBEROAMÉRICA

The judicial activism of the constitutional judge in Latin-America and Spain

CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR[1]
Universidad de Medellín
cmolina@udem.edu.co

SERGIO ORLANDO SILVA ARROYAVE
Universidad de Medellín
sosilva@udem.edu.co

Cómo citar/Citation
Molina Betancur, C. M. y Silva Arroyave, S. O. (2020).
El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(1), 117-145.
doi: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.04

Resumen

El concepto de activismo judicial es una creación norteamericana con bastante influencia en Iberoamérica. A través de los años se han dado muchas definiciones de lo que es el activismo judicial, confundiéndose con el término de gobierno de los jueces. Debido a sus diferentes significaciones ha sido muy criticado por la doctrina, aunque algunas interpretaciones de la Corte Suprema norteamericana han permitido desde lo judicial identificar mejor los casos en los cuales los jueces son llamados a ser activistas. Sin embargo, estas interpretaciones sobre lo que es el activismo judicial deben ser adaptadas para ser correctamente utilizadas en el contexto iberoaméricano, por las particularidades propias de desigualdad social, de problemas en la distribución de la riqueza y del mal funcionamiento de los mecanismos democráticos, tan variables en nuestra cultura.

[1] Autor destinatario de todas las comunicaciones con la revista.

Palabras clave

Activismo judicial; gobierno de los jueces; interpretación judicial; limitaciones a la libertad de interpretación; Corte Suprema norteamericana.

Abstract

The concept of judicial activism is an American creation with a lot of influence in Ibero-America. Through the years, many definitions have been given to judicial activism, which merges with the expression «government by judges». The concept has been criticized lately by the doctrine due to its different meanings, despite some interpretations of the Supreme Court of the United States allowing, from the judicial perspective, to better identify the cases in which the judges are called to be activists. However, these interpretations of judicial activism must be adapted to be correctly used in the Ibero-American context, because of the particularities of social inequality, problems in the distribution of wealth and the malfunctioning of democratic mechanisms, which varies widely in our culture.

Keywords

Judicial activism; government by judges; judicial interpretation; limitations on freedom of interpretation; North American Supreme Court.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONCEPTUALIZACIÓN INICIAL DEL ACTIVISMO JUDICIAL: 1. Razones del nacimiento de la noción de activismo judicial. *1.1. El gobierno de los jueces. 1.2. El activismo judicial.* 2. Los primeros intentos de teorización del activismo judicial. III. LA DETERMINACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE ACTIVISMO JUDICIAL: 1. Los intentos de una definición doctrinal. 2. La consolidación jurisdiccional de una definición de activismo judicial. IV. CONCLUSIÓN. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El término de activismo judicial, creado inicialmente por la doctrina estadounidense a mediados del siglo XX[2], es utilizado desde hace algunas décadas en España y en Latinoamérica para describir el nuevo papel que, debido al debilitamiento de los poderes legislativo y ejecutivo, desempeñan en la actualidad las jurisdicciones constitucionales en cada uno de estos Estados.

En efecto, el término de activismo judicial ha sido utilizado en España para señalar el papel protagónico que tienen actualmente las jurisdicciones constitucionales en la definición del sentido de las leyes y en la protección de los derechos fundamentales (Marín Castán, 2016), como también (Mangas Campos, 2015) para describir la práctica de algunos tribunales que «utilizan la interpretación para ajustar la ley a sus decisiones, y no al revés». Además, dicho término es frecuentemente utilizado para referirse a la práctica de algunos tribunales que, «además de solucionar el caso traído a juzgamiento, envía[n] señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación, o en la jurisprudencia, o en las costumbres (respectivamente)» (Gálvez Bautista, 2009); así como para afirmar que «un juez activista es el que decide una cuestión jurídica

[2] El presente artículo forma parte de la investigación inscrita en la Vicerrectoría de investigaciones de la Universidad de Medellín, sobre los conflictos interpretativos entre las altas cortes en Colombia (código 1003). Todas las citas de fuentes en otros idiomas fueron traducidas por los autores.

de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el Derecho»[3] (Atienza, 2019).

Dentro de la doctrina española se ha propuesto, además, la noción de activismo judicial progresista para referirse a la «serie de actuaciones desplegadas desde la judicatura, en los distintos momentos procesales de un caso, en los que la autoridad judicial trata con especial consideración las pretensiones de la parte integradas por víctimas de exclusión social, que se traducen en violaciones a los derechos humanos, sean estos civiles y políticos o derechos sociales, puesto que puede traducirse en un reconocimiento de derechos que tradicionalmente la judicatura ha desconocido» (Timm Hidalgo, 2011: 103). Esta noción se ha diferenciado del activismo judicial dialógico, que tiene como rasgo central y particular «la idea de que un diálogo se extiende más allá de la sustanciación del juicio, proyectándose a la etapa de ejecución» (*ibid.*: 123).

En los Estados latinoamericanos la noción de activismo judicial ha sido igualmente entendida de múltiples maneras. En Argentina, por ejemplo, la noción de activismo judicial se emplea para instar a los jueces a que se abstengan de decidir sobre «materias propias de las restantes ramas del gobierno» (Racimo, 2015: 136), pero también para resaltar la diligencia, la eficacia y la rapidez en la toma de «decisiones que amparan derechos constitucionales en forma inmediata y operativa» (*ibid.*: 138) y, además, para señalar la preferencia de los jueces por la aplicación de valores contenidos «en la Constitución Nacional por sobre el texto mismo de la ley» (*ibid.*: 141).

Dentro de la doctrina de la Argentina se han propuesto de otra parte la noción de activismo razonable o justo que puede presentarse cuando se amplían «las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes» (Maraniello, 2012: 129). Esta noción se diferencia del activismo irrazonable o injusto que se presenta, entre otros, cuando las jurisdicciones convalidan «normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales» (*ibid.*: 130).

En Chile, el activismo judicial se entiende como las «sentencias que no parecen someterse lo suficiente a la Constitución y las normas jurídicas dictadas por las autoridades electas democráticamente y, en algunos casos, contrariando derechamente su voluntad»[4] (García y Verdugo, 2013: 24), lo que en Brasil es entendido como «el protagonismo del judiciario en la definición del

[3] Véanse también dentro de la doctrina española las utilizaciones de la noción de activismo judicial en Celador Angón (2008), Fernández-Viagas Bartolomé (1998), Hinojosa Martínez (2003), Melero de la Torre (2014), Molina Navarrete (2013), Méndez González (2017) y Vercher Noguera (2017).

[4] Véase también, dentro de la doctrina de Chile, Aguilar (2015).

sentido del derecho y en la implementación de los derechos sociales»[5] (Lima Quintas, 2014: 331).

Finalmente, en Colombia el activismo judicial hace referencia al conjunto de teorías de la interpretación judicial que obligan a los jueces a tener en cuenta otros elementos diferentes a los textos normativos escritos, en diferentes dominios: 1) en materia de justicia, cuando se enfrentan las cortes, lo que se denomina el choque de trenes (Molina, 2010a); 2) en materia económica, cuando la Corte Constitucional se ha enfrentado a las interpretaciones de la Banca Central (Molina, 2010b); 3) en materia de reformas constitucionales, cuando la Corte Constitucional se ha enfrentado al gobierno del Estado comunitario (Molina, 2010c); así como el enfrentamiento que ha tenido la Corte Constitucional con algunos Estados de excepción (Molina, 2007); o en materia de protección de derechos sociales (Saffón y García Villegas, 2011, y Díaz, 2015); 4) en algunos enfrentamientos entre diferentes jurisdicciones para la interpretación de valores constitucionales, de la costumbre o la voluntad social, al momento de interpretar la Constitución de 1991 (Uprimny y Rodríguez, 2006: 152-155)[6]. Lo anterior con mucha oposición por parte de los gobiernos de turno, de las autoridades independientes y de las otras jurisdicciones, por considerar que la Corte Constitucional en estos casos de claro activismo lo que está haciendo es colegislando (Morelli, 1997).

Sin embargo, este gran número de comprensiones diferentes de la noción de activismo judicial no es una muestra de la riqueza doctrinal en Iberoamérica, para darle un nuevo sentido a una noción trasplantada del derecho estadounidense. Todo lo contrario, esta multiplicidad de comprensiones es sinónimo de la dificultad que tiene la doctrina de estos Estados para comprender y utilizar adecuadamente una noción, para que esta no pierda su sentido y su utilidad teórica. Esto, porque, si numerosos fenómenos diferentes son llamados de la misma forma, se vuelve muy dificultoso saber de cuál de ellos se habla en un caso en concreto, si no se precisa a cuál de ellos se está haciendo referencia. Si esto ocurre, la utilidad teórica del concepto se diluye, puesto que su capacidad explicativa es muy reducida.

Esta particular situación no se ha presentado únicamente en los países iberoamericanos, puesto que, en los Estados Unidos de América, país en donde nació el concepto, durante más de cuatro décadas el activismo judicial fue utilizado de forma indiscriminada y poco teórica, al punto de desvanecer casi

---

5 Véase también, dentro de la doctrina de Brasil, Muller Bitencourt y Gorczevski (2016).

6 Véanse también, dentro de la doctrina de Colombia, Azuero Quijano y Albarracín Caballero (2009), Molina (2010d, 2011) y Betancur Hincapié (2014).

por completo el sentido de la noción y su utilidad científica. De hecho, la confusa comprensión de la noción de activismo judicial pudo haberse originado en los países iberoamericanos precisamente por las falencias teóricas con las cuales nació la noción en los Estados Unidos y por el hecho de que esta se volvió popular y comenzó a ser largamente utilizada antes que se hubiera definido claramente su significación. Así, «el problema con el concepto de activismo judicial es que […] trae desde su lugar de origen —concretamente los Estados Unidos de América— un contenido relativamente vago que dificulta su comprensión cuando es usado por los doctrinarios sin que se haya explicado sus reales alcances» (Racimo, 2015: 104).

No obstante su aceptación en Iberoamérica, la definición de activismo judicial no ha podido ser determinada con claridad, por ello la importancia de mirar este concepto detenidamente, siguiendo una metodología de investigación analítico-descriptiva, analizando en un primer tiempo los avances que el sistema judicial estadounidense ha realizado en este sentido, lo que nos permitirá definir mejor el concepto de activismo judicial. Esto servirá para darle el valor teórico necesario al concepto, y así poder usarlo como una noción útil para la mejor comprensión del papel que desempeñan actualmente las jurisdicciones en la definición del sentido de los textos normativos y en la protección de los derechos fundamentales. En un segundo tiempo, estos esfuerzos teóricos deberán servir para identificar una noción precisa de activismo judicial, que permita explicar de una manera más exacta el rol de las jurisdicciones en los Estados iberoamericanos. Por último, la finalidad del presente análisis hermenéutico es descifrar, teniendo en cuenta los aportes hechos en la doctrina norteamericana, si las comprensiones de activismo judicial adoptadas en los Estados iberoamericanos son teóricamente sólidas, y si son útiles o necesarias para entender precisamente el papel que desempeñan actualmente las jurisdicciones constitucionales dentro de estos Estados.

Para llevar a cabo esta noble tarea se expondrá en un primer momento la conceptualización inicial de la nocion de activismo judicial (II), para luego centrarse en un segundo momento en su determinación contemporánea (III).

II. LA CONCEPTUALIZACIÓN INICIAL DEL ACTIVISMO JUDICIAL

La aparición de la noción de activismo judicial tiene una relación directa con importantes momentos de la historia constitucional norteamericana. Sin embargo, su conceptualización inicial no depende solamente de la historia, sino también de los esfuerzos hechos por la doctrina. De esta manera, es necesario analizar las razones que llevaron al nacimiento de la noción (A), para analizar luego los primeros intentos de teorización hechos por la doctrina (B).

1. RAZONES DEL NACIMIENTO DE LA NOCIÓN DE ACTIVISMO JUDICIAL

Antes de la adopción de la noción de activismo judicial en 1947, en los Estados Unidos de Norteamérica, la noción de «gobierno de los jueces» era utilizada para referirse a ciertas decisiones de la Corte Suprema norteamericana que hacían un uso excesivo de sus atribuciones y que invadían las competencias de los demás órganos del poder público. De esta manera, se hace necesario indagar sobre el verdadero origen de estas dos nociones: el gobierno de los jueces (1) y el activismo judicial (2), para comprender mejor cuál es el contexto político y social que envuelve su conceptualización inicial.

1.1. El gobierno de los jueces

La noción de gobierno de los jueces nace inicialmente bajo la forma de «gobierno del poder judicial» (*Government by judiciary*) en 1911 en Estados Unidos de Norteamérica, bajo la pluma del político y abogado Louis B. Boudin en un artículo escrito «bajo la influencia de la campaña de protesta del expresidente Roosevelt contra los obstáculos aportados por el control judicial al desarrollo de la legislación social y obrera [en Estados Unidos]»[7] (Lambert, 2010: 13).

Sin embargo, esta expresión es cambiada por la de «gobierno por los jueces» (*Government by judges*) por el juez Walter Clark, presidente de la Corte Suprema de Carolina del Norte, en 1914 cuando utiliza esta expresión en un discurso hecho en la «*Cooper Union*» (Clark, 1914) para «remarcar la preponderancia del poder judicial sobre los otros dos brazos del gobierno estrictamente considerado que son el poder ejecutivo y el poder legislativo» (Brondel *et al.*, 2008: 13). Esta expresión parece estar inscrita «implícitamente dentro de la línea de la otra fórmula célebre de «Gobierno por el Congreso» [(*Congressional government*)] ingeniada por Woodrow Wilson en 1884 para expresar la supremacía del Congreso» (Lambert, 2010: 13).

Estas expresiones, «gobierno del poder judicial» y «gobierno por los jueces», que comenzaban a evidenciar la preponderancia de los jueces sobre los demás órganos del poder público, fueron en un primer momento utilizadas en escritos que reaccionaban, de manera aislada y no sistemática, a una situación muy particular y relevante producida en los Estados Unidos, en las primeras cuatro décadas del siglo xx y que se afianza entre los años 1933 y 1936 durante

[7] Este artículo es «la obra de un jurista que no critica el principio mismo de este control, sino únicamente su extensión, que ha pasado del examen de la competencia legislativa al de la oportunidad de las leyes» (Lambert, 2010: 14).

la época de la implantación de la doctrina del *New Deal* por el presidente Franklin Delano Roosevelt.

En efecto, antes y durante una buena parte del periodo del *New Deal*, la Corte Suprema procedió a anular un gran número de leyes federales y de los Estados federados «de inspiración progresista y social que reglamentaban las condiciones de trabajo» (Zoller, 2001: 29). Esto se produjo porque, según la opinión de la mayoría de los miembros de la Corte, estas leyes eran contrarias a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual protegidas por la XIV enmienda constitucional de los Estados Unidos, que promueven las tesis económicas liberales *(ibid.)*. De esta manera, el gobierno de los jueces se presentó en los Estados Unidos durante un periodo de tiempo en el cual la mayoría de los jueces de la Corte Suprema «tomaron decisiones sobre la constitucionalidad de una ley en función de sus propios prejuicios» (Zoller, 2010: 153).

No obstante, esta idea solo fue modificada a partir de 1937, cuando es adoptada por la mayoría de los miembros de la Corte Suprema la concepción expuesta por el juez Holmes en el salvamento de voto de la decisión *Lochner v. New York* de 1905. En este salvamento, el juez Holmes afirmó que para los jueces constitucionales «el hecho de no estar de acuerdo con una ley no es motivo suficiente para declararla inconstitucional» (Zoller, 2010: 153). Para el prestigioso juez Holmes, «una Constitución no pretende incorporar una teoría económica particular, [… puesto que] ella es hecha por personas con puntos de vista fundamentalmente diferentes» (1905, 198 US 76). De esta manera, «no corresponde a los jueces, sino al legislador, adoptar una de estas tesis y rechazar las otras» (Zoller, 2010: 154).

Esta concepción fue ratificada con mayor fuerza en la sentencia de la Corte Suprema del 12 de abril de 1937, *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp* (1937, 301 US 1), cuando «la Corte renuncia a realizar una calificación jurídica de los hechos [definidos en la ley] y decide presumir la constitucionalidad de las leyes. Aunque esta presunción de constitucionalidad solo ha sido adoptada en materia económica y financiera» (Zoller, 2010: 157).

En este sentido, la expresión de gobierno de los jueces, si bien permitió en un primer momento enmarcar el debate sobre los comportamientos de los jueces, que extendían sus competencias tradicionales, fue creada dentro de un marco histórico específico para referirse a unas actuaciones judiciales puntuales que, en principio, desaparecieron a partir de 1937, con la modificación de la intensidad de control que la Corte Suprema ejercía sobre las leyes al momento de controlar su constitucionalidad. Sin embargo, aunque el gobierno de los jueces llegó a su fin en los Estados Unidos en esa época, la noción alcanzó a ser introducida a Francia en 1921, por el jurista experto en derecho estadounidense Edouard Lambert, quien, en su obra *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, demuestra cómo en

este país «los jueces bajo la cubierta de la doctrina de la "*sustantive due process*" [introducida en la XIV enmienda de la Constitución], gobiernan en el lugar de los elegidos» (Zoller, 2010: 152).

Este libro causó mucho furor en Francia en su época y determinó completamente el debate en este país sobre los límites que en todo caso deben respetar los jueces al momento de interpretar las leyes. Al punto que hoy en día, en Francia, el debate sobre las competencias interpretativas de los jueces se lleva a cabo más de la mano de la noción de gobierno de los jueces que de la mano de la noción de activismo judicial, aunque son varios los autores que identifican las dos nociones como equivalentes[8]. No obstante, la noción de gobierno de los jueces tiene una connotación peyorativa en Francia (Brondel *et al.*, 2008: 21), puesto que a menudo se utiliza para afirmar «que el gobierno de los jueces es algo terrible, pero que, afortunadamente, no existe en casa».

Es entonces, a través de la doctrina francesa, cuando la noción de gobierno de los jueces fue introducida posteriormente en algunos Estados latinoamericanos[9], en los cuales, al igual que en Francia, se utiliza esta noción para enmarcar el debate en torno a las amplias competencias interpretativas de las jurisdicciones[10]. Sin embargo, con la evolución constitucional, y los controles que tienen los jueces en materia política, es el activismo judicial la noción más ampliamente utilizada en los Estados iberoamericanos para referirse a las amplias competencias interpretativas que desarrollan actualmente las jurisdicciones constitucionales.

1.2. El activismo judicial

La noción de activismo judicial fue ingeniada en 1947 por el historiador norteamericano Arthur Schlesinger Jr., en un artículo de catorce páginas publicado en la revista *Fortune*. Si bien la doctrina norteamericana hubiese deseado que la noción de activismo judicial naciese «en la disidencia de un respetable juez o en un artículo de una importante revista de derecho» (Kmiec, 2004: 1445), realmente la noción fue incialmente adoptada «en una revista popular, en un artículo destinado a un público general, escrito por alguien

---

8 Así, por ejemplo, Laurent Cohen-Tanugi afirma que el activismo judicial consiste en la «tendencia de los jueces a innovar en la toma de decisiones judiciales, generando lo que se llama en Francia el gobierno de los jueces» (1985: 51-52).

9 En España la noción de gobierno de los jueces existe, pero se usa sobre todo para hablar de la organización del poder judicial. Véanse, por ejemplo, Palacios (1991), Lucas (1995), López (1999) y Sánchez (2001).

10 Véase, por ejemplo, en Chile, García y Verdugo (2013), y en Colombia, López Daza (2005).

que no era abogado» (*ibid.*: 1446). Pero el propósito de este artículo no fue la «elaboración completa de una teoría sobre la función judicial, sino [más bien] describir un momento en la historia» (Green, 2009: 1202). En efecto, las intenciones del autor fueron las de describir las circunstancias políticas que rodearon las actuaciones de la Corte Suprema diez años después del «switch in time», es decir del final de la época conocida como del gobierno de los jueces.

Para adelantar su exposición, el autor realizó una clasificación donde describe la personalidad de los miembros que integraban la Corte Suprema en 1947, mostrando que había un grupo compuesto por los jueces activistas *(activists judges),* otro por el grupo de jueces moderados *(self-restraint)* y otro por los jueces que se encontraban en el medio. Todo esto para poder finalmente afirmar que las cuestiones de fondo que dividen a los jueces y que se manifestaban en las diferentes posiciones expresadas en los fallos estaban estrechamente vinculados a las fisuras interpersonales que existían entre ellos (Green, 2009: 1202).

Sin embargo, debido a que la visión del artículo en cuestión está centrada sobre la personalidad de los jueces y los conflictos extrajudiciales que podían presentarse entre sus convicciones, el autor no ofrece ninguna definición de las nociones de activismo judicial o de moderación, ni explica claramente las condiciones que deben cumplir los jueces en el ejercicio de sus funciones para ser clasificados dentro de alguna de estas categorías (Green, 2009: 1203).

Además, en el análisis jurisprudencial adelantado por Schlesinger, que le permitía sustentar las clasificaciones hechas de los jueces dentro de los grupos mencionados, el autor no tiene en cuenta la totalidad de las decisiones que podían influir en su clasificación *(ibid.)*, toda vez que deja fuera importantes decisiones como *Korematsu v. United States* de 1944 (323 US, 214).

Las debilidades teóricas que rodean el nacimiento de la noción de activismo judicial condicionan considerablemente las dificultades teóricas futuras de la misma. De esta manera, debido al hecho de que la noción de activismo judicial nace siendo aplicada sin ser en ningún momento definida, con el tiempo la doctrina de los Estados Unidos ha tenido que hacer grandes esfuerzos para poder identificar una definición de activismo judicial que goce de un consenso generalizado y que sea válida desde un punto de vista teórico.

2. LOS PRIMEROS INTENTOS DE TEORIZACIÓN DEL ACTIVISMO JUDICIAL

En los Estados Unidos de Norteamérica la noción de activismo judicial en los primeros años siguientes a su creación no poseía una connotación necesariamente negativa, toda vez que, en primer lugar, el estudio adelantado por Schlesinger fue simplemente descriptivo, no tomó partido sobre la pertinencia o la necesidad de la noción y no definió en ningún momento si el activismo

judicial es bueno o malo. Además, inicialmente la noción fue entendida como un comportamiento que permitía el mejoramiento de las condiciones sociales de las personas y no como un abuso de autoridad de los jueces (Kmiec, 2004: 1451)[11]. Sin embargo, fue después de 1950 cuando el término adquirió una connotación generalmente negativa, incluso si su significado específico era difícil de precisar (*ibid.*: 1452).

Seguramente la evolución hacia la concepción peyorativa de la noción de activismo judicial fue sin duda inspirada por los artículos publicados por el abogado y profesor de la Universidad de Toronto Edward McWhinney en los años cincuenta. Puesto que en estos artículos, de una calidad académica superior al artículo de Schlesinger, McWhinney (1955: 843) afirma que «el control jurisdiccional de constitucionalidad *(judicial review)* no siempre es una forma eficiente para la toma de decisiones políticas». Para el autor, el activismo judicial planteaba múltiples complicaciones, porque «los jueces "son buenos conocerdores de la ley, pero" manifiestamente no son los mas equipados "para traducir" los valores de la comunidad en políticas constitucionales» (Kmiec, 2004: 1453). De esta manera, McWhinney lleva la reflexión sobre el activismo judicial «un paso más allá, construyendo un argumento razonado contra un enfoque activista para juzgar» (*ibid.*: 1454).

La importante contribución de McWhinney, que permitió tener una idea más precisa del activismo judicial, empezó a ser utilizada por los jueces norteamericanos a partir del final de los años cincuenta, con la finalidad de criticar ciertas decisiones, sin ser definida precisamente en la mayoría de los casos[12]. De esta manera, a pesar de los esfuerzos hechos por la doctrina, la noción de activismo judicial continúo siendo ambigua durante la segunda parte del siglo xx en los Estados Unidos, al punto que se llegó a afirmar que la acusación de «activismo judicial por sí sola significa poco o nada porque el término ha adquirido muchos significados distintos e incluso contradictorios» (Kmiec, 2004: 1477).

Fue de esta forma que la noción de activismo judicial se convirtió en un concepto polivalente que permitió justificar todo tipo de críticas a las decisiones de los jueces. Críticas que eran más o menos frecuentes, según el nivel de

[11] Situación similar se presentó en Francia, cuando, comentando la decisión del 16 de julio de 1971 sobre la libertad de asociación, la doctrina francesa utilizó la noción de gobierno de los jueces para felicitar al Consejo constitucional por detener las tentativas antiliberales de los proyectos de ley del Parlamento (Favoreu, 2013: 339).

[12] La primera utilización de la noción de activismo judicial hecha por una jurisdicción norteamericana fue en 1959, en la decisión de la Corte de apelación del quinto distrito judicial, *Theriot v. Mercer* (1959, 262 F.2d, 754).

aceptación que se tenía de las decisiones judiciales. Este concepto degeneró a tal punto que, en los Estados Unidos, la noción de activismo judicial fue usada indistintamente por las diferentes corrientes de pensamiento para criticar las actuaciones influenciadas por las corrientes que le eran contrarias.

Esta compleja situación fue precisamente descrita en el salvamento de voto de la sentencia *Turpin v. Mailet* de 1978, de la Corte de apelación del quinto distrito judicial de los Estados Unidos, cuando se afirmó que:

> Basta con echar un vistazo a los numerosos salvamentos de voto de las sentencias de la Corte suprema para reconocer que, en ocasiones, el activismo judicial se ha [empleado] con mucha libertad. A veces ha sido favorable a los llamados conservadores; en otras ocasiones ha favorecido a los llamados liberales. Durante las primeras décadas del siglo xx, quienes hoy son los más acérrimos partidarios del activismo judicial fueron los que más criticaron la «usurpación» de los poderes del Congreso por parte de la Corte Suprema para anular la legislación social y de bienestar. Cuando el foco de la judicatura pasó de los derechos de propiedad a los derechos personales, surgió un nuevo y diferente grupo de críticos. El problema, como lo ven estos críticos, no es de liberalismo versus conservatismo, sino de gobierno democrático representativo versus autocracia judicial (1978, 579 F.2d, 152).

Esta situación generó un contexto complejo y contradictorio en el cual la Corte Suprema, de acuerdo con el gobierno de turno y la situación, podía ser considerada como activista, moderada o conservadora. Esto se produjo porque la multiplicidad de críticas usando la misma expresión, hechas por corrientes de pensamiento contrarias entre ellas mismas, permitían considerar a la Corte como liberal, como conservadora, como democrática o como autocrática al mismo tiempo. Situación que puso en evidencia una de las condiciones esenciales del análisis de la noción de activismo judicial que demanda un estudio individual, temporal y específico de las decisiones de los tribunales constitucionales (Green, 2009: 1255).

Ahora bien, si esta falta de definición precisa han llevado la doctrina a proponer el abandono de la noción o el remplazo de la misma, los esfuerzos académicos adelantados en Estados Unidos siempre han afirmado la necesidad de continuar las reflexiones en torno al activismo judicial (Reinert, 2004: 35)[13]. Esto, porque la noción está fuertemente incrustada en la tradición judicial norteamericana y hace parte del patrimonio cultural de la nación, toda

[13] En Francia se presentó una situación similar a la norteamericana respecto a la utilización indiscriminada de la noción de gobierno de los jueces. Es por ello que la doctrina en el año 2008 realizó un importante seminario internacional con la finalidad de precisar su comprensión (véase Brondel *et al.,* 2008).

vez que es concebida como «el principal medio del pueblo de evaluar el comportamiento de los jueces» (Green, 2009: 1221). Es por esto que la doctrina estadounidense ha adelantado en los últimos años grandes esfuerzos de teorización que le han permitido identificar definiciones objetivas de activismo judicial que favorezcan su utilización dentro de los debates académicos y científicos. Aunque varias de las definiciones dadas hasta la fecha no han logrado precisar el complicado contorno que rodea la noción de activismo judicial, sí se puede decir que han logrado alguna determinación, aunque su aceptación no sea generalizada por parte de la doctrina.

III. LA DETERMINACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE ACTIVISMO JUDICIAL

La falta de conceptualización inicial de la noción de activismo judicial y la evolución hacia una definición negativa han conducido a que, tanto en los Estados Unidos como en Iberoamérica, la noción sea empleada de múltiples maneras con la finalidad de exponer un gran número de críticas a las decisiones de la Corte Suprema y de los tribunales constitucionales. De esta forma, es necesario analizar los principales intentos de definición hechos por la doctrina (A), con la finalidad de identificar si entre ellos surge una definición jurisdiccional mucho más precisa y objetiva (B).

1. LOS INTENTOS DE UNA DEFINICIÓN DOCTRINAL

En los Estados Unidos, en los casi cincuenta años de utilización indiscriminada de la noción de activismo judicial, se produjeron múltiples comprensiones que también han sido afirmadas por la doctrina iberoamericana. En primer lugar, tenemos un concepto de activismo sanción, que considera como activista todas «las decisiones que tienen como finalidad la anulación de las leyes» (Green, 2009: 1218), al punto que son consideradas como más activistas los tribunales que más decisiones anulan[14]. Esta concepción «es popular entre los empiristas cuantitativos, en gran parte, porque dicha actividad es fácil de contabilizar (*to count*)» (*ibid.*: 1218). Esta concepción es bastante criticada en los Estados Unidos porque «la sola invalidación de la ley revela poco acerca de la conveniencia *(propriety)* de las decisiones individuales» (Kmiec, 2004:

[14] De esta manera, por ejemplo, Greg Jones (2002: 143) ha afirmado que, en general, «el activismo judicial es cualquier ocasión en que un tribunal interviene y anula una parte de la legislación debidamente promulgada».

1464). De esta forma, se afirma que solo basta con imaginarse, por ejemplo, «que el Congreso de alguna manera aprueba una ley que impone una religión nacional. Si la Corte invalida esta ley claramente inconstitucional, nadie sugeriría que haya actuado como activista» *(ibid.)*. Así, el activismo judicial no puede ser sinónimo simplemente del control judicial de constitucionalidad. Adicionalmente, esta definición desconoce la idea de que el activismo judicial puede presentarse también por omisión. Esta situación, conocida en la doctrina norteamericana bajo el nombre de «activismo judicial moderado» *(activist judicial restraint)*, según la expresión propuesta por Michael Stokes Paulsen, se presenta cuando el juez constitucional, al momento de hacer el examen de constitucionalidad, «no anula una ley que podría considerarse como inconstitucional o cuando no modifica un precedente que es jurídicamente ilegítimo» (Cross y Lindquist, 2007: 1760).

Debido a estas críticas, la definición ha sido delimitada por algunos autores, para así solo indicar que el activismo judicial consiste simplemente en «la práctica de los jueces de rechazar políticas escogidas por otras autoridades gubernamentales que la Constitución no prohíbe claramente» (Graglia, 1996: 296). Esta concepción un poco más limitada de activismo judicial fue expuesta por el juez David Souter, en su salvamento de voto de la sentencia *United States v. Lopez*, en el cual se afirmó que anular las políticas escogidas por el Congreso, bajo la cláusula de comercio, históricamente ha sido incorrecto por dos razones. «Nada en esta cláusula conduce al activismo judicial, y nada hace a las autoridades judiciales una autoridad superior al Congreso para la escogencia definitiva de las políticas a adoptar» (1995, 514 US 611). En Iberoamérica esta concepción, que reconoce a los jueces un papel protagónico en la definición del sentido de la Constitución, es afirmada por María Luisa Marín Castán (2016: 122) y Fabio Limas Quintas (2014: 331).

Sin embargo, esta concepción también ha recibido fuertes críticas, de un lado, porque ella «se basa en una concepción muy discutible del papel» de las jurisdicciones constitucionales (Kmiec, 2004: 1465). Puesto que muchos académicos aceptan, tal como se declaró en la sentencia *Marbury v. Madison* de 1803, que son las jurisdicciones constitucionales quienes «pueden y deben declarar lo que es derecho, incluso en los casos difíciles o políticamente delicados» (*ibid.*: 1466). De otro lado, se afirma que esta definición no es objetiva ni precisa porque «depende de la opinión del orador sobre si la Constitución prohíbe expresamente la adopción de alguna política en cualquier área del derecho» (*ibid.*: 1466).

En segundo lugar, se propone un concepto de activismo judicial como falta. Así, algunos jueces miembros de las Cortes federales de apelación o de la Corte Suprema de los Estados Unidos afirman que se incurre en activismo judicial cuando se desconoce el precedente vertical o el

precedente horizontal[15]. De esta manera, por ejemplo, el juez John Steven, de la Corte Suprema, afirmó en su salvamento de voto de la sentencia *Rodríguez de Quijas v. Shearson* (1989, 490 US 477) que «el tribunal de circuito «había incurrido en un tipo indefendible de activismo judicial» cuando «se había negado a seguir» un «precedente vinculante» *(controlling precedent)* de la Corte suprema» (Kmiec, 2004: 1466). Esto significa que el desconocimiento del precedente vertical configuraría una forma de activismo judicial. De igual forma, el mismo juez Steven, en su salvamento de voto de la sentencia *Kimel v. Florida Board of Regents* (2000, 528 US 62, 98-99), afirmó que la mayoría de los miembros de la Corte estaban incurriendo en activismo judicial cuando, desconociendo en reiteradas ocasiones su propio precedente, «se alejaban del papel que debe desempeñar la Corte suprema en todas sus decisiones»[16]. Lo cual significaría igualmente que el desconocimiento del precedente horizontal configura una forma de activismo judicial. En Colombia se afirma también que existe activismo judicial cuando la Corte constitucional no aplica en sus decisiones la interpretación constante de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado (Molina, 2010a).

Sin embargo, algunos académicos argumentan que a veces es correcto ignorar los precedentes horizontales. Uno de ellos (Lawson, 1994: 27-28) ha argumentado que la obligación de aplicar las decisiones anteriores *(stare decisis)* en sí misma puede ser considerada como inconstitucional si obliga a la Corte a adherirse a una lectura errónea de la Constitución. Otros opinan que «si la Constitución dice X y una decisión judicial previa dice Y, un tribunal no tiene simplemente el poder, sino la obligación, de preferir la Constitución» (Kmiec, 2004: 1467). En el mismo sentido, la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha afirmado incluso que existen casos particulares en los cuales «el precedente horizontal puede descartarse» (*ibid.*: 1468). Así, por ejemplo, en las sentencias *Planned Parenthood v. Casey* (1992, 505 US 833) y *Lawrence v. Texas* (2003, 539 US 558) la Corte «afirmó que el «*stare decisis*» no es un mandato inexorable [e incluso] sugirió una lista de circunstancias en las cuales el rechazo de precedentes constitucionales podía ser apropiado» (Kmiec, 2004: 1468).

---

[15] Esta noción puede ser enmarcada dentro de una concepción más amplia que afirma que el activismo judicial consiste en la creación de «decisiones portadoras de errores judiciales graves» (Green, 2009: 1217). Estos errores judiciales se presentan cuando «los jueces malinterpretan las leyes, no tienen en cuenta los precedentes o hacen una inexacta calificación de los hechos» (*ibid.*: 1221).

[16] Véase en el mismo sentido el salvamento de voto del juez William Brennan en la sentencia de la Corte suprema *Engle v. Issac* (1982, 456 U.S. 107).

De esta manera, se observa cómo este segundo intento de definición de activismo judicial es rechazado, porque «se basan en suposiciones complejas sobre la norma que se anula y las disposiciones constitucionales subyacentes que pueden justificar separarse del precedente» (*ibid.*: 1469). Esta definición no permite tampoco identificar objetivamente en qué consiste ser activista, porque no da ningún elemento para identificar las razones que pueden tener los jueces para alejarse del precedente.

En tercer lugar, se entiende el activismo judicial como una colegislación por los jueces. En este sentido (*ibid.*: 1471), «los jueces son etiquetados como activistas judiciales cuando "legislan desde los estrados" (*bench*)»[17]. Así parece expresarlo el juez Stevens, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuando, en su salvamento de voto de la sentencia *Florida v. Wells* (1990, 495 US 13), afirmó que «hace parte apropiadamente de la función judicial crear derecho (*make law*) como un subproducto necesario de la resolución de controversias reales. Pero llegar al punto de crear nuevo derecho de una manera tan descarada e innecesaria en un caso como en el presente es un activismo judicial desvergonzado».

En Iberoamérica se encuentran algunas variantes de la presente definición, puesto que se puede afirmar que se legisla desde los estrados cuando se decide sobre «materias propias de las restantes ramas del gobierno» (Racimo, 2015: 136), cuando se envían «señales innovadoras a los demás poderes, […] tendientes a generar un cambio en la legislación» (Gálvez Bautista, 2009); cuando se amplían «las garantías procesales para la protección de los derechos» (Maraniello, 2012: 129) o cuando los jueces tienen en cuenta otros elementos diferentes a los textos normativos escritos en sus decisiones (Molina, 2007, 2010c; Saffón y García Villegas, 2011, y Díaz, 2015). Sin embargo, esta definición, en todas sus variantes, es criticable porque en muchos casos es difícil establecer la línea que separa las legítimas interpretaciones de la Constitución y la creación normativa. Además, desde la concepción europea de Hans Kelsen, siendo la función de los altos tribunales constitucionales la de determinar de manera definitiva lo que es la Constitución, no tienen valor jurídico las concepciones de la doctrina que afirman que una decisión no se basa sobre una interpretación legítima de la Constitución, sino sobre una norma creada por la Corte Suprema. Esto, porque «el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto el órgano competente, al crear una

[17] Esta expresión fue utilizada por el expresidente George W. Bush en una declaración hecha en el año 2002 (Kmiec, 2004: 1471).

norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley» (Kelsen, 2009: 133).

A pesar de este reproche, la presente definición fue retenida por varios de los críticos de las decisiones de la Corte Warren en los Estados Unidos. De esta manera, por ejemplo, el juez Hugo Black afirmó en el salvamento de voto de la sentencia *United States v. Wade* (1967, 388 US 249-250) que, si seguía a la mayoría, «sentiría que estamos decidiendo qué es la Constitución, no por lo que dice, sino por lo que creemos que hubiera sido prudente que los padres fundadores hubieran puesto en ella. Esto, para mí, es la peor forma de activismo judicial». Además, esta definición tendría otra dificultad, porque, aunque se acepte que una decisión sea activista, esto no quiere decir que ella deba ser rechazada, puesto que puede ser luego aceptada por la doctrina y los jueces. De esta manera, se debe aceptar que una decisión en particular «puede tener consecuencias favorables o establecer precedentes deseables a pesar de ser un ejercicio inadecuado de la función judicial» (Kmiec, 2004: 1473). Por lo tanto, el uso peyorativo de la noción de activismo judicial, como suelen hacerlo los críticos de la Corte Warren, «confunde los problemas. El uso de "activista"como sustituto de "malo" […] no logra dilucidar las formas específicas en que una opinión judicial es incorrecta, perjudicial o errónea» *(ibid.)*.

En cuarto lugar, el activismo judicial se entiende como una incorrecta interpretación. De esta forma, se considera como activismo judicial el mal uso o el no uso de criterios *(canons)* de interpretación *(ibid.)*. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, para el juez Clarence Thomas, una decisión es activista si esta no puede ser aceptable según las ideas existentes «en el momento en que se ratificó la disposición constitucional» que la justifica (*ibid.*: 1474). Para el juez Antonin Scalia, por su parte, es activista una decisión que se basa sobre «prácticas inconstitucionales que no fueron aprobadas por los fundadores, pero que continúan siendo vistas como constitucionales por al menos una parte sustancial del pueblo estadounidense presente» (Taylor Jr., 2000: 1816). De manera similar, en Iberoamérica, Fernando Racimo considera que el activismo judicial consiste en la preferencia de los jueces por la aplicación de valores contenidos «en la Constitución Nacional por sobre el texto mismo de la ley» (2015: 141).

La definición anterior, en sus múltiples variables, es criticada porque ella solo permite identificar que «un juez usa criterios diferentes (en especie o en número) para tomar una decisión, en comparación con lo que otro juez hubiera usado» (Kmiec, 2004: 1475). De esta manera, esta definición no permite identificar precisamente en qué consiste el activismo judicial, porque dependerá, en definitiva, de la idea que el observador tenga sobre la función judicial. Así, si se cambia el observador se cambiaría la noción de activismo judicial.

En quinto lugar, se comprende el activismo judicial como política judicial. De esta forma, se afirma que el activismo judicial no consiste simplemente en anular las decisiones de las otras ramas del poder o de no reivindicar las reglas de previsibilidad o de uniformidad, sino en «no hacerlo para conseguir un objetivo no oficial. En otras palabras, una decisión es activista solo cuando (a) el juez tiene un motivo oculto para tomar una decisión; y (b) la decisión parte de una correcta "línea de base". La decisión "activista" depende de qué tan lejos se desvíe de esta línea de base»[18] (Kmiec, 2004: 1476). Esta definición es criticada porque si se concibe así, el activismo judicial no es siempre fácil de detectar, porque «rara vez hay pruebas irrefutables de un motivo ulterior, y puede ser extremadamente difícil establecer un punto de referencia no controvertido para evaluar qué tan lejos de la decisión "correcta" se ha desviado el juez supuestamente activista» *(ibid.)*. Además, tal como se observó anteriormente, aunque en un principio la mayoría de la doctrina esté de acuerdo en afirmar que una decisión de la Corte Suprema es incorrecta, con el tiempo la concepción mayoritaria puede cambiar y empezar a considerar esa misma decisión como correcta. De esta manera, si se acepta esta concepción de activismo judicial, se tiene que aceptar que una misma decisión puede llevar a catalogar como activista a una Corte o a un Tribunal en una época, aunque en un momento posterior no lo sea más.

En sexto lugar, se define el activismo judicial como decisión impopular. Así, se consideran como activismo judicial las actuaciones de los tribunales que tienen como consecuencias «efectos indeseables» (Green, 2009: 1218) para algunas de las partes o para la población en general[19]. La presente definición es criticada porque no aporta nada a la comprensión de la noción de activismo judicial, puesto que es evidente que las decisiones judiciales que tienen como finalidad la resolución de conflictos entre varias partes siempre van a favorecer los intereses de una de ellas, desconociendo las pretensiones de la otra. Además, en cuanto a la afectación de los intereses de la población en general, es evidente que en las sociedades actuales en donde existe una enorme variedad de intereses representados y no representados, se van a presentar fallos con los cuales una parte de la población estará en desacuerdo, teniendo en cuenta si la decisión es consonante con sus concepciones ideológicas, políticas, económicas o sociales. De esta manera, se observa que el activismo judicial

[18] Este motivo oculto puede ser la práctica de algunos tribunales que «utilizan la interpretación para ajustar la ley a sus decisiones, y no al revés» (Mangas Campos, 2015).

[19] Estos efectos indeseables pueden presentarse, por ejemplo, cuando las jurisdicciones convalidan «normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales» (Maraniello, 2012: 130).

«está ligado a la práctica de juzgar, por lo tanto, la noción debe estar vinculada no solo a los resultados, sino también a los métodos judiciales apropiados» (Green, 2009: 1218) o incluso a los motivos de las decisiones.

En último lugar, el activismo judicial se entiende como abuso de poder. Así, se define «como el abuso de poder no supervisado que se ejerce fuera de los límites del rol judicial» (Green, 2009: 1222). La presente concepción se funda en la idea de que «la discrecionalidad judicial implica algo más que la libertad de decidir lo que uno quiera. Tal discrecionalidad implica la responsabilidad de decidir usando el buen juicio apropiado para las circunstancias del caso» (Green, 2009: 1224). Entre los autores norteamericanos que afirman esta concepción destaca Ronald Dworkin, quien afirmaba que el juez activista ignora «el texto de la constitución, la historia de su promulgación, las decisiones previas de la Corte Suprema que lo interpretan y las antiguas tradiciones de nuestra cultura política […] para imponer a las otras ramas del gobierno su propia visión de lo que exige la justicia» (1989: 378). En Iberoamérica esta concepción es retenida por José Francisco García y Sergio Verdugo, cuando afirma que el activismo judicial consiste en las «sentencias que no parecen someterse lo suficiente a la Constitución y las normas jurídicas dictadas por las autoridades electas democráticamente y, en algunos casos, contrariando derechamente su voluntad» (2013: 24). Asimismo, Manuel Atienza (2019), que considera que «un juez activista es el que decide una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el Derecho».

Esta última definición tiene como punto problemático la gran dificultad que se presenta en el momento de tener que identificar las normas culturales que no están codificadas y que deben limitar los comportamientos de los tribunales, toda vez que este reconocimiento demanda un gran consenso social, político y jurídico, que en principio es difícil de formar y que está continuamente evolucionando. Además, muchas de las concepciones que forman la cultura actual sobre el rol de los jueces fueron adoptadas a partir de una decisión judicial revolucionaría. De esta manera, por ejemplo, en los Estados Unidos, la competencia que actualmente es aceptada por la mayoría de la doctrina norteamericana que permite a la Corte Suprema abstenerse de aplicar una ley del Congreso en el caso de que sea contraria a la Constitución, no fue establecida dentro del texto constitucional original, sino que fue introducida en el orden jurídico por la famosa decisión *Marbury v. Madison* de 1803. Si bien el autoreconocimiento de esta competencia judicial pudo haberse considerado como una actuación que claramente desbordaba las atribuciones de dicha instancia judicial, la mencionada competencia fue introducida y aceptada a través del tiempo por la cultura jurídica del país, al punto de que hoy en día dicho comportamiento es una de las bases de todo el sistema jurídico

norteamericano y del mundo occidental en general. Así, aunque una decisión puede inicialmente no ser parte de la cultura judicial, con el tiempo puede ser absorbida por la misma cultura en otro contexto.

2. LA CONSOLIDACIÓN JURISDICCIONAL DE UNA DEFINICIÓN DE ACTIVISMO JUDICIAL

Las fuertes críticas presentadas en contra de las anteriores definiciones conducirían a pensar que el activismo judicial es un término que no le aporta nada a la ciencia del derecho, puesto que no permite identificar las características precisas que tienen ciertas decisiones judiciales que se salen de las competencias ordinarias de los jueces: «[…] el activismo judicial, por sí solo significa poco o nada porque el término ha adquirido muchos significados distintos e incluso contradictorios. Aunque, cuando se lo explica cuidadosamente, el término puede ser un punto de partida para una conversación significativa sobre la función judicial y una oportunidad para hacer preguntas subsidiarias que van más allá de lo superficial» (Kmiec, 2004: 1477). Es así como existe una definición de activismo judicial propuesta en las mismas sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos que parece resistir a todas las críticas y que permite identificar inmediata y precisamente las razones y la manera en que las altas jurisdicciones pueden sobrepasar sus competencias ordinarias. Esta concepción, que puede ser retenida en los países iberoamericanos, se construyó a partir de la conceptualización hecha por el juez Brandeis del deber de moderación que tienen ordinariamente los jueces *(judicial self-restraint)* al momento de controlar la constitucionalidad de las leyes.

En efecto, el juez Brandeis, en su opinión individual de la sentencia de la Corte Suprema *Ashwander v. T.V.A.* (1936, 297 US 346-348), afirmó que existen siete principios que «gobiernan habitualmente la política jurisprudencial de la Corte cuando ejerce su poder de controlar la constitucionalidad de las leyes» (Zoller, 2010: 243). Estos son:

> 1) La Corte no se pronunciará sobre la constitucionalidad de una ley si no hay necesidad de resolver un litigio entre individuos que sea real, serio y de vital importancia. La Corte no debe declararse competente de decidir litigios inventados entre amigos, que no opongan a dos partes que sean verdaderos adversarios […]. 2). La Corte no deberá tomar decisiones anticipadas sobre una cuestión de derecho constitucional antes de que sea necesario decidirla. [… Así, la Corte] no decidirá habitualmente una cuestión de naturaleza constitucional a menos que sea absolutamente necesario para resolver el litigio […]. 3). La Corte no formulará una regla de derecho constitucional con un alcance más largo de lo necesario. [… La regla debe ser adaptada] a los hechos precisos del litigio al cual debe aplicarse […]. 4). La Corte no se pronunciará sobre una cuestión de derecho constitucional, aunque

> esta sea real, si existe otra base jurídica que permita resolver el litigio. De esta manera, cuando un litigio puede ser decidido basándose en un argumento de derecho constitucional o en una interpretación de la ley o en una construcción de derecho general, la Corte debe pronunciarse refiriéndose solamente al segundo argumento [...]. 5). La Corte no se pronunciará sobre la constitucionalidad de una ley si la parte que cuestiona su constitucionalidad no demuestra que está siendo perjudicada por su aplicación [...]. 6). La Corte no se pronunciará sobre la constitucionalidad de una ley que ha beneficiado a la parte que la cuestiona [...]. 7). Cuando sea cuestionada la validez constitucional de una ley del Congreso, es un principio cardinal que la Corte debe, aunque la inconstitucionalidad sea manifiesta, analizar primero si no existe una forma de interpretar honestamente la ley de manera que el análisis de la constitucionalidad pueda ser evitado (Zoller, 2010: 243-244).

Estos principios dieron origen a otro conocido como el «principio de presunción de constitucionalidad de las leyes» (*ibid.*: 244). Este principio fue inicialmente afirmado en la Sentencia *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp*. (1937, 301 US 1), según la cual «el principio cardinal de la interpretación de las leyes es el de salvar y no de destruir. [... De esta manera, cuando existen] dos posibles interpretaciones de la ley, una que la volvería inconstitucional y otra que validaría su conformidad a la constitución, el deber de los jueces es el de adoptar la interpretación que salva *(save)* la ley». El principio de presunción de constitucionalidad «se ubica entre dos reglas que se deducen de él, pero que se distinguen entre ellas: 1) la regla de la evitación *(avoidance)*, y 2) la regla de la separabilidad de la disposición inconstitucional» *(ibid.)*. Según la primera de estas reglas, el juez debe hacer todo para evitar tener que pronunciarse sobre la cuestión constitucional que le piden que resuelva. Por esto, cada vez que se pueda satisfacer las pretensiones del demandante sin tener que abordar la cuestión constitucional, el juez debe escoger esta vía y quedarse en el terreno legislativo interpretando la ley acusada de inconstitucionalidad «de manera que encuentre una forma de satisfacer el daño causado, [...] aunque la solución encontrada no satisfaga todos los deseos del demandante y sea solo una solución alternativa a su demanda principal» *(ibid.)*. Según la segunda regla, en el caso de que el juez no pueda evitar pronunciarse y deba resolver la conformidad de la ley a la Constitución, «especialmente cuando la inconstitucionalidad sea manifiesta, el juez solo debe anular la disposición afectada, separándola de la ley y dejando intacta el resto de la misma en los casos en los cuales la disposición sea separable» *(ibid.)*.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en el ejercicio ordinario de su competencia de controlar la constitucionalidad de la ley, respeta estos siete principios y actúa de manera moderada o prudente. Pero, tal como observó la misma Corte Suprema en la sentencia *United States v. Carolene products co.* (1938, 304 US 144), existe un grupo de casos en los cuales los jueces no

pueden aplicar el principio de presunción de constitucionalidad. En el tercer párrafo de la nota 4 de esta sentencia, explica el juez Harlan Stone que hay casos en los cuales la presunción de constitucionalidad debe siempre ceder, «porque la ley examinada atenta en contra de los derechos de una minoría que no tiene medios de defensa; de una minoría […] que no tiene alguna oportunidad de llegar un día al poder para modificar las leyes que los oprimen, porque son una minoría separada e insular» (Zoller, 2010: 269). Estas minorías demandan una atención particular de la parte de los jueces «porque al estar separados sus miembros unos de otros desde un punto de vista territorial (están alejados y viven frecuentemente en guetos), y al ser de carácter insular (porque viven solos y separados de la mayoría a la cual nunca se van a anexar), ellas no esperen nada de las elecciones que pierden siempre» (*ibid.*: 270). Si pierden siempre las elecciones es porque no son lo suficientemente numerosas en su respectiva circunscripción como para esperar ganarla y porque su situación geográfica insular hace que no sean capaces nunca de formar una mayoría. En otras palabras, las minorías separadas e insulares no tienen posibilidad de llegar al poder. De ahí la idea resaltada por la Corte Suprema de que «toda ley que limite los derechos de estas minorías, particularmente sus derechos políticos, deben ser examinadas minuciosamente, sin que se haga simplemente un control aparente, porque solamente los jueces pueden hacer algo para ayudar a estas minorías» *(ibid.)*.

Sin embargo, las ideas propuestas por el juez Harlan Stone solo llegaron a su madurez en los años 1950 y 1960. Fueron sus ideas «las que justificaron las grandes decisiones de la Corte Warren sobre los derechos del hombre, el derecho a la igualdad racial en la enseñanza pública y en los sitios públicos, que fueron luego reforzadas por las leyes del Congreso sobre la igualdad en el trabajo, en el derecho al voto, las cuales todas de una manera general fueron provechosas para las minorías separadas e insulares que eran principalmente las comunidades negras en los Estados Unidos» *(ibid.)*. En este sentido, la sentencia *United States v. Carolene products co.* fijó en los Estados Unidos las primeras bases y justificación de lo que se llamaría después, aunque con tono crítico, el activismo judicial.

Muchos años después, en su libro *Democracy and distrust*, John H. Ely (1980) retomó los principales elementos de las ideas del juez Harlan Stone para defender la política jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema bajo la presidencia del juez Warren y «elaborar la teoría del modelo de la representación que demanda de los jueces intervenir y mostrarse activos para defender los derechos de aquellos que no son o que son mal representados en los procesos políticos» (Zoller, 2010: 270). Estas ideas fueron ya expuestas en Iberoamérica, en donde se afirma que cuando una ley afecta a un grupo vulnerable que «padece desigualdades de hecho que le impiden actuar con

plenitud en los diversos sectores de la vida social y política, hay razones para sospechar que la mayoría parlamentaria no ha sopesado con igualdad sus intereses. El juez constitucional debe entonces aplicar el criterio de la razonabilidad con mayor severidad, imponiendo un test más estricto» (Víctor Ferreres, 2012: 227).

Con el paso de los años, en Estados Unidos esta concepción no solo fue reafirmada, sino que fue reforzada, al punto que hoy en día ciertas leyes son declaradas inmediatamente sospechosas y sometidas a lo que podría considerarse como un control máximo. Es el caso «de las "leyes que restringen los derechos civiles de un solo grupo racial", como fue el caso de las leyes que decidieron internar a los norteamericanos de descendencia japonesa durante la segunda guerra mundial y que la Corte decidió someter "al control más severo" (*most rigid scrutin*)»[20] (Zoller, 2010: 246-247).

De esta manera, se observa que el concepto de activismo judicial puede definirse precisamente si se opone a la noción de moderación. Así, las Cortes o tribunales constitucionales deben adoptar ordinariamente decisiones moderadas en las cuales se presume la constitucionalidad de las leyes y se evita, tanto como sea posible, declarar la contrariedad de la ley a la Constitución. No obstante, en ciertos casos estas jurisdicciones tienen que adoptar decisiones activistas, en las cuales realizan un control más minucioso, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las minorías que se ven afectados por las leyes adoptadas por las mayorías. Esta definición aporta una comprensión mucho más precisa del activismo judicial puesto que permite identificar las circunstancias y la manera en que se deben dictar las decisiones judiciales y los efectos que estas deben producir en la realidad para que una sentencia pueda ser tenida como activista. De esta forma, no es necesario evidenciar si una Corte o Tribunal Constitucional realizó interpretaciones que se salen de las concepciones aceptadas por la mayoría de la doctrina, si desconoció su propio precedente o si anuló una ley que no era claramente prohibida por la Constitución. Por el contrario, es necesario evidenciar si el control minucioso de constitucionalidad se realizó con la finalidad de proteger las minorías vulnerables y que la anulación y la interpretación extensa de la Constitución estaban fundadas en la protección de los derechos fundamentales de estos mismos grupos sociales.

Sin embargo, esta definición no es totalmente precisa en los Estados en donde los tribunales o Cortes constitucionales no hayan definido unos criterios similares que rijan sus actuaciones, puesto que no podría de esta manera separarse tan claramente las sentencias moderadas de las sentencias activistas.

---

[20] Veéase *Korematsu v. United States* (1945, 323 US 214).

En los Estados en donde el Tribunal Constitucional ordinariamente haga un control de constitucionalidad minucioso de la mayoría de las leyes que examina, las decisiones activistas no podrían identificarse por la amplitud del control, sino solamente por la finalidad perseguida, cual es la protección de los derechos fundamentales de las minorías separadas e insulares.

No obstante, en los Estados iberoamericanos esta definición puede adoptarse, aunque con algunas adaptaciones, porque por las grandes desigualdades sociales que existen en estos Estados y por las falencias de sus democracias, los derechos de las mayorías no son en todos los casos protegidos y defendidos a través de los mecanismos políticos ordinarios. En estos Estados, aunque los órganos de representación popular se formen al igual que en los Estados Unidos por el voto de las mayorías, las leyes que estos órganos adoptan no favorecen en muchos casos a las mayorías que los eligieron, sino a las minorías más acaudaladas y poderosas[21]. En tales contextos no se puede esperar que los tribunales constitucionales se limiten a hacer controles de constitucionalidad minuciosos solo en los casos en los cuales se vulneren los derechos fundamentales de las minorías separadas e insulares, sino que deben proteger a otros grupos minoritarios o vulnerables.

Es así como en los Estados iberoamericanos algunos autores han adoptado definiciones de activismo judicial que se acercan a esta concepción. De esta forma, por ejemplo, en España, Timm Hidalgo ha afirmado que el activismo judicial se presenta cuando «la autoridad judicial trata con especial consideración las pretensiones de la parte integradas por victimas de exclusión social, que se traducen en violaciones a los derechos humanos, sean estos civiles y políticos o derechos sociales, puesto que puede traducirse en un reconocimiento de derechos que tradicionalmente la judicatura ha desconocido» (2011: 103).

Aunque, por otra parte, en países como Colombia, la Corte Constitucional, adoptando la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos, analiza la conformidad de la ley a la Constitución a través de un control con tres niveles de intensidad: i) por regla general se aplica un control débil o flexible, en el cual el estudio se limita a determinar si la medida adoptada por el legislador es potencialmente adecuada o idónea para alcanzar un fin que no se encuentra prohibido por la Constitución; ii) el juicio intermedio se aplica a escenarios en los que la autoridad ha adoptado medidas de diferenciación positiva (acciones afirmativas). En este análisis el examen consiste en determinar que el sacrificio de parte de la población resulte proporcional al beneficio

[21] «La caracterización de un determinado grupo como un grupo vulnerable que merece esta protección judicial más intensa debe ser sensible no solo a las circunstancias específicas de cada país, sino también al paso del tiempo» (Ferreres, 2012: 234).

esperado por la medida frente al grupo que se pretende promover; iii) por último, el examen estricto se efectúa cuando el legislador, al establecer un trato discriminatorio, parte de categorías sospechosas, como la raza, la orientación sexual o la filiación política. En tal caso, el legislador debe perseguir un fin imperioso, y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrlo (Sentencia C-520 de 2016)[22].

Este comportamiento activista de la Corte constitucional colombiana se acerca a ideas ya expuestas, como que «los grupos más desaventajados por el pluralismo en el futuro no serán los mismos que aquellos que fueran excluidos dentro del viejo régimen. Son las víctimas de la discriminación sexual o de la pobreza, en vez de las minorías raciales o religiosas, las que de manera creciente conformarán los grupos con las mayores reivindicaciones respecto de la preocupación expresada en *Carolene* por la imparcialidad *(fairness)* del proceso pluralista» (Arckeman, 2009: 129).

IV. CONCLUSIÓN

No obstante el gran número de definiciones de activismo judicial expuestas, existe una definición propuesta en los Estados Unidos que resiste a todas las posibles críticas y permite identificar con bastante precisión los casos en los cuales las Cortes o tribunales constitucionales adoptan decisiones activistas. Aunque esta definición es precisa y objetiva, debe ser correctamente adaptada a los Estados iberoamericanos, debido a las particularidades propias de desigualdad social, de problemas en la distribución de la riqueza y del mal funcionamiento de los mecanismos democráticos, tan variables en los diferentes países iberoamericanos.

Si se acepta esta noción, se tiene un concepto claro de lo que es el activismo judicial. Sin embargo, la doctrina iberoamericana debe seguir estudiando la noción para adaptarla precisamente a las realidades políticas, económicas y sociales de cada uno de estos Estados, puesto que por las particularidades propias de Iberoamérica no se puede esperar que los tribunales constitucionales

[22] El control o test estricto de razonabilidad es aplicado por la Corte constitucional (Sentencia C-520 de 2016): «1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa […]; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental […]; o 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio».

actúen de la misma manera como lo hace la Corte Suprema en los Estados Unidos. Y si las sociedades esperan algo más de los jueces, la noción de activismo judicial va a ser necesariamente diferente, porque el significado de esta noción depende de la manera ordinaria como los jueces ejercen sus competencias.

De esta forma, se observa, por ejemplo, que la Corte constitucional colombiana adoptó la política jurisprudencial propuesta por la Corte Suprema norteamericana que reclama una protección especial de las minorías insulares y discretas. Sin embargo, para el juez constitucional colombiano su deber de protección no se limita a las minorías que comparten estas precisas características. La Corte constitucional protege también otros grupos sociales vulnerables, los cuales, siendo en su mayor parte invisibles y dispersos, también requieren de la protección especial del juez constitucional, puesto que tienen muy pocas posibilidades de hacer cambiar las políticas públicas por la escasa representación que pueden obtener en el Congreso.

Bibliografía

Aguilar, G. (2015). Equidad, inclusión social y democracia en contra del activismo judicial. *Estudios Constitucionales*, 13 (1), 373-396. Disponible en: https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000100011.

Arckeman, B. (2009). Más allá de Carolene Products. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, 125-156.

Atienza, M. (2019). Siete tesis sobre el activismo judicial. *Ámbito jurídico*. Disponible en: https://bit.ly/3ak1e1i.

Azuero Quijano, A. y Albarracín Caballero, M. (2009). *Activismo judicial y derechos de los LGTB en Colombia*. Bogotá: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos.

Betancur Hincapié, G. (2014). Activismo de la Corte Constitucional colombiana. Argumentos que lo justifican. *Nuevo derecho*, 10 (14), 9-20.

Brondel, S. *et al.* (2008). *Gouvernement des juges et démocratie : séminaire international.* Paris: Publication de la Sorbonne.

Celador Angón, O. (2008). El matrimonio entre personas del mismo sexo en el estado de California, o de cómo el activismo judicial puede suplantar el papel del legislador: análisis comparativo con el modelo matrimonial español. *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, 8, 8-52.

Clark, W. (1914). Some myths of the law. *Michigan Law Review*, 13 (1), 26-32. Disponible en: https://doi.org/10.2307/1274368.

Cohen-Tanugi, L. (1985). *Le droit dans l'État*. Paris: Presses Universitaires de France.

Cross, F. y Lindquist, S. (2007). The scientific study of judicial activism. *Minnesota Law Review*, 91, 1752-1748.

Díaz Vásquez, R. (2015). El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia. *Justicia Juris*, 11 (2), 50-57. Disponible en: http://dx.doi.org/10.15665/rj.v11i2.763.

Dworkin, R. (1989). *Law´s Empire*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.

Easterbrook, F. (2002). Do liberals and conservatives differ in judicial activism? *University of Colorado Law Review*, 73, 1401-1416.

Ely, J. H. (1980). *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press.

Favoreu, L. *et al.* (2013). *Les Grands arrêts du Conseil constitutionnel*. Paris: Dalloz.

Fernández-Viagas Bartolomé, P. (1998). Activismo judicial, medios de comunicación y estado de derecho. *Revista de las Cortes Generales*, 43, 55-85. Disponible en: https://doi.org/10.33426/rcg/1998/48/251.

Ferreres, V. (2012). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Gálvez Bautista, J. (2009). Activismo Judicial. *Law Observatory*. Disponible en: https://lawobservatory.wordpress.com/2009/05/21/activismo-judicial/#_ftn14.

García, J. y Verdugo, S. (2013). *Activismo judicial en chile ¿hacia el gobierno de los jueces?* Santiago, Chile: Libertad y Desarrollo.

Graglia, L. (1996). It's not constitutionalism, It's judicial activism. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 19, 293-300.

Green, C. (2009). An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, 58 (5), 1195-1266. Disponible en: http://dx.doi.org/https://doi.org/10.15779/Z38X71D.

Hinojosa Martínez, L. (2003). La acción de oro en Derecho comunitario: activismo judicial versus intervencionismo estatal. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 228, 11-31.

Jones, G. (2002). Proper Judicial Activism. *Regent University Law Review*, 14, 141-179.

Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Kmiec, K. (2004). The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, 92 (5), 1442-1478. Disponible en: https://doi.org/10.2307/3481421.

Lambert, E. (2010). *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*. Madrid: Tecnos.

Lawson G. (1994). The Constitutional Case Against Precedent. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 17, 23-33.

Lima Quintas, F. (2014). El juez como última instancia de la administración pública. El impacto del activismo judicial brasileño en la ordenación del derecho y en la función administrativa. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 18, 329-344.

López Daza, G. (2005). *La justicia Constitucional Colombiana: Un gobierno de los jueces*. Neiva: Editorial Universidad Surcolombiana. Disponible en: https://doi.org/10.25054/16576799.563.

López Guerra, L. (1999). Modelos de gobierno de los jueces, Parlamento y Constitución. *Anuario de las Cortes de Castilla La Mancha*, 1, 11-32.

Lucas Murillo, P. (1995). El gobierno del poder judicial: los modelos y el caso español. *Revista de las Cortes Generales*, 35, 167-239. Disponible en: https://doi.org/10.33426/rcg/1995/35/703.

Mangas Campos, A. (2015). La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. *Diario La Ley*, 8672.

Maraniello, P. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Pensar en derecho*, 1, 121-165. Disponible en: https://doi.org/10.32399/rtla.7.32.25.

Marín Castán, M. (2016). Activismo judicial y paradigma neoconstitucional. *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, 6, 111-132.

McWhinney, E. (1955). The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making. *Minnesota Law Review Foundation*, 39, 837-852.

Melero de la Torre, M. (2014). La interpretación constructiva en el constitucionalismo Commonwealth: ¿activismo o vandalismo judicial? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 5, 27-49.

Méndez González, F. (2017). Origen de la crisis hipotecaria y activismo judicial. *Tribuna plural: la revista científica*, 14, 305-333.

Molina, C. (2007). El Gobierno de Excepción. En C. Molina (dir.). ¿La Corte Constitucional, garante de seguridad jurídica y de orden público? (pp. 37-78). Medellín: Universidad de Medellín.

Molina, C. (2010a). El impacto de la Justicia Constitucional en Colombia, En C. Molina (dir.). *Corte Constitucional y reforma a la Justicia* (pp. 63-91). Medellín: Universidad de Medellín.

Molina, C. (2010b). Corte Constitucional, Autoridad económica. En C. Molina (dir.). *Corte Constitucional y Economía* (pp. 15-44). Medellín: Universidad de Medellín.

Molina, C. (2010c). Corte Constitucional y Administración comunitaria. En C. Molina (dir.). *Corte Constitucional y Estado Comunitario* (pp. 169-208). Medellín: Universidad de Medellín.

Molina, C. (2010d). Reflexiones acerca del activismo judicial en materia de derechos sociales en Colombia: el caso del Derecho a la salud. *Revista Elementos de Juicio. Temas Constitucionales*, 13, 91-113.

Molina, C. (2011). La Protección de los derechos sociales en Colombia: entre revolución y activismo judicial. En *Divergencias Constitucionales* (pp. 17-65). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Corporación Pensamiento Siglo XXI.

Molina Navarrete, C. (2013). «Rara avis»: «activismo judicial» y «primacía de la persona» sobre el «ajuste presupuestario» de la Seguridad Social. Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 358, 5-52.

Morelli, S. (1997). *La Corte Constitucional, ¿un legislador complementario?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Muller Bitencourt, C. y Gorczevski, C. (2016). La función y la legitimidad del poder judicial en el constitucionalismo democrático brasileño: ¿un activismo necesario? *Estudios Constitucionales*, 14 (2), 207-230. Disponible en: https://doi.org/10.4067/S0718-52002016000200007.

Palacios, D. (1991). El gobierno de los jueces en la Constitución española de 1978. *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, 120, 9-31.

Racimo, F. (2015). El activismo judicial, sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional. *Revista jurídica*, 2, 101-181.

Reinert, J. (2004). The myth of judicial activism. *Vermont Bar Journal,* 29, 35-38.

Roosevelt III, K. (2006). *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. London: Yale University Press.

Saffon, M. y García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), 5-107.

Sánchez, J. (2001). Del gobierno de los jueces al poder judicial: el tránsito del modelo jurisprudencial del «ius commune» al poder judicial del constitucionalismo. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 18, 51-82.

Schlesinger, A. (1947). The Supreme Court: 1947. *Fortune*, 35 (1), 73-79, 201-202, 204, 206, 211-212.

Taylor Jr., S. (2000). The Tipping Point. *National Journal*, 10, 1811-1818.

Timm Hidalgo, A. (2011). *Activismo judicial progresista, dos propuestas contemporáneas: el uso alternativo del derecho y el activismo dialógico* [tesis de máster]. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: https://bit.ly/34ZdnHR.

Uprimny, R. y Rodríguez, A. (2006). *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Vercher Noguera, A. (2017). Activismo judicial: del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Tribunal Penal Internacional en materia de medio ambiente. *Emporio do Direito*. Disponible en: https://bit.ly/3bmBO4m.

Zoller, E. (2001). *Le droit des Etats-Unis*. Paris: Presses Universitaires de France.

Zoller, E. (2010). *Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*. Paris: Dalloz.

¿PUEDE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA POTENCIAR AL ACTIVISMO JUDICIAL?[1]

Can the expansion of right of access to justice increment judicial activism?

LUCIANO D. LAISE[2]
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
lucianolaise@conicet.gov.ar

Cómo citar/Citation
Laise, L. D. (2020).
¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(1), 147-173.
doi: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc24.05

Resumen

El derecho al acceso a la justicia es una precondición básica para la operatividad del resto de los derechos fundamentales. Sin embargo, no pocas veces ese derecho

[1] Este artículo se inserta en el proyecto de investigación «Límites y evolución en la interpretación de los derechos fundamentales: un abordaje a partir del derecho al acceso a la justicia en la provincia de La Rioja» (PICT-2019-00088), acreditado por la Agencia Nacional de Ciencia y Tecnología de la Nación (Argentina). También se recibió apoyo del proyecto «La política con toga: un estudio del activismo judicial» (DER-60-2019), acreditado y financiado por la Universidad de La Sabana (Colombia). El autor de este trabajo agradece a Fabio Pulido, Pablo Rivas, Sergio Morales, Sergio Ceveriche, Juan B. Etcheverry y Juan Cianciardo por la discusión de algunas ideas que han modelado a la estructura de este trabajo.

[2] Investigador asistente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), lugar de trabajo: Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas, Universidad Nacional de Chilecito, 9 de Julio N.° 22, Chilecito, La Rioja, Argentina. ORCID N.°: https://orcid.org/0000-000.3-4249-5948.

ha sido interpretado de una manera tal que ha implicado la expansión de prácticas judiciales activistas. Frente a ello, el examen de la influencia de la interpretación del derecho al acceso a la justicia sobre el activismo judicial que acometerá este trabajo requiere, en primer lugar, esclarecer el sentido de ambos conceptos. Posteriormente se formularán las bases de una interpretación razonable que concilie la concreción del acceso a la justicia con la efectiva vigencia de los bienes o valores comprometidos o en riesgo ante prácticas judiciales activistas; es decir, la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos.

Palabras claves

Separación de poderes; pesos y contrapesos; atribuciones constitucionales; examen de razonabilidad; contenido esencial de los derechos fundamentales.

Abstract

The right of access to justice is a structural precondition for actual enforcement of other basic rights. However, many times, that right actually had been interpreted in order to expand of judicial activism. Before that, an evaluation on the influence of interpretation of the right of access to justice entails to elucidate the meaning of both concepts. This article, indeed, will aim firstly at that goal. After that, I will propose the grounds for a reasonable interpretation that will harmonize the instantiation of access to justice with an actual effectiveness of constitutional goods or values compromised – or at risk – through activist judicial practices; that is, separation of powers and the system of check and balances.

Keywords

Separation of powers; check and balances; constitutional attributions; reasonableness test; essential content of basic rights.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL SIGNIFICADO DEL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA: LA CONCILIACIÓN DE LA DIMENSIÓN FORMAL Y MATERIAL. III. EL SIGNIFICADO DEL ACTIVISMO JUDICIAL: UN CONCEPTO NO DEPENDIENTE DEL CONTENIDO MORAL DE LOS DERECHOS INVOLUCRADOS. IV. ¿ES EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA UN ACELERADOR DEL ACTIVISMO JUDICIAL? V. BASES PARA UNA INTERPRETACIÓN RAZONABLE DEL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA: 1. Subjuicio de adecuación o idoneidad. 2. Subjuicio de necesidad. 3. Subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto. 4. Subjuicio de aseguramiento del contenido esencial de los derechos involucrados. VI. CONCLUSIONES. *Referencias bibliográficas. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho al acceso a la justicia hace referencia a la posibilidad efectiva que disponen las personas para emplear mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos que sean formal y materialmente útiles para la tutela de sus derechos (Errandonea y Martin, 2015). Sin embargo, no se ha de reducir este derecho a la mera facultad jurídica de hacer uso de los órganos de justicia para reclamar otros derechos o resolver conflictos.

Al fin y al cabo, como plantea Lorenzetti, el derecho al acceso a la justicia supone la apertura de canales que desembocan en la solución de un conflicto, lo cual no necesariamente conlleva la intervención de instancias judiciales (Lorenzetti, 2008: 70; Cappelletti, 1993: 287-288). Tampoco aquí se pretende afirmar que el derecho al acceso a la justicia es el único o el mejor remedio a las injusticias sociales. Con todo, los mecanismos extrajudiciales que posibiliten la concreción de los derechos, junto con un mejor y más igualitario acceso al servicio de justicia, son cuestiones que repercuten sensiblemente en la mejora de la calidad de la justicia que impera en una comunidad (Casal Hernández, 2005: 46).

Ahora bien, en este trabajo se explorará el vínculo entre la interpretación amplia del derecho al acceso a la justicia y el activismo judicial. Porque la experiencia comparada parece sugerir que existe un vínculo estrecho entre un amplio o robusto acceso a la justicia y el florecimiento del activismo judicial

(Holland, 1991: 9). En efecto, tal como lo plantea Holland, pareciera que una de las condiciones estructurales que potencia el activismo judicial es un amplio acceso al servicio de justicia (1991: 7).

Situados en este contexto de ideas, en las próximas páginas se defenderá la afirmación de que la ampliación o, mejor dicho, una interpretación extensiva del derecho al acceso a la justicia podría ser capaz de potenciar al activismo judicial, salvo que se procure conciliar la interpretación de tal derecho con valores centrales para la consolidación de un gobierno constitucional de corte democrático. Cabe aclarar que el estudio que se acometerá estará circunscrito a un sistema constitucional de control mixto[3]. Más específicamente, las consideraciones de este trabajo se referirán centralmente al sistema colombiano, ya que la relevancia de ese caso es tal que representa uno de los ejemplos paradigmáticos de activismo judicial a nivel mundial (Lizarazo-Rodríguez, 2011: 161).

El objetivo de esta investigación apunta a garantizar la vigencia del derecho al acceso a la justicia y, a la vez, una división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, dos de los pilares básicos para el equilibrio armónico de las ramas del gobierno en una democracia constitucional. Porque el acceso a la justicia se ha de garantizar no para debilitar, sino para fortalecer un gobierno basado en la constitución. El activismo judicial, en efecto, podría excusarse contingentemente; es decir, siempre y cuando ello resulte imprescindible para el mantenimiento de un gobierno constitucional. De esta manera podríamos identificar un criterio para reconocer prácticas judiciales activistas que podrían ser aceptables de aquellas que no lo serían.

El presente artículo se estructurará con una primera parte en la cual: i) se reconstruirá el alcance y el significado del derecho al acceso a la justicia, ii) luego se establecerá el significado de activismo judicial y iii) se examinará cómo el citado derecho incide sobre la potenciación o incrementos de prácticas judiciales activistas. En cuarto lugar, iv) se propondrá la práctica de un examen de razonabilidad que incorpore un cuarto paso: el aseguramiento del contenido esencial de los bienes y derechos constitucionales involucrados. Finalmente, v) se sintetizarán los principales resultados que arroje este trabajo en un apartado de conclusiones.

---

[3] Un sistema de control de constitucionalidad mixto combina un control concentrado en cabeza de la Corte o Tribunal Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra clase de disposición jurídica por ser contraria a la Constitución (Corte Constitucional de Colombia, 2011a, y Brewer-Carias, 1995: 9).

II. EL SIGNIFICADO DEL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA: LA CONCILIACIÓN DE LA DIMENSIÓN FORMAL Y MATERIAL

El significado del derecho al acceso a la justicia es un problema persistente porque, como señala Rhode, una de las cuestiones centrales que suscita tal derecho consiste en que se adolece de una falta de claridad sobre lo que significa «acceso a la justicia» (Rhode, 2001: 1787). ¿Se refiere acaso este derecho a cuestiones meramente procedimentales como, por ejemplo, un acceso a asistencia letrada y a procesos capaces de resolver un caso? ¿Este derecho al acceso a la justicia comprende también el derecho a una resolución justa de una disputa jurídica o social? (Rhode, 2013: 532; Rhode, 2001: 1786-1787).

La noción de derecho al acceso a la justicia que se reconstruirá en este trabajo permitirá articular esos sentidos formales y materiales, tal como parece ser la tendencia en la doctrina contemporánea a nivel global (Rhode, 2008: 872; Grossman y Sarat, 1981: 125; Hasle, 2003: 101)[4]. Más aún, estamos frente a un derecho que se refiere a la posibilidad efectiva de las personas de acudir a mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos que sean tanto formal como materialmente útiles para la tutela de sus derechos (Sarrabayrouse Oliveira, 2015: 151). Se trata de un derecho que resulta tanto más relevante cuanto más se complejizan las normas e instituciones del sistema jurídico (Rhode, 2004: 375); pero, sobre todo, cuando los cambios sociales se canalizan a través de instituciones y procedimientos establecidos en tal sistema jurídico.

Así, el acceso a la justicia supone diversos aspectos, tales como la posibilidad —formal y material— de presentar acciones ante órganos jurisdiccionales, la capacidad —de las partes y de las instituciones involucradas— de impulsar el proceso hasta su finalización; y de la aptitud de este para brindar, en un tiempo útil, una decisión que conlleve la solución efectiva al conflicto bajo discusión y que, en tal caso, se asegure el ejercicio o goce de los derechos afectados y/o la reparación de la vulneración de ellos. Asimismo, tal solución efectiva también incluye todo aquello relativo a la ejecución o implementación de la decisión adoptada (Errandonea y Martin, 2015: 347). Con todo, es preciso remarcar que en el propósito del derecho al acceso a la justicia no se ve involucrado tan solo la protección de los derechos de cada ciudadano,

[4] Con todo, el sentido material del concepto de justicia que implica la noción de acceso a la justicia es una cuestión intensamente debatida (Cappelletti, Garth y Trocker, 1982: 666-667).

sino que la sociedad en su conjunto se ve afectada, de un modo u otro, por la eficacia de este derecho (Evans, 1997: 45)[5].

Ahora bien, ¿cuál es el relieve constitucional del derecho al acceso a la justicia? Pues se trata de uno de los pilares centrales del Estado constitucional de derecho (Nettel Díaz, 2017: 278). Porque el derecho al acceso a la justicia se orienta directamente hacia la concreción de un sistema jurídico que asegure una eficaz, confiable y transparente aplicación de las disposiciones jurídicas a la luz de la Constitución (Fein, 2017: 278).

En efecto, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «[...] en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987: párr. 35). De hecho, el acceso a la justicia no es tanto una consigna como una prescripción dirigida a lograr una interacción significativa entre los ciudadanos y el sistema jurídico, lo que resulta ser una pieza esencial para una democracia constitucional saludable (Grossman y Sarat, 1981: 126).

La dimensión formal del derecho al acceso a la justicia —p. e., posibilidad de petición, prueba y alegato ante un tribunal competente, independiente e imparcial— se articula con su dimensión material —posibilidad de obtener una sentencia justa—, para así constituir «un precioso instrumento para la protección del ser humano y la defensa ante la acción o la omisión del Estado que vulneren o pretendan vulnerar cualquiera de los derechos reconocidos consagrados en la Convención Americana» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003: párr. 9).

No se trata, pues, de asegurar un mero acceso formal a instancias jurisdiccionales, sino que estamos frente a un derecho a obtener una sentencia justa que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006: voto de Cancado Trinidade, párrs. 51-52; Cappelletti y Garth, 1978: 182). Porque el aspecto formal del acceso a la justicia no es sino un instrumento para alcanzar una serie de resultados sustantivos (Cappelletti, Garth y Trocker, 1982: 666).

Aún más, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el derecho al acceso a la justicia es uno de los elementos imprescindibles para un proceso de inclusión social (Comision Interamericana de Derechos Humanos, 2017: párr. 46). Esto no implica defender que el derecho al acceso a la justicia sea capaz de remediar las graves desigualdades

[5] Rhode plantea que un apropiado nivel de acceso a la justicia debería ser una prioridad social (2004: 376).

socioeconómicas que se advierten en la región, porque tales procesos de inclusión social no parecen referirse principalmente a soluciones estructurales para erradicar la pobreza que pudieran canalizarse por medio de la implementación del derecho al acceso a la justicia.

La finalidad socialmente inclusiva del derecho al acceso a justicia, en efecto, designa a las posibilidades fácticas y jurídicas en virtud de las cuales se concreta un eficaz acceso a las instituciones que resultan capaces de garantizar —con cierta efectividad— los derechos de las personas[6]. Porque el reconocimiento de derechos fundamentales sería fútil si no se establecieran mecanismos que posibiliten su exigibilidad (Cappelletti y Garth, 1978: 185). Dicho de otra manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho al acceso a la justicia es una condición necesaria, pero no suficiente, para remediar situaciones de desigualdad social y económica.

Así, el derecho al acceso a la justicia funciona como un «derecho bisagra» en cuanto permite efectivizar a los distintos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, abriendo el camino para reclamar su cumplimiento y asegurar la igualdad y la no discriminación (Ramos, 2015: 60). Un punto de referencia sobre el significado de este derecho se puede detectar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la cual ha desarrollado una profusa elaboración jurisprudencial sobre el alcance y sentido de tal derecho.

El citado tribunal, en efecto, se ha afanado por argumentar que el derecho al acceso a la justicia es una precondición básica para la operatividad del resto de los derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, 2011b; 1996). Más aún, la Corte Constitucional colombiana ha ratificado tal línea jurisprudencial mediante una sentencia en la que determinó que el derecho a la administración de justicia es un requerimiento insoslayable para que tenga lugar la reparación integral de las víctimas del conflicto armado en ese país (2018). En resumen, el significado del derecho al acceso a la justicia no tiene un contenido meramente formal o procedimental.

Lo dicho anteriormente se debe, en primer lugar, a que el proceso no es una institución jurídica que se pueda compartimentalizar. Las técnicas e instituciones procesales sirven a determinadas funciones sociales (Cappelletti y Garth, 1978: 185). En efecto, cada medio procesal que instituye el sistema jurídico, incluso aquellos que canalizan que las disputas se resuelvan fuera del sistema judicial, impacta sobre el tejido social y político. De hecho, la creciente extensión del listado de derechos fundamentales reconocidos parece impulsar

6 En efecto, se ha planteado que: «Under the rubric of inclusion, discussions focus on access to (and relative success with) economic, social, and political institutions» (Oxoby, 2009: 1135-1136).

un movimiento orientado a garantizar el acceso a la justicia para con ello materializar tales derechos (Cappelletti y Garth, 1981: xvii.).

La ampliación del elenco de derechos reconocidos quedaría en la instauración de un catálogo de buenas intenciones si no fuera porque esos derechos van acompañados de un crecimiento paralelo del derecho al acceso a la justicia. No es casual, pues, que la Corte Constitucional de Colombia, ampliamente reconocida por su profusa doctrina judicial en favor de una amplia justiciabilidad de los derechos sociales (King, 2012: 84)[7], haya también desarrollado extensamente el alcance del derecho al acceso a la justicia.

No obstante, si el nivel de acceso a la justicia impacta directamente sobre el entramado de relaciones sociales y sobre el sistema político, cabría preguntarse si la interpretación del derecho al acceso a la justicia robustece prácticas interpretativas de corte activista. Más específicamente, ¿la expansión del derecho al acceso a la justicia puede funcionar como un acelerador del activismo judicial tendiente a tornar efectivos a los demás derechos fundamentales? La respuesta a tal interrogante, por supuesto, dependerá del concepto de activismo judicial del que se parta. Vayamos por partes.

III. EL SIGNIFICADO DEL ACTIVISMO JUDICIAL: UN CONCEPTO NO DEPENDIENTE DEL CONTENIDO MORAL DE LOS DERECHOS INVOLUCRADOS

El concepto de activismo judicial presenta no pocas dificultades al momento de su caracterización. Sin embargo, resulta imposible enfrentar el reto de discutir méritos o defectos del activismo judicial sin antes ofrecer una definición de este (Anand, 2006: 87; Canon, 1982: 237; Atienza, 2019: 39). La noción más amplia de activismo judicial refiere a la intervención de un tribunal orientada a invalidar una norma de carácter general debidamente promulgada, pero sobre la base de las propias consideraciones morales del juez o tribunal (Jones, 2001: 143; Kmiec, 2004: 1463; Sowell, 1989: 2). Esto naturalmente ha sido objetado porque implicaría que el Poder Judicial invade las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo o al Poder Legislativo (Swygert, 1982: 439).

De esta manera, puesto que el activismo judicial conlleva discutir los límites de la rama judicial para cuestionar las acciones de los otros poderes,

[7] De hecho, algunos autores han sostenido que la Corte Constitucional de Colombia se ha ocupado de prescribir el cumplimiento material de los derechos sociales como una de sus máximas prioridades (Cepeda Espinosa y Landau, 2017: 147).

estamos frente a un término que supone una crítica política (Campbell, 2001: 311)[8]. Y, como se sabe, todos los términos que emplea la crítica política son fluidos y controvertidos. Es por ello, como bien advierte Kmiec, que resulta sencillo advertir que se utiliza el mismo término para designar conceptos sustancialmente distintos (2004: 1443).

Por ello, como bien advierte Atienza, en el contexto español calificar a un juez como «activista» supone una crítica peyorativa al trabajo judicial (2019). Y, por el contrario, en sistemas constitucionales tales como el colombiano el mote de activista más bien tiene una connotación encomiable (Cepeda-Espinoza, 2011: 1700). En tal contexto se estaría frente a una calificación positiva porque el juez activista sería quien se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción: la defensa de los derechos fundamentales de las personas (Atienza, 2019: 36).

Ahora bien, si el activismo judicial supone un exceso en el control jurisdiccional de la actividad de los otros poderes del gobierno, ¿qué criterio nos permitiría distinguir entre un legítimo ejercicio del control judicial de constitucionalidad y una práctica judicial «activista»? Pues, como diría Graglia, el activismo se presenta cuando se invalida una decisión de los poderes políticos que no está claramente prohibida por el texto constitucional (1996: 296).

Lo dicho anteriormente nos revela una robusta conexión entre activismo judicial y la noción de competencia[9]. Más en concreto, el activismo judicial presupone un concepto de competencia que implica que todo ejercicio de atribuciones por parte de los poderes políticos que no está expresamente prohibido resulta permitido. Por ende, lo que no está prohibido que decidan los poderes políticos resultaría ajeno a la autoridad de los jueces.

El punto de luz de una caracterización del activismo judicial que refiere a un control del poder judicial sobre los excesos en el ejercicio de las competencias de los otros poderes es que saca del centro de gravedad a la evaluación moral o política de los resultados interpretativos de las decisiones judiciales (Feoli Villalobos, 2015: 184). Cabe aclarar que no es infrecuente caracterizar al activismo judicial como una suerte de concepción moral o política de tintes progresistas que emplea a las disposiciones constitucionales como un medio para materializar a las aspiraciones de la llamada «justicia social» (Swygert, 1982: 439).

---

8 No falta quien propone, en efecto, erradicar el uso del concepto de activismo judicial como adjetivo descalificativo para toda decisión judicial con la que se disiente (Cohn y Kremnitzer, 2005: 334).

9 En un sentido similar, Castaño Peña (2013: 126).

De hecho, la atribución del mote de «activista» suele ser empleada como una crítica a los compromisos de moralidad política que asumen jueces o tribunales que se oponen a los que adoptan quienes se autodenominan como conservadores (Brown, 1986: 157; Perry, 1984: 69; Smith, 2015: 22). No obstante, también el activismo judicial es susceptible de ser caracterizado desde las coordenadas ideológicas opuestas. El giro conservador de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, en efecto, revela que se pasó de un activismo judicial de corte liberal a uno que favorecía una agenda política de raíz conservadora (Cohn y Kremnitzer, 2005: 334; McFarland, 1998: 17) [10].

Frente a las anteriores dificultades, un concepto de activismo judicial que implica un control en el ejercicio de las competencias de los otros poderes parece escapar de la problemática caracterización del activismo en función de ideologías políticas o concepciones morales. No obstante, tal como plantea Kmiec, una conceptualización como la anteriormente descrita se apoya sobre una noción homogénea o uniforme sobre lo que está prohibido por el texto constitucional y, sobre todo, del rol que le cabe al tribunal supremo o corte constitucional (2004: 1465). Ahora bien, ¿las atribuciones de competencias que fueron conferidas a cada uno de los tres poderes del gobierno se enuncian solamente a través de reglas «claras y distintas», como diría Descartes[11]?

Las críticas al activismo judicial, en efecto, no niegan que las disposiciones y normas constitucionales se expresan frecuentemente por un lenguaje indeterminado. Lo que tales críticas sostienen, en cambio, es que la indeterminación del derecho no precisa siempre de ser resuelta mediante una decisión judicial (Goldsworthy, 2017: 249). De esta manera, el activismo judicial supone que el juez o tribunal ha tomado una decisión que se excede de las atribuciones que le ha conferido el sistema jurídico, porque precisamente no era imprescindible que él la tomara. Se asume, pues, que la atribución de competencias no puede derivarse completamente de una concepción internalista que dependa de los jueces constitucionales. Dicho de otra manera, se desvirtúa la separación de poderes si la asignación de competencias no se apoya en criterios externos a quien interpreta la extensión de tales atribuciones.

---

[10] Kirby sostiene que el caso estadounidense revela paradigmáticamente cómo el activismo judicial no está asociado de modo necesario con una particular agenda ideológica (1997: 1226).

[11] Descartes se refiere a la confiabilidad de las percepciones como fuente de conocimiento cuando habla de ideas 'claras y distintas'. Naturalmente en el presente trabajo se utiliza la expresión 'reglas claras y distintas' en un sentido metafórico que alude a la antedicha noción cartesiana (1644: puntos 45 y 46).

Por ende, el problema que plantea el activismo no es tanto cuando el juez resuelve casos por medio de sus convicciones morales y/o políticas al momento de interpretar disposiciones normativas vagas. Lo que se objeta es cuando lo hace mediante una suerte de «lectura moral» de atribuciones que con suficiente claridad han sido atribuidas a otras ramas del gobierno[12]. En otras palabras, el asunto se complica cuando las normas de competencia se las interpreta cual si fueran principios indeterminados que expresan una determinada concepción de moralidad política. Por tanto, lo que está en juego con el activismo judicial no es ni más ni menos que la caracterización adecuada del rol del poder judicial (Perry, 1984: 71; Young, 2002: 1141).

Así, una práctica judicial activista resultaría problemática en tanto afecte a dos de los pilares básicos de la democracia constitucional: la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos. En efecto, Jones, un acérrimo crítico del activismo judicial, reconoce que este podría tolerarse —o, mejor dicho, excusarse— de modo excepcional, pero siempre sobre la base de que se emplee para preservar la estructura fundamental del gobierno constitucional; esto es, la separación de poderes, los frenos y contrapesos, el federalismo, el bicameralismo, la independencia judicial y el control de constitucionalidad (2001: 141-142).

De esta manera, el activismo judicial solo se podría excusar contingente y excepcionalmente, caso por caso, siempre y cuando funcione como una suerte de última *ratio* para la defensa de la democracia constitucional. Porque, en definitiva, el activismo judicial resulta cuestionable tan pronto desvirtúa la función de control que el sistema jurídico le asigna al juez o tribunal que ejerce el control de constitucionalidad. Por tanto, solo se podría admitir la posibilidad de una práctica activista si se tratase de ejercer un acto de control que resulte imprescindible para salvaguardar al gobierno constitucional[13].

Sin embargo, cabe aclarar que el punto de mantener la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos no se apoya en la defensa acrítica de un dogma

---

[12] De hecho, una caracterización similar del activismo judicial se advierte en la obra de Green, quien sostiene que el activismo judicial debería ser definido como un abuso de un poder no controlado que se ejerce por fuera de los límites de la función judicial (2009: 1222).

[13] Se asume aquí que los órganos de gobierno de una democracia constitucional realizan dos funciones distintas, pero interrelacionadas: i) la función gubernamental, que está a cargo del Poder Ejecutivo y de la mayoría legislativa, la cual consiste en el trazado de la política global y de todo lo necesario para implementarla y ii) la función de control, que está cargo del Poder Judicial y la minoría legislativa, que se dirige a limitar el poder en favor de los valores y principios condicionantes de la actividad estatal (Santiago, 1999: 84).

del derecho constitucional. De hecho, algunos autores afirman que el amanecer del activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia, probablemente la corte más activista del todo el mundo (Landau, 2010: 321), se explicaría en virtud de un débil y frágil desarrollo de sus instituciones políticas (Landau, 2010: 321-322; Morales, 2012: 62-63). En otras palabras, el caso colombiano habilitaría una respuesta comprometida de la Corte Constitucional para adoptar decisiones que, en principio, corresponderían a los poderes políticos[14].

Frente a ello cabría señalar que la función judicial no debería excederse de su ámbito de competencias porque eso podría disminuir el nivel de participación política de los ciudadanos y disminuir su sentido de responsabilidad moral al momento de controlar a los poderes políticos (Thayer, 1893: 151). De esta manera, el remedio a la ineficacia y apatía de los poderes políticos devendría en soluciones institucionales que podrían ser eficaces, pero a costa de disminuir los niveles de participación política de los ciudadanos. Por ende, el activismo judicial resultaría en una debilitación del involucramiento de la sociedad civil en los asuntos públicos, pero ello podría llegar a estar excusado, en algunos pocos casos, como si fuera una especie de «mal menor» imprescindible para mantener el gobierno constitucional a flote.

En resumen, el problema de activismo judicial consiste en que plantea una redefinición de la función institucional que el sistema jurídico le ha atribuido a los jueces. Esto llegaría al punto en que los jueces serían capaces de reformular el alcance de sus propias atribuciones o competencias, incluso cuando estas han sido clara y expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico. Así, el activismo judicial resultaría en una reconfiguración de la misión o rol del poder judicial, lo que incluso habilitaría la invasión de competencias o atribuciones de los otros poderes del Estado. Frente a tales dificultades, en el siguiente apartado se examinará el reto de asegurar el derecho al acceso a la justicia, pero sin apelar a prácticas judiciales activistas no excusables.

IV. ¿ES EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA UN ACELERADOR DEL ACTIVISMO JUDICIAL?

Si el activismo judicial potencia un desequilibrio entre los poderes del gobierno; esto es, si una práctica interpretativa de corte activista, como regla

[14] Se ha planteado que el reparto de atribuciones del constitucionalismo colombiano ha conllevado una excesiva concentración de atribuciones en el Poder Ejecutivo Nacional y, a la vez, un Poder Legislativo muy ineficaz, teñido por prácticas clientelares muy arraigadas (Cepeda Espinosa y Landau, 2017: 18).

general, desvirtúa la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, cabría preguntarse si la interpretación del derecho al acceso a la justicia acentúa o contiene el problema del activismo judicial. O, más específicamente, ¿en qué sentido el derecho al acceso a la justicia puede funcionar como un remedio y no como un acelerador de los problemas que plantea el activismo judicial?

El derecho al acceso a la justicia, como se ha visto en el segundo apartado de este trabajo, contiene tanto una dimensión formal como material; es decir, este derecho refiere a la posibilidad efectiva de las personas de acudir a mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos que sean formal y materialmente útiles para la tutela de sus derechos; todo esto para arribar una decisión pública materialmente justa que solucione la vulneración de uno o más derechos (Sarrabayrouse Oliveira, 2015: 151).

Ahora bien, el derecho al acceso a la justicia también puede funcionar como un elemento tendiente a asegurar que un grupo de personas se involucren o participen en los asuntos públicos en una democracia constitucional (Abramovich, 2007: 10). De esta manera, uno de los propósitos mismos del citado derecho consiste en el impulso y reaseguro de instancias procesales dirigidas a sostener los nervios centrales de un gobierno democrático y constitucional.

El punto que se pretende subrayar es que el acceso a la justicia, como regla general, se ha de limitar a solicitar la intervención de los tribunales o cortes constitucionales en el marco de sus competencias expresa o tácitamente conferidas. Esto reintroduce el desafío de identificar o reconocer qué atribuciones han sido otorgadas de modo implícito. Si bien esto último se ha de interpretar de un modo restrictivo, se podría inferir o derivar competencias no expresamente atribuidas al poder judicial, a través de un examen de razonabilidad, tal como se desarrollará en el próximo apartado.

En cualquier caso, el reconocimiento de los límites de las atribuciones al poder judicial se dificulta cada vez más porque se va generalizando la ineficacia de los tribunales supremos o cortes constitucionales para funcionar como foro para el tratamiento de problemas políticos y sociales (Jackson, 2016: 2360). Aún más, la creciente relevancia que a nivel mundial va cobrando el principio de proporcionalidad en la doctrina y prácticas interpretativas supone una intervención cada vez más intensa de los tribunales constitucionales en el sistema político (Jackson, 2015: 3096; Jackson, 2016: 2360).

De hecho, si las soluciones a las tensiones entre derechos fundamentales se apoyan en una justificación racional, y si esto apela cada vez más al principio de proporcionalidad, especialmente a través de la aplicación de la famosa «ponderación», entonces se puede apreciar una creciente intervención de las cortes constitucionales en el sistema institucional (Benvindo, 2014: 71).

Porque lo que está en juego en la mentada ponderación supondría el esfuerzo judicial de evaluar una decisión pública en función del grado de importancia o intensidad de la interferencia en los derechos de las personas y su consiguiente afectación al bien común.

Ante el problema reseñado anteriormente, este trabajo plantea que las atribuciones o competencias implícitas conferidas tienen un alcance limitado. En concreto, se mantendrá que solo cabría derivar aquellas competencias que resultan imprescindibles para asegurar la democracia constitucional. En efecto, el acceso a la justicia debe ser tan amplio como lo que resulte necesario para asegurar los derechos fundamentales de las personas, pero todo ello sin llegar a romper con un esquema de separación de poderes, independencia judicial, y el sistema de pesos y contrapesos.

En efecto, tales elementos de la democracia constitucional suponen una división de poderes en la que las tres ramas del poder se articulan mediante funciones diferenciadas, pero todas ellas destinadas a la consecución de unos mismos y altos fines del Estado (Corte Constitucional de Colombia, 2004). La división de poderes, pues, no es un fin en sí mismo, sino un medio o instrumento dirigido a concretar una colaboración armónica de los tres poderes para alcanzar el bien común político.

Entonces, frente a la pregunta inicial del presente trabajo, la respuesta es que el acceso a la justicia es un factor que aumenta el activismo judicial, en la medida en que tal derecho se interprete extensivamente al punto de implicar que el poder judicial —en general— y los tribunales supremos o corte constitucionales —en particular— se excedan o invadan las funciones o atribuciones de las otras ramas del poder estatal.

La interpretación extensiva del acceso a la justicia, pues, resulta ser un medio cuasi imprescindible del que se ha de servir una práctica judicial activista inexcusable. Sin embargo, lo último se agrava cada vez más porque es una tendencia bastante generalizada que los tribunales supremos o cortes constitucionales pretendan funcionar cada vez más como el foro en que se dirimen los grandes problemas políticos y sociales de cada comunidad, a pesar de sus reiteradas fallas para cumplir tan alta misión (Benvindo, 2014: 81).

La adjudicación del derecho al acceso a la justicia, en efecto, supone un inevitable compromiso político en tanto no puede escapar de una discusión pública sobre lo que constituye el mejor bien de la comunidad a la luz de las disposiciones constitucionales que imperan en una determinada comunidad política (Goldford, 1990: 276). Ahora bien, una de las partes más relevantes de esas limitaciones a la deliberación política, que imponen tales disposiciones normativas, se advierte en el reparto de atribuciones y competencias que organiza la Constitución. Por ello resulta preciso limitar a la decisión judicial dentro

de su ámbito de competencias para evitar que la interpretación del derecho al acceso a la justicia desemboque en prácticas judiciales de corte activista.

Situados en este contexto de ideas, se ha de enfrentar el desafío que supone identificar las bases de una interpretación razonable del citado derecho. Con todo, esto no debe confundirse con una mera aplicación del principio de proporcionalidad, sino un test más amplio que evalúe la razonabilidad de la decisión judicial que verse sobre tal derecho. Lo cual ha de incluir el aseguramiento de los derechos fundamentales y/o bienes constitucionales bajo tensión. Sobre estas cuestiones versará el siguiente apartado de este trabajo.

V. BASES PARA UNA INTERPRETACIÓN RAZONABLE DEL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA

La aplicación del principio de proporcionalidad sería una herramienta insuficiente para evitar que el derecho al acceso a la justicia incentive el desarrollo de prácticas judiciales activistas. En cambio, en este trabajo se propondrá una interpretación razonable del derecho al acceso a la justicia que podría funcionar como un reaseguro que aspira a superar las debilidades del citado principio de proporcionalidad.

Así, la realización de un examen de razonabilidad en buena medida se asemeja metodológicamente al test de proporcionalidad, pero incorpora un elemento adicional: el aseguramiento del contenido mínimo o esencial de los derechos y bienes iusfundamentales involucrados. Se trata de un instrumento que posibilita que los operadores jurídicos —principalmente los jueces— sean capaces de determinar si la pretensión de reclamar el derecho al acceso de justicia, en un supuesto de hecho concreto, implica el ejercicio razonable de un derecho fundamental o si, por el contrario, estamos frente a una pretensión irrazonable y antisocial (Didier, 2015: 259) que conllevaría una práctica judicial activista no justificada.

Siguiendo este hilo de ideas, la aplicación de la máxima o test de razonabilidad al derecho al acceso a justicia se desarrollará bajo la forma de tres subjuicios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que son aplicados con diversidad de alcance e intensidad, según la naturaleza de los derechos fundamentales afectados y los bienes públicos en juego. Como es sabido, estos tres subjuicios están íntimamente concatenados y solo es posible avanzar hacia el segundo paso si se ha superado el primero y, por ende, solo se ha de proseguir hacia el tercer paso si los dos primeros han sido exitosamente franqueados. Con todo, siguiendo la línea trazada por autores como Toller (2014) y Cianciardo (1999), tal como se ha indicado

anteriormente, en el presente trabajo se adicionará un cuarto paso o subjuicio tendiente a examinar el nivel de afectación del contenido mínimo de los derechos involucrados.

1. SUBJUICIO DE ADECUACIÓN O IDONEIDAD

Este paso o subjuicio implica una concepción de la razonabilidad práctica que hace referencia a los fines de las disposiciones normativas. De esta manera, una práctica interpretativa será razonable, *prima facie,* si la alternativa escogida por el intérprete resulta ser el medio más apto; esto es, si se ha seleccionado el camino más eficaz y eficiente para alcanzar una determinada finalidad (Cianciardo, 2014: 26). Esto supone que el intérprete resulta capaz de especificar la finalidad de una norma jurídica y los medios que el legislador o constituyente dispusieron para alcanzar tal fin. Es preciso remarcar que tales fines deben ser legítimos y socialmente relevantes (Didier, 2015: 259). Luego, el intérprete ha de constatar si los medios disponibles son capaces de realizar tal finalidad (Cianciardo, 2010: 179; Clérico, 2015: 76).

Lo dicho anteriormente, si se aplica al derecho al acceso a la justicia, implica dilucidar cuál es el fin que persigue la norma que prescribe el deber de garantizar el acceso a la justicia y, además, si tal finalidad es constitucionalmente admisible y socialmente relevante (Didier, 2015: 259). En efecto, el subjuicio de idoneidad conlleva un subexamen dirigido a determinar si el acceso a la justicia que se reclama está orientado a concretar un bien público o a operativizar el cumplimiento de un derecho fundamental. De esta manera, el subexamen de idoneidad supone analizar si una determinada norma resulta apta para realizar un fin constitucionalmente legítimo o, por lo menos, admisible.

Pongamos un caso real para ilustrar mejor este punto. En 2003 la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que el derecho a la justicia es un instrumento que sirve al fin de proteger al ser humano frente a las acciones u omisiones de los estados que vulneren o pretendan vulnerar cualquiera de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003: párr. 9).

Ahora bien, cabría preguntarse, ¿es preciso asegurar la vigencia del derecho al acceso a la justicia para dotar de herramientas procesales que permitan a los justiciables poder reclamar ante violaciones o serias amenazas a la vigencia material de sus derechos fundamentales? La respuesta parece ser que la operatividad del acceso a la justicia es una precondición básica para la operatividad del resto de los derechos fundamentales, tal como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (1996; 2011b).

2. SUBJUICIO DE NECESIDAD

La aplicación del subjuicio de necesidad exige determinar si la restricción de uno de los derechos o bienes involucrados pudo haber sido evitada; esto es, si podría haberse alcanzado el mismo estado de cosas que se procura, pero a través de medios menos restrictivos de los derechos en cuestión (Clérico, 2015: 76). En lo que respecta al derecho al acceso a la justicia cabría plantearse si este supone una restricción a uno de los bienes centrales de una democracia constitucional: la división de poderes. De esta manera, este paso supone evaluar la aceptabilidad de una restricción de la división o separación de poderes a la luz de un examen de los medios alternativos. Con otras palabras, se ha de analizar si la justificación a la limitación del bien afectado es excesiva; es decir, si podría evitarse o, al menos, desplegar en la menor medida posible (Clérico, 2015: 82).

En efecto, como bien señala Clérico, el subexamen de necesidad trata sobre un análisis de la relación empírica entre la medida estatal y el bien o derecho limitado (*ibid.*). A diferencia de lo que ocurre con el subjuicio de idoneidad, aquí se lleva a cabo una constatación de tipo empírica; es decir, se compara la medida escogida —o a adoptar— con otras alternativas efectivamente disponibles. En concreto, el subexamen de necesidad puede presentarse bajo alguna de las siguientes maneras:

a) *Comparación de los medios alternativos:* los diversos medios a disposición del intérprete se comparan con el resultado interpretativo que se haya adoptado en relación con el fomento de un fin constitucional legítimo. En el caso del derecho al acceso a la justicia esto nos llevaría a plantearnos el siguiente interrogante, ¿existe una alternativa disponible que fuera capaz de asegurar el derecho al acceso a la justicia que, a la vez, evita incurrir en una práctica judicial activista? Una respuesta afirmativa a esta pregunta implicaría que no sería imprescindible realizar ninguna clase de activismo judicial para con ello asegurar el derecho al acceso a la justicia.

Esto último, por ejemplo, se advierte cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina resolvió el famoso caso «Kot» (1958). En tal sentencia se expandió el ámbito de protección de los derechos constitucionales a través de la acción de amparo. Más en concreto, en «Kot» se estableció que cabía extender tal acción procesal a las acciones realizadas por particulares y no solamente a los actos de autoridades estatales —tal como disponía la entonces ley de amparo de la República Argentina—.

En el reseñado caso se puede apreciar que la Corte argentina estableció una norma jurídica que regula el alcance de mecanismos de tutela de derechos constitucionales (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 1958: consid. 6-7). La creación de tal norma procesal, en principio, correspondería al

Poder Legislativo. En consecuencia, se podría afirmar que estamos ante una decisión judicial que invadió la esfera de competencia del Poder Legislativo.

No obstante, ¿resultaba imprescindible asegurar la vigencia de los derechos fundamentales a través de una vía procesal que permita reclamar ante la violación de tales derechos por parte de particulares? ¿Existía alguna otra vía procesal idónea para proteger eficazmente frente a violaciones de los derechos fundamentales que evite una afectación a la división de poderes? Si la respuesta fuese negativa, como lo era en la Argentina del año 1958 en que tuvo lugar el citado fallo «Kot», pues entonces podríamos afirmar que resultaba imprescindible asegurar el derecho al acceso a la justicia a través de una práctica judicial activista. Y, por ende, estaríamos frente a un ejemplo de activismo judicial excusable.

b) *Comparación de la intensidad de la afectación del derecho involucrado.* Aquí resulta preciso comparar las medidas alternativas con el grado de restricción de los derechos y bienes involucrados que estas implican (Clérico, 2015: 82-83).

En el caso del derecho al acceso a la justicia esto supone examinar si acaso las alternativas disponibles inevitablemente conllevan algún grado de afectación a la división de poderes. Esto no siempre afectará en la misma medida a los poderes involucrados. En cualquier caso, una práctica interpretativa razonable del derecho al acceso a la justicia conlleva el deber de escoger aquella interpretación de tal derecho que menos restringe a los bienes en cuestión: división de poderes y sistema de pesos y contrapesos. Dicho de otro modo, el intérprete u operador jurídico tiene la carga de argumentar que la restricción escogida es la menos lesiva de los bienes constitucionales involucrados.

3. SUBJUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Una vez que han sido superados los juicios de adecuación y de necesidad, la máxima de razonabilidad exige valorar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida sometida a juzgamiento. Este subjuicio, tal como sostiene casi unánimemente la dogmática de los derechos fundamentales, conlleva establecer si la medida bajo examen guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar (Cianciardo, 2009: 107). Con todo, frente a lo dicho anteriormente, cabría preguntarse qué significa «relación razonable».

Situados en este contexto de ideas, el examen de proporcionalidad en sentido estricto supone dos clases de dificultades de extrema relevancia. En primer lugar, se advierten los problemas que implica la identificación, valoración y comparación de los intereses en juego. En el caso del derecho al acceso a la justicia que nos ocupa en este trabajo, ¿tienen el mismo peso los intereses que defienden una interpretación extensiva del derecho al acceso a la justicia

o «pesa» más la división de poderes como pilar estructural de toda democracia constitucional? Si no se pudiera escapar de tal dilema estaríamos, en rigor, ante una jerarquización implícita de los intereses o pretensiones en pugna (Cianciardo, 2009: 110)[15].

La respuesta dominante a tal interrogante, como afirma Cianciardo, remite a un balance entre ventajas y desventajas del resultado interpretativo que se adopte (2009: 107). Con todo, tal caracterización del examen de proporcionalidad en sentido estricto no está exenta de dificultades. En primer lugar, resulta sumamente complicado determinar en qué consiste una «relación razonable».

Así, la expresión que explica tal concepto mediante un «balance entre costo y beneficios» parece designar que será razonable toda decisión que conlleve un sacrificio justificado en relación con los costos implicados. Por ende, cuanto mayor sea el beneficio que se siga de la decisión, mayor aceptación habría que predicar sobre el grado de restricción tolerable. Dicho de otra manera, esto no significa que solo cuando el activismo resultase excusable sería porque se logra un beneficio, sino que cuando es inexcusable se puede deber también a que hay un cierto beneficio por la decisión, pero no lo suficiente como para contener el mal que produce —afectación a la separación de poderes y sistema de pesos y contrapesos—.

La aludida «relación razonable» conllevaría una decisión que presupondría una escala de valor, en virtud de la cual se le asigna más o menos peso a tal o cual posición. Pero lo más preocupante es que las razones que estructuran tal decisión no resultan explicitadas. Dicho con otras palabras, si se asume que un bien público o derecho fundamental vale más que otro, eso depende necesariamente de la medida que se adopte. El problema radica en que esa medida carece de explicación o justificación normativa alguna que trascienda a los sentimientos del intérprete o a compromisos morales que este adopta, de modo generalmente no explícito, lo que lleva a asumir una jerarquización *ad casum* de tal o cual valor, bien o derecho constitucional (Urbina, 2012: 58).

En segundo lugar, incluso suponiendo que pudiéramos determinar que el fin que se busca alcanzar con un determinado resultado interpretativo es de suma relevancia institucional y, además, que el medio escogido se justificase

[15] Una crítica parecida es la que se ofrece mediante la llamada «objeción de la inconmensurabilidad». Se trata de un cuestionamiento en contra del examen de proporcionalidad al momento de resolver tensiones entre derechos fundamentales. Tal crítica asume que no sería posible efectuar una comparación cuantitativa entre las ventajas y desventajas de los derechos o bienes constitucionales involucrados a través de un criterio que no dependa de meros sentimientos o convenciones sociales, por caso (Urbina, 2017: 39).

en función del peligro que pretende evitar, pues entonces estaríamos desnaturalizando el sentido mismo que animó al examen de razonabilidad (Cianciardo, 2009: 110-111). En efecto, incluso si se concede que pudiéramos afirmar la prevalencia del acceso a la justicia por encima de bienes constitucionales tales como la división de poderes o el sistema de pesos y contrapesos, esto terminaría implicando que este último bien es valioso, pero solo en tanto y en cuanto no se enfrente con el aseguramiento del acceso a la justicia.

Por consiguiente, el examen de proporcionalidad en sentido estricto conllevaría una violación de uno de los derechos fundamentales en cuestión. Más aún, la vigencia material de los derechos fundamentales terminaría estando subordinada a su no afectación a un interés estatal de suma relevancia. Así, el apropiado respeto de los derechos fundamentales descansaría en su no afectación a una «razón de Estado» (Cianciardo, 1999: 50-51). Este esquema de ideas exige incorporar un cuarto paso para superar estas insuficiencias. Con otras palabras, resulta preciso adicionar un elemento que asegure la vigencia de todos y cada uno de los derechos involucrados, en todos y cada uno de los casos posibles.

4. SUBJUICIO DE ASEGURAMIENTO DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS INVOLUCRADOS

El aseguramiento del derecho al acceso a la justicia, para evitar que este derive en un incremento de prácticas judiciales activistas, requiere adicionar la garantía del contenido esencial o mínimo de los derechos fundamentales. De lo contrario, al menos en algunos casos, será posible superar el test de proporcionalidad, pero que estemos frente a una decisión o medida inconstitucional precisamente por afectar el contenido esencial de algún derecho fundamental (Cianciardo, 1999: 50-51). Dicho de otra manera, una decisión proporcionada no necesariamente es constitucional. Ahora bien, ¿en qué consiste tal garantía del contenido esencial? Pues tal contenido refiere a un núcleo inalterable de los derechos fundamentales que de ningún modo podría ser regulado, restringido o limitado (Nogueira Alcalá, 2003: 245).

La garantía del contenido esencial se puede encontrar en el constitucionalismo europeo en el art. 19. 2 de la Ley Fundamental de Bonn (1949), donde se estableció que «en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial». Siguiendo un camino semejante, la Constitución de España recoge esta garantía en su art. 53.1, que prescribe que: «Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades».

En el ámbito latinoamericano, concretamente en el caso argentino, resulta preciso mencionar como antecedente al art. 28 de la Constitución de la Nación Argentina, el cual establece que: «Los principios, garantías y derechos

reconocido en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio». Un punto novedoso para la época en que fue adoptada esa disposición constitucional, como lo remarca Linares, es que esta no parece tener un claro antecedente en la Constitución de los Estados Unidos de América (2002: 160). Se trata, en efecto, de una disposición que tiene su origen en el art. 20 del Proyecto de Alberdi, que prescribe lo siguiente: «Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia» (1852: 219).

Ahora bien, ¿cuáles son los elementos del contenido esencial del derecho al acceso a la justicia? La especificación del contenido esencial de tal derecho ha de formularse concretamente; esto es, en el marco de un caso concreto y particular, mediante una descripción de los siguientes elementos (Toller, 2014: 168):

Fines o fin para el que se reconoce el derecho fundamental en cuestión.

Quién es su titular (sujeto activo).

Quién debe respetar o dar efecto a tal derecho fundamental (sujeto pasivo).

Contenido o descripción de la conducta involucrada por los derechos en juego.

Condiciones bajo las cuales el titular pierde su derecho, incluyendo, si las hubiera, aquellas condiciones que habilitan al titular a renunciar al derecho en cuestión.

Qué libertades y facultades de obrar disfruta el titular que demanda el derecho, incluyendo una especificación de sus fronteras, como es el caso de la determinación de sus deberes, y especialmente el deber de no interferencia y de adecuación con los derechos y libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos.

VI. CONCLUSIONES

El derecho al acceso a la justicia es una precondición básica para la operatividad y exigibilidad del resto de los derechos fundamentales. Se trata, en efecto, del «derecho a los derechos». Porque si no se asegurase el acceso a un mecanismo judicial o extrajudicial que proteja a las personas en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados o seriamente amenazados, pues entonces el reconocimiento de los derechos fundamentales no sería más que un catálogo de buenas intenciones.

Sin embargo, el derecho al acceso a la justicia no pocas veces ha funcionado como la excusa para la expansión del activismo judicial. De esta manera,

el citado derecho ha sido interpretado extensiva o ampliamente para impulsar propósitos políticos o morales más o menos loables, pero que conllevaban la redefinición del esquema de competencias del poder judicial o de la justicia constitucional. Con todo, el activismo judicial no resultaría necesariamente inexcusable. La defensa de valores estructurales o básicos del gobierno constitucionales tales como la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos podría excusar, de modo contingente, prácticas judiciales activistas.

A los fines de conciliar el derecho al acceso a la justicia y una función activa del trabajo judicial —es decir, comprometida con la vigencia material de los derechos fundamentales—, pero que no incurra en una práctica judicial activista, se ha propuesto en este trabajo la práctica del examen de razonabilidad. Tal examen supone la realización de los tradicionales i) subjuicio de adecuación; ii) subjuicio de necesidad; iii) juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Pero, además, se ha defendido la necesidad de un cuarto subjuicio de aseguramiento del contenido mínimo o esencial de los derechos fundamentales involucrados. Este cuarto paso resulta de especial relevancia porque asegurará que la práctica interpretativa no aniquile uno de los derechos o bienes iusfundamentales que se encuentren amenazados o en tensión en el caso concreto.

Siendo más específico, la incorporación del aseguramiento del contenido esencial o mínimo de los derechos o bienes iusfundamentales al examen de razonabilidad subraya que el activismo judicial pone en tensión a principios básicos de una democracia constitucional como, por ejemplo, la división de poderes. De esta manera, solo una práctica judicial activista podría estar excusada si esta resultase imprescindible para mantener tales pilares estructurales de la democracia constitucional.

En síntesis, una concepción activa, mas no activista, de la función judicial ha de articular una noción robusta del derecho al acceso a la justicia con un respeto del contenido mínimo de la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos. Así se podrá asegurar tanto los pilares de la democracia constitucional como el acceso a la justicia y, por añadidura, la vigencia material de los derechos fundamentales.

Referencias bibliográficas

Jurisprudencia

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia (2017).

Recuperado de: http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/Bolivia07indice.sp.htm

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-268/96 (1996). Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-268-96.htm

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-246/04 (2004). Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-246-04.htm

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-122/11 (2011a). Recuperado de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-122-11.htm#_ftn121

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-799/11 (2011b). Recuperado de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-799-11.htm

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-296/18 (2018). Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-296-18.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87 (1987). Recuperado de: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf?view=1

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso «Maritza Urrutia vs. Guatemala» (2003). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Houssay, Abel F. A. representando a Kot, Samuel S.R.L., denuncia Kot, Juan (1958). Fallos:* 241:291. Recuperado de: https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=habeascorpus

Bibliografía

Abramovich, V. (2007). Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9 (Especial), 9-33. Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/454.

Alberdi, J. B. (1852). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Sopena.

Anand, S. (2006). The Truth about Canadian Judicial Activism. *Constitutional Forum*, *15*(2), 87-98. Disponible en: https://doi.org/10.21991/C9ND5W.

Atienza, M. (2019). Siete tesis sobre activismo judicial. *Grand Place: Pensamiento y Cultura*, Julio, 39-48.

Benvindo, J. Z. (2014). *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Dordrecht: Springer. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-642-11434-2.

Brewer-Carias, A. R. (1995). *Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia & Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: https://bit.ly/2VS8Vqq.

Brown, C. (1986). Judicial Activism. *Ohio Northern University Law Review*, 13(2), 157-164.

Campbell, T. (2001). Judicial Activism - Justice or Treason? *Otago Law Review*, 10(3), 307-326.

Canon, B. C. (1982). Defining the Dimensions of Judicial Activism. *Judicature*, 66(5), 236-247.

Cappelletti, M. (1993). Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. *The Modern Law Review*, 56 (3), 282-296. Disponible en: https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02673.x.

Cappelletti, M. y Garth, B. (1978). Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, 27(2), 181-292.

— (1981). Access to Justice as a Focus of Research. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1, ix-2.

Cappelletti, M., Garth, B. y Trocker, N. (1982). Access to Justice, Variations and Continuity of a World-Wide Movement. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 46(4), 664-707.

Casal Hernández, J. M. (2005). Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia. En J. M. Casal Hernández, C. L. Roche, J. Richter y A. C. Hanson (eds.). *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia* (pp. 11-43). Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.

Castaño Peña, J. A. (2013). Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Derecho del Estado*, 31(2), 119-160. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n31/n31a04.pdf.

Cepeda-Espinoza, M. J. (2011). Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court. *Texas Law Review*, 89(7), 1699-1706.

Cepeda Espinosa, M. J. y Landau, D. (2017). *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*. New York: Oxford University Press.

Cianciardo, J. (1999). Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, 41, 45-56. Disponible en: http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/13887/1/PD_41-2_03.pdf.

— (2009). *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Ábaco.

— (2010). The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights. *Journal of Civil Law Studies*, 3, 177-186. Disponible en: https://bit.ly/2KlwGBw.

— (2014). Argumentación, principios y razonabilidad entre la irracionalidad y la racionalidad. *Díkaion: Revista de Fundamentación Jurídica*, 23(1), 11-36. Disponible en:https://doi.org/10.5294/DIKA.2014.23.1.2.

Clérico, L. (2015). Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación. *Anuario de filosofía del derecho*, 31, 73-99. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5231548.pdf.

Cohn, M. y Kremnitzer, M. (2005). Judicial Activism: A Multidimensional Model. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence: An International Journal*

of Legal Thought, 18(2), 333-356. Disponible en: https://doi.org/10.1017/S0841820900004033.

Descartes, R. (1644). *The Principles of Philosophy*. London: Blackmask.

Didier, M. (2015). El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación. *Díkaion: Revista de Fundamentación Jurídica*, 24(2), 253-281. Disponible en: https://doi.org/http://dx.doi.org/10.5294/DIKA.2015.24.2.3.

Errandonea, J. y Martin, A. (2015). El acceso a la justicia en el sistema interamericano y su impacto en el ámbito interno. En H. Ahrens, F. Rojas Araena y J. C. Sáinz Borgo (eds.). *El acceso a la justicia en América Latina: retos y desafíos* (pp. 347-360). San José, Costa Rica: Universidad para la Paz.

Evans, D. M. (1997). Access to Justice. *Liverpool Law Review*, 19(1), 37-45. Disponible en: https://doi.org/10.1007/BF02810630.

Fein, D. E. (2017). Access to Justice: A Call for Progress. *Western New England Law Review*, 39(2), 211-226. Disponible en: https://bit.ly/2ytc1cm.

Feoli Villalobos, M. (2015). El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 22(2), 173-198. Disponible en: https://doi.org/10.4067/S0718-97532015000200006.

Goldford, D. J. (1990). The Political Character of Constitutional Interpretation. *Polity*, 23(2), 255-281. Disponible en: https://doi.org/10.2307/3235074.

Goldsworthy, J. (2017). Tom Campbell on Judicial Activism. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 42(1), 247-255.

Graglia, L. A. (1996). It's Not Constitutionalism, It's Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 19(2), 293-300.

Green, C. (2009). An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, 58(5), 1195-1264.

Grossman, J. B. y Sarat, A. (1981). Access to Justice and the Limits of Law. *Law & Policy Quarterly*, 3(2), 125-140. Disponible en: https://doi.org/10.1111/j.1467-9930.1981.tb00239.x.

Hasle, L. (2003). Too Poor for Rights? Access to Justice for Poor Women in Bangladesh. *The Bangladesh Development Studies*, 29 (3/4), 99-136. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/40795683.

Holland, K. (1991). Introduction. En K. Holland (ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective* (pp. 1-11). London: Macmillan. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-1-349-11774-1_1.

Jackson, V. C. (2015). Constitutional Law in an Age of Proportionality. *Yale Law Journal*, 124(8), 3094-3197. Disponible en: https://bit.ly/2VOdbXI.

— (2016). Thayer, Holmes, Brandeis: Conceptions of Judicial Review, Factfinding, and Proportionality. *Harvard Law Review*, 130(9), 2348-2396. Disponible en: https://bit.ly/2zjX1Ok.

Jones, G. (2001). Proper Judicial Activism. *Regent University Law Review*, 14(1), 141-180.

King, J. (2012). *Judging Social Rights*. New York: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781139051750.

Kirby, M. D. (1997). Judicial Activism. *Commonwealth Law Bulletin*, 23, 1224-1237. Disponible en: https://doi.org/10.1080/03050718.1997.9986485.

Kmiec, K. D. (2004). The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, 92 (5), 1441-1478. Disponible en: https://doi.org/10.2307/3481421.

Landau, D. (2010). Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. *Harvard International Law Journal*, 51(2), 319-378. Disponible en: https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1566&context=articles.

Linares, J. F. (2002). *Razonabilidad de las leyes: el «debido proceso» como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Astrea.

Lizarazo-Rodríguez, L. (2011). Constitutional Adjudication in Colombia: Avant-garde or Case Law Transplant? A Literature Review. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 145-182. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v13n1/v13n1a06.pdf.

Lorenzetti, R. (2008). Acceso a la justicia de los sectores vulnerables. En *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia, III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públcias* (pp. 61-74). Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29270.pdf.

McFarland, S. T. (1998). The Solution to Judicial Activism. *Christian Legal Society Quarterly*, 19(1), 17-18.

Morales, D. C. (2012). Corte Constitucional y cambios en la política pública de atención a la población desplazada por la violencia: una mirada al activismo judicial desde el enfoque institucional. *Con-Texto: Revista de Derecho y Economia*, 38, 55-86. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3317.

Nettel Díaz, A. L. (2017). Acceso a la verdad y a la justicia: dos derechos humanos complementarios. *Alegatos*, 96, 277-286. Disponible en: http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/download/165/150.

Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de Mexico-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Oxoby, R. (2009). Understanding Social Inclusion, Social Cohesion, and Social Capital. *International Journal of Social Economics*, 36(12), 1133-1152. https://doi.org/10.1108/03068290910996963

Perry, M. J. (1984). Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 7(1), 69-75.

Ramos, M. (2015). Algunas consideraciones teóricas y prácticas sobre el acceso a la justicia. En H. Ahrens, F. R. Aravena y J. C. Sainz Borgo (eds.). *El acceso a la Justicia en América Latina: retos y desafíos* (pp. 57-80). San José, Costa Rica: Universidad para la Paz.

Rhode, D. L. (2001). Access to Justice. *Fordham Law Review*, 69 (5), 1785-1820. Disponible en: https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss5/11.

— (2004). Access to Justice: Connecting Principles to Practice. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 17(3), 369-422.

— (2008). Whatever Happened to Access to Justice. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 42 (4), 869-912. Disponible en: https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol42/iss4/2.

— (2013). Access to Justice: An Agenda for Legal Education and Research. *Journal of Legal Education*, 62(4), 531-550. Disponible en: https://jle.aals.org/home/vol62/iss4/2/.

Santiago, A. (1999). *La Corte Suprema y el control político: función política y posibles modelos institucionales*. Buenos Aires: Ábaco.

Sarrabayrouse Oliveira, M. J. (2015). Desnaturalización de categorías: independencia judicial y acceso a la justicia. Los avatares del proceso de democratización de la justicia en Argentina. *Colombia Internacional*, 84, 139-159. https://doi.org/10.7440/colombiaint84.2015.05.

Smith, S. D. (2015). Judicial Activism and «Reason». En L. Pereira Coutinho *et al.* (eds.). *Judicial Activism: an Interdisciplinary Approach to the American and Europen Experiences* (pp. 21-30). Dordrecht: Springer. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-319-18549-1_3.

Sowell, T. (1989). *Judicial Activism Reconsidered*. Stanford: Hoover Institution.

Swygert, L. M. (1982). In Defense of Judicial Activism. *Valparaiso University Law Review*, 16(3), 439-458. Disponible en: https://scholar.valpo.edu/vulr/vol16/iss3/1.

Thayer, J. B. (1893). The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 7(3), 129-156. Disponible en: https://doi.org/10.2307/1322284.

Toller, F. M. (2014). Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales. En J. C. Rivera (h.), J. S. Elías, L. S. Grosman y S. Legarre (eds.). *Tratado de derechos constitucionales* (pp. 107-199). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Urbina, F. J. (2012). A Critique of Proportionality. *American Journal of Jurisprudence*, 57, 49-80. Disponible en: https://doi.org/10.1093/ajj/57.1.49.

— (2017). *A Critique of Proportionality and Balancing*. New York: Cambridge University Press. Disponible en: https://doi.org/10.1017/9781316796276.

Young, E. A. (2002). Judicial Activism and Conservative Politics. *University of Colorado Law Review*, 73(4), 1139-1216. Disponible en: https://bit.ly/3aoBikX.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

¿RESULTA CONSTITUCIONAL UN SISTEMA DE PLAZOS SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO?[1]

Is abortion on-demand allowed by the Constitution of Chile?

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ[2]
Universidad Austral de Chile
josefernandez@uach.cl

YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO[3]
Universidad Austral de Chile
yzuniga@uach.cl

Cómo citar/Citation
Fernández Cruz, J. Á. y Zúñiga Añazco, Y. (2020).
¿Resulta constitucional un sistema de plazos sin expresión
de causa en el ordenamiento jurídico chileno?
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(1), 177-206.
doi: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.06

Resumen

La cuestión que trata el estudio es si, ante un eventual proyecto legislativo que regule un sistema de despenalización parcial del aborto articulado en plazos sin ex-

[1] El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional», financiado por el Ministerio de Fomento y Competitividad, España (DER 2015-67512).

[2] Profesor de Derecho Penal, Universidad Austral de Chile, Campus Isla Teja s/n, Valdivia, fono: 5663221567. Autor destinatario.

[3] Profesora de Derecho y Género, Universidad Austral de Chile, Campus Isla Teja s/n, Valdivia, fono: 5663221567.

presión de causa, este resulta conforme con la Constitución Política de la República. Nuestra posición sostiene que —a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de agosto de 2017, Rol 3729-17— CPT, relativa a la Ley N° 21.030 de 23 de septiembre de 2017, «que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales», y de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— no se requería una reforma constitucional para incluir este modelo en nuestro derecho positivo.

Palabras clave

Aborto; estatus constitucional del *nasciturus*; derechos sexuales y reproductivos.

Abstract

This study addresses the question whether a legislative draft that legalized abortions performed during the first 14 weeks of pregnancy would be allowed by the Chilean Constitution. Our position, based on the Constitutional Court Sentence, Rol 3729-17-CPT, regarding Act N° 21.030 that legalized abortions on three grounds, and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, maintains that a constitutional amendment would not be necessary in order to legalize abortion in the first 14 weeks of pregnancy.

Keywords

Abortion; legal status of fetus; sexual and reproductive rights.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA NECESIDAD DE DISCUTIR LA INCLUSIÓN DE UN SISTEMA DE PLAZOS SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. III. LA STC SOBRE INDICACIONES ANTE UN DEBATE SOBRE UN MODELO DE PLAZOS: 1. Criterios interpretativos y determinación del conflicto constitucional. 2. El estatuto constitucional «del que estar por nacer». 3. La obligación constitucional de protección penal «del que está por nacer». 4. La constitucionalización de los derechos reproductivos de la mujer. 5. El establecimiento de un plazo en la indicación jurídica. 6. La ponderación entre los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y el *nasciturus* como bien jurídico de «la mayor relevancia». IV. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. V. A MODO DE CONCLUSIÓN. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 28 de agosto de 2017, el Tribunal Constitucional (TC) de Chile resolvió la controversia jurídica en torno a la Ley 21.030 (D.O. 23 de septiembre de 2017), declarando la constitucionalidad de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales: peligro para la vida de la madre, inviabilidad fetal de carácter letal y violación. Este nuevo régimen de indicaciones reemplazó al sistema de prohibición absoluta que regía desde el final de la dictadura militar. Sin embargo, a poco de entrar en vigencia, ya han surgido voces que proponen el establecimiento de un modelo de plazos sin expresión de causa (en lo sucesivo, modelo o sistema de plazos).

Este trabajo no pretende discutir todos los razonamientos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia chilenas, a favor o en contra de la constitucionalidad de una eventual reforma en tal sentido. Su propósito es identificar y analizar una serie de líneas argumentativas, desarrolladas por el TC en la sentencia antes referida (en lo sucesivo, STC sobre indicaciones) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su jurisprudencia reciente, que pueden tener incidencia en tal discusión.

El estudio se articulará en tres apartados. En el primero, expondremos las razones por las que resulta necesario discutir sobre la inclusión de un sistema de plazos en el derecho chileno; en el segundo, profundizaremos en los fundamentos de la STC sobre indicaciones que pueden jugar a favor de la conformidad

de este modelo con la Constitución Política de la República (en adelante CPR), y, en el tercero, evaluaremos la compatibilidad del sistema de plazos con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Como presupuesto de estudio tomaremos el modelo español de interrupción del embarazo que combina un sistema de plazos (14 semanas) sin expresión de causa con uno de indicaciones por razones médicas (terapéutica y embriopática), acompañado de unos mecanismos destinados a asegurar una toma de decisión informada por parte de la mujer[4].

II. LA NECESIDAD DE DISCUTIR LA INCLUSIÓN DE UN SISTEMA DE PLAZOS SIN EXPRESIÓN DE CAUSA

Antes de enumerar algunas de las razones que justifican una discusión sobre la constitucionalidad de un sistema de plazos, debemos clarificar qué modelo o modelos de regulación y despenalización del aborto existen en Chile tras la Ley N° 21.030. Si bien es cierto que, tras la reforma, Chile se encuadra, desde una perspectiva formal, dentro del modelo de exención de la responsabilidad penal ligada a indicaciones que deben probarse por el sistema de salud (Willenmann *et al.*, 2017: 10) (en lo sucesivo, modelo de indicaciones), desde una perspectiva material, estamos ante un modelo de cuasiprohibición simbólico del aborto sin cobertura socio sanitaria, en el que las excepciones de punición no solo se encuentran en las causales establecidas en el Código Sanitario (en lo sucesivo CS), sino también en las comprendidas en el sistema general de causas de justificación o exculpación regulado en el Código Penal (CP).

Dentro de las razones que justifican un debate constitucional y político-criminal sobre una eventual reforma legislativa que regule un sistema de plazos, podemos destacar cuatro. La primera toma como referencia la evolución del derecho comparado sobre la regulación del aborto. La gran mayoría de los sistemas jurídicos que, en la actualidad, contemplan un sistema de plazos adoptaron previamente un sistema de indicaciones. Por otra parte, el sistema de plazos se viene extendiendo progresivamente desde el último tercio del siglo xx y ha ganado aceleradamente terreno en el debate constitucional

[4] LO 2/2010 de 3 de marzo de 2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. No obstante, a fecha de hoy, se encuentra pendiente la resolución por parte del Tribunal Constitucional de un recurso de inconstitucionalidad (núm. 4523-2010), promovido por setenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, salvo una cuestión incidental, en la que se deniega la suspensión de varios preceptos (Auto 90/2010, de 14 de julio de 2010).

en las últimas dos décadas[5]. Si se parte de la base —como aquí se hará— de que el sistema de plazos constituye en la actualidad el mejor modelo político criminal para abordar la problemática del aborto y que goza de una justificación constitucional ampliamente aceptada, entonces habría sido mejor haber discutido, de entrada, dicho sistema en vez de regular un modelo de indicaciones. En efecto, el primero tiene varias ventajas sobre el segundo: evita que un número nada despreciable de mujeres vean limitado sus derechos sexuales y reproductivos; disminuye notablemente el peligro a la salud e integridad física de estas y garantiza una protección incremental de la vida prenatal. El resurgimiento del debate por un sistema de plazos a menos de un año de la entrada en vigor de la Ley Nº 21.030, al alero de las recientes movilizaciones feministas en Chile y con un claro impacto de la discusión legislativa llevada a cabo recientemente en Argentina, corroboran que existe un aumento explosivo de la demanda ciudadana en este sentido[6].

La segunda razón se relaciona con las consecuencias político-criminales de la Ley 21.030. La principal de ellas no reside en el hecho de que, en determinados contextos, el aborto en Chile se encuentre permitido y garantizado por el sistema de salud, sino, más bien, en el mantenimiento del *statu quo* en el tratamiento estatal de las interrupciones voluntarias del embarazo. Es decir, en la pervivencia de un modelo que hemos definido como una cuasiprohibición penal simbólica sin cobertura sanitaria. Si bien esta ley va a permitir que, en ciertos casos, algunas mujeres no se vean sometidas a la amenaza de una pena y las mantendrá a salvo de los riesgos que comporta la realización de un aborto ilegal, los casos de aborto fundamentados en las tres causales de la ley van a ser, estadísticamente hablando, poco relevantes[7], en contraste con el reducido número de mujeres condenadas por este delito[8].

---

5 Véase en América Latina, Bergallo (2016: 291-321) y, en Europa, Laurenzo, (2012: 6).

6 En todo caso, tanto la regulación del aborto como las prácticas sociales asociadas a este no han obedecido en la historia de Chile a un modelo prohibicionista. Véase en extenso y doctrina citada en: Dides *et al.* (2016: 149-155).

7 En Chile, las estimaciones más conocidas oscilan entre 200.000 y 60.000 abortos anuales. En el año 2007 se ha estimado una tasa de 50 abortos inducidos por cada 1.000 mujeres en edad fértil (Dides *et al.*, 2016: 155, n. 22 a 24). El aborto constituye en Chile la tercera causa de mortalidad materna. Ministerio de Salud, *Presentación Programa Nacional Salud de la Mujer*, Temuco, 2014, citado por Dides *et al.* (2016: 157).

8 Entre 2010 a 2014 se han procesado a 182 mujeres y 89 hombres, las condenas ascienden, en el mismo periodo, a 73 y, el año 2015, 12 personas (solo hombres) se encontraban cumpliendo una pena privativa de libertad (Dides *et al.*, 2016: 157-160).

Por otra parte, es claro que la mayoría de las mujeres que quieren abortar lo hacen por razones que nada tienen que ver con las causales reguladas por la Ley 21.030. Algunas lo hacen por problemas económicos, otras por embarazos no deseados, otras porque son muy jóvenes para criar un niño, otras porque prefieren dedicarse a sus estudios o a su carrera profesional y otras, simplemente, porque no quieren continuar con el embarazo[9]. Debido a esta larga y heterogénea lista de factores que inciden en la interrupción voluntaria del embarazo, las grandes opciones político-criminales se bifurcan en dos caminos: instaurar un sistema que afronte de manera efectiva el aborto o continuar con una protección penal simbólica de la vida prenatal unida a una desprotección socio-sanitaria por parte del Estado.

La tercera razón es de tipo consecuencialista. Puede augurarse un fracaso del modelo regulativo actual del aborto en Chile a la hora de disminuir las tasas de aborto, lo que conlleva un compromiso de la función simbólica del derecho penal, debido fundamentalmente a la existencia de un divorcio deliberado entre la representación jurídico-penal vigente y la representación social que trasunta la práctica cotidiana sobre el aborto (Dalbora, 2012: 22).

La cuarta razón que queremos plantear a favor de la discusión sobre la inclusión de un modelo de plazos radica en consideraciones ligadas a la protección de la salud reproductiva de las gestantes. El Estado chileno reconoce el derecho constitucional a la salud sin discriminación por razón de sexo (art. 19 Nº 9 CPR en relación con el art. 19 Nº 2), sin embargo, la salud reproductiva de mujeres, niñas y adolescentes continúa sin ser adecuadamente garantizada. En otras palabras, resulta discutible que Chile cumpla con las exigencias mínimas de protección de los derechos reproductivos de las mujeres en la medida en que, aun bajo el imperio de la Ley 21.030, las mujeres no son consideradas agentes morales autónomos capaces de adoptar decisiones sobre su propio cuerpo y, en definitiva, sobre su propio proyecto de vida. En contraste, los estándares internacionales elaborados por distintos comités supervisores de tratados internacionales (Comité de DDHH, Comité de la CEDAW) sostienen que la afectación de los derechos de las mujeres no solo se produce en los casos de regímenes absolutamente prohibitivos, sino también en el marco de sistemas de indicaciones muy conservadores o ampliamente no observados en la práctica. De suerte que, aunque la aprobación de un sistema de plazos no es, por sí misma, garantía de la protección de los derechos de las mujeres, ofrece mejores posibilidades de eficacia debido a que transforma la autonomía

[9] Un indicador ilustrativo es el descenso sostenido de la tasa de natalidad. En el Censo 2017 la paridad media fue 1,3, mientras que en el Censo 2002 se situó en 1,6 hijos por mujer (Instituto Nacional de Estadística, 2018: 13).

procreativa de las mujeres, de una excepción a una regla general (Zúñiga, 2018: 91-111). A lo anterior debemos añadir, que, si bien los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos consideran como tratos crueles, inhumanos y degradantes los casos de imposición de embarazos en contextos estatales que no contemplan un modelo de indicaciones (Comité de Derecho Humanos, 2011), la práctica sistemática de abortos consentidos sin una adecuada asistencia socio-sanitaria y en condiciones de clandestinidad —como ocurre mayoritariamente en Chile— puede ser entendida también como una forma de trato cruel, inhumano y degradante: «una forma de poder «biopolítica», cuya meta es administrar la salud sexual y reproductiva de las mujeres» (Dides, 2016: 181).

Efectivamente, los complejos problemas que plantea la regulación del aborto desde las perspectivas moral, constitucional, convencional, político-criminal, entre otras, ni mucho menos se han solucionado con la actual reforma.

III. LA STC SOBRE INDICACIONES ANTE UN DEBATE SOBRE UN MODELO DE PLAZOS

Antes de abordar el contenido de la sentencia, es conveniente mencionar dos características de la justicia constitucional chilena.

La primera se relaciona con el peso de las consideraciones de carácter político y cultural en la jurisprudencia del TC, en cierto desmedro de las consideraciones meramente dogmáticas. Aunque no abordaremos en detalle los aspectos políticos e institucionales de la jurisprudencia del TC chileno, es importante destacar, de acuerdo con Bascuñán (2004: 43-89) que, hasta la sentencia sobre indicaciones, la jurisprudencia constitucional chilena había estado marcada por una cultura predominantemente conservadora católica y contramoderna en la que convergen una determinada concepción moral del *nasciturus* con una obligación constitucional de punición[10].

Una segunda característica de la justicia constitucional chilena se relaciona con la inexistencia de un modelo de autoprecedente constitucional, en un sentido fuerte. Así, incluso, si aceptamos como correcta la tesis de que la

[10] Esta jurisprudencia ha tenido como objeto de controversia decisiones gubernativas relativas a la distribución de píldoras de emergencia: Sentencias de la Corte Suprema *Philippi Izquierdo con Instituto de Salud Pública* y *Centro Juvenil Ages* de 30 de agosto de 2001, Rol 850-2001 y *Centro Juvenil Ages contra Instituto de Salud Pública* de 28 de diciembre, Rol 5839-2002 y STC sobre la píldora del día después.

sentencia sobre indicaciones, al no contar con la mayoría de los votos sobre la interpretación del art. 19 N° 1, inc. 2° CPR, no constituiría el precedente más inmediato sobre el concepto de *nasciturus* y, en particular, no alteraría el precedente establecido en la sentencia del TC que se pronunció sobre la entrega de la píldora del día después, en la que se declara que la protección constitucional de este se inicia desde el «momento mismo de la concepción»[11], nada impide que, en el futuro, el TC tome como referencia cualquiera de los razonamientos de la STC sobre indicaciones a la hora de dirimir la constitucionalidad de un eventual modelo de plazo (Fernández y Núñez, inédito).

1. CRITERIOS INTERPRETATIVOS Y DETERMINACIÓN DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

La sentencia dedica dos capítulos específicos a los criterios interpretativos o, como los denomina el propio TC, a los «elementos que van a guiar su razonamiento» constitucional. Estos criterios resultan especialmente relevantes en una eventual discusión sobre un modelo de plazos. Así, el TC menciona expresamente los principios institucionales de corrección funcional, presunción de constitucionalidad y de dinamicidad en la interpretación constitucional. Además, rechaza el originalismo, como único o principal criterio interpretativo de la Constitución, al menos en cuestiones relacionadas con el aborto[12]. Dentro de estos criterios, debemos destacar el de dinamicidad social o adecuación a la realidad social, ya que supone el camino de entrada a los cambios legales y de derecho internacional que han reconocido y fortalecido la protección de los derechos sociales y reproductivos de la mujer. Constituye también la forma en que las percepciones sociales respecto un problema o conflicto constitucional inciden en la interpretación de los tribunales constitucionales (cons. 21°- 28°).

Además, el fallo incorpora el principio penal de *ultima ratio* y el de pluralismo político como metacriterios de interpretación constitucional, del que

[11] STC de 18 de abril de 2008, Rol 740/2007, sobre las «Normas Nacionales de Control de la Fertilidad» (Decreto del Ministerio de Salud chileno, núm. 48 del 26 de enero del 2007), coloquialmente conocida como la sentencia de «la píldora del día después», cons. 46° a 60°. A partir, entre otras razones, de esta comprensión del nasciturus, el TC declaró inconstitucional la distribución de los denominados anticonceptivos de emergencia por parte del sistema público de salud.

[12] En todo caso, la propia sentencia pone de manifiesto que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se decantó «por asegurar a nivel constitucional el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, el sujeto nacido, y dejar entregada al legislador la facultad de proteger la vida del que está por nacer […]» (cons. 31°).

se derivan una serie de derechos, garantías y prohibiciones constitucionales, entre las que destacan la prohibición de imponer un determinado pensamiento (moral, ideología o religión) al conjunto de la ciudadanía (cons. 30°).

2. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL «DEL QUE ESTAR POR NACER»

A nuestro entender, el estatuto jurídico del *nasciturus* no resulta decisivo para juzgar la constitucionalidad de los sistemas de indicaciones, ya que, incluso si se aceptara que este ostenta la condición de persona, existen buenas razones para justificar o exculpar las interrupciones del embarazo. Sin embargo, la cuestión de si el nonato es o no persona adquiere relevancia a la hora de afrontar un sistema de plazos sin expresión de causa. La noción de persona permite interrogarnos sobre las propiedades relevantes que una vida humana debe satisfacer para adscribirle el derecho a la vida y sobre el tipo de protecciones que paradigmáticamente rodean este derecho[13]. Por otro lado, permite identificar qué condiciones, distintas de los casos vinculados a las indicaciones, pueden justificar una acción destructiva de la vida prenatal. Los casos constitutivos de las indicaciones configuran permisos excepcionales para abortar que reenvían también a circunstancias excepcionales: embarazos demasiado gravosos para las gestantes que comprometen de manera grave derechos tales como la vida, la salud o la integridad psíquico-física. Al contrario, en los sistemas de plazo la afectación de los derechos de las mujeres es menos intensa, mientras que los intereses asociados a la protección de la vida gestacional dejan de ser meramente potenciales. Entonces, la discusión constitucional sobre los criterios que deben guiar la ponderación de los intereses en juego —en particular, el estatus del *nasciturus*— se vuelve ineludible[14].

La STC sobre indicaciones comienza su argumentación con una afirmación sobre el estatus constitucional del *nasciturus* que, hasta tiempos recientes, era impensable: «[...] la Constitución no le otorga al que está por nacer la categoría de persona. Ello no obsta a que sea un bien jurídico de la mayor relevancia» (cons. 40-50). El TC parte de la premisa de que el concepto constitucional de persona coincide con el establecido en las normas civiles que regulan

[13] En cuanto a la necesidad de delimitar constitucionalmente el estatus jurídico del embrión y feto, véase, en extenso, Mañalich (2014: 305-303). No obstante, debe advertirse que, por más de ochenta años, la Corte Suprema estadounidense ha dirimido sobre las regulaciones de los Estados sobre el aborto sin decidir si o cuándo un feto puede ser considerado como una persona (Rubenfeld, 1991: 599-635).

[14] Así, el sistema de indicaciones ha encubierto, por la vía de abordar el aborto como un conflicto entre los derechos reproductivos y sexuales de la mujer y el supuesto interés del feto, la determinación del estatus jurídico del nasciturus (Mañalich, 2014: 312).

esta y sus derechos. Así, a partir de una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales y de otros cuerpos normativos, llega a la conclusión de que el estatus jurídico de la persona comienza con el nacimiento. Sin duda, el principal fundamento de esta afirmación lo encontramos en el propio art. 19 N°1 de la CPR que diferencia expresamente entre «persona» y «el que está por nacer» (por todos, Bascuñán, 2016: 194). El TC descarta también que, bajo el texto constitucional vigente, la idea de *persona* sea equivalente a la expresión *naturaleza humana* que ocupa el inciso 2º del art. 5 de la CPR, y enfatiza que la *naturaleza humana* a la que se refiere esta última disposición es aquella protegida por los derechos establecidos en la Constitución o en los tratados internacionales (cons. 74).

Cabe mencionar que en la STC de indicaciones el TC solo determina cuándo cesa la condición de *nasciturus* (con el parto y la separación total del claustro materno), pero se abstiene de indicar qué hito biológico marca el comienzo de esta condición, en contraste con su sentencia sobre la píldora del día después que había retrotraído el comienzo de la protección jurídica de la vida prenatal al momento de la concepción. Por tanto, una cuestión que no aclara el fallo sobre indicaciones es en qué momento de la gestación el nonato adquiere la condición de *nasciturus*, es decir, desde qué momento comienza el régimen de protección del art. 19. 1, inc. 2° CPR.

La ausencia de pronunciamiento del TC sobre esta cuestión en la STC sobre indicaciones descansa en dos tipos razones que le sirven, a su vez, para vertebrar un modelo de deferencia al legislador en materia de protección de la vida prenatal. El primer orden de razones, de corte competencial, toma nota del hecho de que la CPR no ha establecido una regla explícita sobre el inicio de la protección constitucional de la vida prenatal y, en cambio, ha mandatado al legislador para regular dicha protección. Mientras que el segundo orden de razones, de corte epistémico e institucional, constata la existencia de una entreverada controversia científica, moral y política en relación con este asunto. Según el TC, no le corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre esta cuestión, solo cabe reconocer al legislador la potestad de concretar el comienzo de la protección del *nasciturus* a partir, entre otros criterios, del principio de protección incremental del embrión/feto[15]. Esto significa que el

[15] Aquí toma como referencia la propia legislación chilena, en la que se establece diversos grados de protección del derecho a la vida como, por ejemplo, en Ley N° 19.451, de 29 de marzo de 1996, sobre trasplantes de órganos, la jurisprudencia constitucional comparada y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (cons. 19º). No obstante, respecto de esta última jurisprudencia, el TC descartó de plano pronunciarse sobre la forma en la que las

legislador podría, *a priori*, compaginar el contenido normativo del art. 19. 1°, inc. 2° CPR con una ley de despenalización parcial del aborto articulado en modelo de plazos sin expresión de causa.

Así, el TC parece delegar en el legislador el momento en que el proceso biológico de la vida humana adquiere el estatus de *nasciturus*. Ahora bien, puede entenderse que el art. 19. 1°, inc. 2° CPR delega de manera clara solo la forma o manera en que ha de protegerse al que está por nacer —es decir, por ley—, pero dicha delegación no incluye necesariamente la determinación de cuándo el proceso biológico de la vida humana adquiere el estatus de *nasciturus*.

Una manera adecuada de afrontar este problema es diferenciar entre la determinación general del estatus jurídico del «que está por nacer» y la concreción de este estatus en cada problema o cuestión jurídica (derechos hereditarios, investigación embrionaria, aborto, etc.). A partir de esta distinción pueden concurrir varias relaciones competenciales entre el legislador y el TC. La primera, y más deferente con el legislador, sería aquella en que la competencia para determinar tanto el estatus general como los diferentes estatus concretos del *nasciturus* corresponde al legislador, debido a la menor relevancia constitucional de este. Por tanto, esta posición solo requiere una protección de la vida prenatal de carácter formal o procedimental (la ley). La segunda consistiría en atribuir al TC el establecimiento del estatus general de *nasciturus*, es decir, la delimitación de un espacio de tiempo del proceso biológico de la vida humana en el que debe existir algún tipo de protección legal, correspondiendo su concreción con exclusividad al legislador. La tercera consistiría en atribuir al TC, además del establecimiento del estatus jurídico general del *nasciturus*, el control de constitucionalidad, en este caso negativo, sobre un determinado estatus jurídico del *nasciturus* establecido por una ley.

Pero con independencia de la postura que se adopte, el art. 19. 1°, inc. 2° CPR permite, y de hecho así sucede, que puedan convivir en nuestro ordenamiento jurídico varios estatus jurídicos del *nasciturus*. Al igual que ocurre con la determinación de la capacidad jurídica, en la determinación del estatus jurídico del *nasciturus* no existe una única o absoluta respuesta, ya que esta puede variar dependiendo de cuestiones morales, éticas, médicas, fácticas o criminológicas, etc. (Rubenfeld, 1991: 601). En nuestro derecho positivo existe una regla general de capacidad jurídica, que coincide con los 18 años (art. 26 CC), que coexiste con otras reglas de capacidad jurídica para actos específicos. Por

sentencias de tribunales internacionales o las observaciones o recomendaciones emanadas de los órganos de control de tratados internacionales repercuten en el sistema constitucional chileno (cons. 10º).

ejemplo, a los 14 años se adquiere la capacidad en materia de libertad sexual (art. 363 CP), y a los 35 años se adquiere la capacidad para ejercer ciertas funciones públicas, como ser Presidente de la República (art. 25 CPR) o Senador de la República (art. 50 CPR). Por tanto, la cuestión fundamental no consiste tanto en determinar un estatus jurídico del *nasciturus*, único y universal, sino establecer para cada problema jurídico que se plantee un momento en el que el *nasciturus* adquiere una determinada relevancia jurídica[16].

Asumido, por tanto, que puede existir un estatus penal-constitucional del *nasciturus* diferenciado, la compatibilidad de un modelo de plazos sin expresión de causa con el art. 19. 1°, inc. 2° CPR puede abordarse desde dos perspectivas. La primera consiste en negar al embrión antes de las 14 semanas la condición, no solo el estatus de persona, sino también de *nasciturus* porque carecería tanto de una esfera de autonomía similar a la establecida a los nacidos como del carácter de bien o interés jurídico de especial relevancia constitucional. Esta tesis puede asentarse en la interpretación del tenor literal del art. 19.1°, inc. 2° CPR, ya que este precepto incluye un elemento de proximidad con el hecho biológico del nacimiento («el que está por nacer») que dejaría fuera de su campo semántico no solo el embrión preimplantacional, sino también el implantado. La segunda perspectiva consiste en reconocer que el embrión o feto antes de las 14 semanas constituye un bien o interés de relevancia constitucional, pero que, al entrar en conflicto con los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, estos ostentan un mayor peso (Rubenfeld, 1991: 613 y Bascuñán, 2016: 175).

En todo caso, y de acuerdo con Queralt (2011: 4-5), cabe preguntarse si la vida del *nasciturus* es realmente el bien jurídico protegido en la prohibición del aborto. Aunque el objeto material sobre el que recae una acción abortiva sea la vida prenatal, si asumimos que el *nasciturus* no es titular de ningún derecho subjetivo, el bien jurídico protegido debe ser diferente al objeto sobre el que recae la acción. Al excluirse a la mujer, ya que ha concurrido su consentimiento, solo cabe como titular del bien jurídico a la sociedad en su conjunto la que tiene un «interés social en su propia perpetuación mediante la protección de lo que se da en llamar *spes vitae,* interés que, si no es contemplado desde una perspectiva racista, resulta perfectamente legítimo» (*ibid.*: 5). Ahora bien, si este es el interés protegido, entonces debe ser ponderado con los derechos de

[16] La STC española 53/1985 (FJ 5) apunta en este sentido, al establecer que en la fase de desarrollo intrauterino se van produciendo «cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto vital» entre los que destaca el momento en que este «es susceptible de vida independiente de la madre».

autonomía de la mujer y, en la medida que no se vea un peligro real y efectivo, deben prevalecer estos últimos. Huelga decir que la adopción de un sistema de plazos en diversos países no ha tenido como consecuencia la puesta en peligro del equilibrio demográfico, incluso en algunos casos han disminuido el número de abortos (*ibid.*).

En el caso de que consideremos que el embrión antes de las 14 semanas se encuentra protegido por el art. 19. 1°, inc. 2° CPR, debe tenerse presente que tal disposición consagra un (meta) principio de exigibilidad diferenciada de la prohibición de atentar contra seres humanos no nacidos. La obligación constitucional de protección establecida en el citado precepto no busca establecer un derecho subjetivo a la vida, sino un interés de relevancia constitucional: una declaración del *nasciturus* como objeto de protección forzosa, pero que, a la vez, debe ser menor que la establecida a la persona (Bascuñán, 2004: 43-89).

Al igual que pueden coexistir diferentes estatus normativos del no nacido, nada impide que se establezca un nuevo hito empírico a partir del cual comience la protección penal dispensada por las figuras penales de aborto.

En cierta manera, el sistema de plazos se aproxima a una concepción (neo) lockeanista que concibe a la vida humana a partir de ciertas condiciones psicológicas, en contraposición con el denominado animalismo que entiende la vida humana como proceso biológico que, normalmente, comienza con la nueva célula que se produce a partir de la unión del gameto masculino con el gameto femenino (Paez, 2015: 243-258).

La posición mayoritaria lockeanista entiende que el feto se convierte en un ente mínimamente consciente cuando se producen las primeras las relaciones neuronales en la corteza cerebral *(corticocentric perspective)*, es decir, cuando el feto es susceptible de experimentar dolor: no antes de las 23 semanas ni después de las 30 semanas de gestación (Lee, 2005: 947-954). No obstante, existe una tesis emergente *(mesoencephalic perspective)* que establece este primer momento de conciencia en la funcionalidad de algunas estructuras neuronales, situadas en el tronco encefálico (entre las 20 y 22 semanas de gestación)[17].

Como puede observarse, el modelo de plazos propuesto (hasta las 14 semanas de gestación) fija la protección en un momento anterior en la que el feto puede experimentar dolor. Su justificación puede encontrarse en el principio de precaución, a saber, en asumir una posición conservadora respecto al momento en el que feto podría experimentar una forma básica o rudimentaria de consciencia. Al igual que el hito del nacimiento (Mañalich, 2014: 328),

[17] Véase, en extenso, *Doctor on Fetal Pain* (2013).

este adelantamiento del plazo constituye una norma práctica, que minimiza el riesgo de errar sobre si un embrión o feto se corresponde con las propiedades que convierten a este en un interés de especial protección jurídica[18].

3. LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN PENAL «DEL QUE ESTÁ POR NACER»

El TC sostiene, de acuerdo con parte de la doctrina chilena (Bascuñán, 2016; Hernández, 2016; Undurraga, 2013), que el art. 19. 1°, inc. 2° CPR no establece una obligación constitucional de protección penal, sino una de carácter general que puede concretarse en una ley civil, laboral, de seguridad social, etc. Tanto la dicción literal del art. 19 N° 1 inc. 2° CPR como una interpretación sistemática del conjunto de disposiciones constitucionales permiten concluir que la CPR ha delegado en el legislador «la prerrogativa de punición (artículos 19, N ° 3 y 63 N° 3 CPR)» (cons. 45°-59°).

Con todo, si entendiéramos que sí existe una obligación de penalizar el aborto, pero que, en principio, queda en manos del legislador la manera e intensidad de llevarla a cabo, podemos llegar a la conclusión de que un sistema de plazos sin expresión de causa cumpliría un eventual mandato de criminalización abierto o laxo, ya que, como ocurre en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos que adoptan este modelo, se contempla una serie de figuras penales que castigan aquellos casos en que se interrumpe el embarazo, más allá de los plazos o indicaciones expresamente reguladas por ellos. Por tanto, podemos afirmar que el modelo de plazos podría encuadrarse en dicha interpretación del art. 19.1, inc. 2° CPR.

En consecuencia, la única tesis interpretativa del mandato de protección de la vida prenatal que es incompatible con un sistema de plazos es aquella que postula que *proteger* es equivalente a *criminalizar* prácticamente cualquier hipótesis voluntaria de interrupción del embarazo. Dicha interpretación tiene el apoyo de una escasa doctrina chilena (Ossandón, 2016: 269 y ss.) y era la columna vertebral de los dos requerimientos de inconstitucionalidad presentados

[18] Tooley (1983) amplía de una forma más radical el ámbito temporal del estatus de *nasciturus*, ya que solo se puede a atribuir el estatus de persona a los seres de la especie *homo sapiens* a los que poseen la capacidad de ser sujetos de deseos referidos al futuro, situación que concurre a partir del tercer mes de la extrauterina. Mañalich (2014: 321-325), si bien manifiesta que esta posición resulta «inatacable en el nivel de la sola fundamentación moral», desde el punto de vista de la «praxis cotidiana» y del principio de precaución resulta adecuado establecer el comienzo del estatus normativo de persona desde el nacimiento.

contra el proyecto de despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales.

4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LA MUJER

El TC se hace eco de la tendencia en el derecho, tanto nacional como internacional, de enunciar y reconocer la existencia de derechos fundamentales[19] propios, específicos y exclusivos para determinados grupos o sectores de la sociedad. Dentro de estos derechos específicos destacan los derechos reproductivos asociados a la maternidad. Pese a no estar consagrados, en general, en las cartas constitucionales ni en los tratados internacionales (con excepción de la CEDAW), estos derechos han sido desarrollados por órganos internacionales y tribunales nacionales como derechos implícitos. En el nivel interamericano, por ejemplo, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo v. Costa Rica* (2012) fundó el derecho de acceso a tratamientos de fertilización *in vitro* en una serie de derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos, a saber, el derecho a la integridad personal, la libertad personal, la intimidad, el derecho a fundar una familia y el derecho a la igualdad. La STC sobre indicaciones hace una remisión general a «los tratados internacionales» relacionados con el embarazo y la maternidad sin identificarlos, mientras que alude al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y, en particular, al caso *Artavia Murillo*, como uno más de los antecedentes de protección de los derechos reproductivos y sexuales de la mujer en el derecho comparado e internacional[20].

---

[19] La doctrina y la jurisprudencia chilenas habitualmente usan la expresión *derechos fundamentales* para referirse a los derechos formalmente reconocidos en la Constitución, a aquellos contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y a los derechos implícitos establecidos por vía interpretativa; por aplicación del art. 5º y del encabezado del art. 19 de la Constitución chilena, que establecen, en conjunto, que son límites de la soberanía los derechos que emanan de la naturaleza humana que estén consagrados en la Constitución o en tratados internacionales y que la titularidad de esos derechos recae en las personas (no en los ciudadanos). En consecuencia —y con la sola excepción de cierta doctrina específica—, las expresiones *derechos fundamentales*, *derechos constitucionales* y *derechos humanos* se utilizan de manera relativamente intercambiable. Así también se hace en este trabajo.

[20] CIDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C 257); CIDH, medidas provisionales respecto de El Salvador. Asunto B 29 de 29 de mayo de 2013; Comisión IDH en la que exhortó a Paraguay a asegurar la vida e integridad física de la niña Manuimby (2015).

A pesar de la generalidad del examen realizado sobre las normas internacionales relativas a los derechos reproductivos, a diferencia de su fallo sobre la píldora del día después, en la STC sobre indicaciones el TC se sirve de diferentes normas constitucionales y legales para justificar la protección de estos derechos en el ordenamiento chileno. En los considerandos 35 a 38 de esta sentencia menciona algunos derechos fundamentales tradicionales que concurren en la regulación del aborto, como el derecho a la vida e integridad física, el derecho a la salud, el derecho a la privacidad y la prohibición de toda discriminación arbitraria. También toma nota del surgimiento de nuevos derechos que han permitido la especificación de los referidos derechos tradicionales a la situación de las mujeres. A saber, la protección efectiva contra todo acto de discriminación, el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación, el derecho a una vida libre de violencia física, sexual y psicológica, y el derecho a una capacidad jurídica idéntica a la del hombre. Dentro de estos últimos, el TC inscribe las protecciones relacionadas con la maternidad, entre otras, el derecho a acceder a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia, y a decidir libre y responsablemente respecto del número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos (cons. 38). El último considerando de la STC sobre indicaciones caracteriza el embarazo como «un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas» (cons. 39).

Los derechos sexuales y reproductivos de la mujer son una manifestación concreta de la dignidad y autonomía femeninas. Los debates sobre el aborto han tenido una importancia crucial en el asentamiento de estos derechos. Primero, cobijando demandas de despenalización acotadas a permisos excepcionales de interrupción del embarazo y fundadas en razones de salud pública o de igualdad de clase, para luego hacerse eco de las demandas feministas de derogación general de la prohibición penal del aborto, basadas medularmente en la autonomía procreativa femenina (Siegel, 2016). Este cambio de orientación del tratamiento del aborto, desde la excepción al derecho, se ha expresado en un notable cambio de su técnica regulativa. Como apunta Cook (1991: 90) ya entre los años ochenta y noventa del siglo pasado, en varios países del mundo, el aborto no se regía directamente por el derecho penal, el cual ha sido reemplazado por regulaciones civiles y administrativas que consideran al aborto una intervención médica rutinaria, sujeta, incluso, a reembolso estatal.

En consecuencia, no debe perderse de vista que las tres causales reconocidas por la ley chilena se fundamentan en situaciones de excepcionalidad que, aunque se producen en contextos reproductivos, se justifican primordialmente en la protección de otros derechos distintos a la autonomía procreativa. En el caso de la causal terapéutica se protege la vida de la gestante, mientras que, en los casos de la inviabilidad fetal de carácter letal y violación, la protección recae usualmente en la integridad psíquica de la mujer. Para que se pueda interrumpir el embarazo en todos estos casos, la ley chilena exige, además del consentimiento de la interesada, la corroboración médica de la concurrencia de la causal, al tiempo que prevé la existencia de un régimen de acompañamiento para que la mujer adopte la decisión. Puede decirse, entonces, que este modelo de indicaciones no orbita, en realidad, alrededor de la autonomía de mujer. Antes bien, parte del alto valor de la vida prenatal cuyas excepciones son ponderadas y aplicadas por terceras personas, en el que el papel de la mujer queda reducido al de mera solicitud de una intervención médica cuya oportunidad y necesidad deciden otros (Laurenzo, 2012: 6).

En contraste, el modelo de plazos sin expresión de causa incorpora la visión de género en la problemática del embarazo, en especial, respecto de su autonomía personal. Da cuenta específicamente de la implicación física y personal del embarazo, y distingue entre el hecho biológico del embarazo y el hecho personal y social de la maternidad. También da una respuesta a las mujeres más vulnerables, es decir, aquellas que encuentran más dificultades para acceder a un sexo, medidas anticonceptivas y aborto seguros, facilitando un mejor acceso a los servicios y programas de salud sexual y reproductivos (*ibid.*: 6-7).

En el ordenamiento chileno, la constitucionalidad de un modelo de plazos requiere, desde la perspectiva de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, un proceso de adscripción de estos a una disposición constitucional. Entre otras normas, el derecho a decidir sobre el embarazo, como una manifestación de la autonomía reproductiva de la mujer, puede entenderse adscrito a los arts. 1, inciso 1, 19, Nº 2, inciso, parte final, y 19 Nº 4 CPR, que consagran, respectivamente, el principio de autonomía, el derecho de igualdad entre hombres y mujeres, y la protección de la vida privada.

Además, debemos recordar que la concreción de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer no se agota en establecer un límite al poder sancionatorio del Estado, sino que conlleva aparejado un derecho social (una obligación positiva de prestación). En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene sosteniendo, en una asentada línea jurisprudencial,

la obligación de hacer accesible a la mujer el aborto en los casos en que los Estados parte han decidido eximir de la prohibición penal[21].

5. EL ESTABLECIMIENTO DE UN PLAZO EN LA INDICACIÓN JURÍDICA

En cuanto a los razonamientos atinentes a las diferentes causales, debemos destacar la denominada indicación jurídica, en la que se incluye, junto con el presupuesto de que el embarazo tenga como causa una agresión sexual calificada como un delito de violación, un sistema diferenciado de plazos (12 semanas como regla general y 14 semanas en los casos de menores de 14 años).

El TC justifica la constitucionalidad de esta indicación con el siguiente argumento: «[...] el énfasis no tiene que estar puesto en el embrión o feto, sino en el sufrimiento de la mujer» (cons. 108°) provocado por una agresión sexual, violencia tiene el deber de evitar, de acuerdo con las convenciones internacionales (cons. 109º).

Respecto de los plazos establecidos, el TC entiende que el establecimiento de un límite temporal hace que las mujeres violadas tomen lo antes posible una decisión para que, de esta manera, se evite el riesgo de sufrimiento que conlleva este tipo de embarazos y que aumenta a medida que avanza la gestación del nonato (cons. 110°).

Esta fundamentación contiene una contradicción difícil de soslayar: si es el riesgo de sufrimiento el que justifica esta causal, entonces no debería establecerse ningún tipo de plazo, ya que a medida que el embarazo avanza el riesgo de sufrimiento de la mujer aumenta, por tanto, debería permitirse el aborto hasta el momento en que el feto adquiere la cualidad de persona.

En contra de lo sostenido por el TC, la inclusión de unos plazos en la indicación jurídica supone implícitamente aceptar que estos poseen *per se* algún tipo de justificación autónoma. No debe pasar inadvertido que estos plazos concuerdan con el momento gestacional en el que se produce la denominada conexión del tálamo (el punto de entrada en el cerebro de los estímulos sensoriales) con la corteza cerebral, vital para el procesamiento sensorial. Esto supone que la justificación constitucional de la indicación jurídica no solo debe buscarse en la situación de excepcionalidad que origina el embarazo no deseado, sino también en el estatus especial que la ley otorga al *nasciturus*

[21] *Tysiac vs. Poland*, 5410/03, Sentencia de 30 de marzo de 2007; *A.B. & C. vs. Irland; R.R. v. v. Poland*, 27617/04, Sentencia de 26 de mayo de 2011; *P. & S. vs. Poland*, 57375/08, Sentencia de 30 de octubre de 2012.

en esta causal. De esta manera, podemos concluir que la inclusión de estos plazos en la actual ley de despenalización parcial del embarazo constituye una suerte de «caballo de Troya» que permitirá en el futuro la entrada en un modelo de plazos.

6. LA PONDERACIÓN ENTRE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER Y EL *NASCITURUS* COMO BIEN JURÍDICO DE «LA MAYOR RELEVANCIA»

La STC sobre indicaciones cambia drásticamente la forma de abordar la constitucionalidad de las diferentes medidas que pueden afectar de alguna manera el proceso biológico de la vida humana[22]. Por una parte, visibiliza por primera vez el conflicto constitucional entre la protección del que está por nacer, como «un bien jurídico de especial relevancia», y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y, por otra, aplica el test constitucional de proporcionalidad como mecanismo para resolver dicho conflicto. Como advierte Undurraga (2013: 108) a propósito del aborto, «el principio de proporcionalidad obliga a explicitar los beneficios y costos asociados a la protección de la vida prenatal y a cuestionarse cómo están distribuidos esos costos». Lo curioso es que el TC no aplica el test de proporcionalidad sobre la Ley 21.030, sino sobre la legislación vigente al momento de dictarse el fallo que prohibía toda clase de acción directamente encaminada a provocar un aborto[23].

A continuación mencionaremos aquellos razonamientos relacionados con el test de proporcionalidad comprendidos en el breve capítulo del fallo dedicado expresamente a esta forma de control de constitucionalidad (cons. 113°-115°), y aquellos otros desperdigados en el resto de la sentencia que pueden extrapolarse a un sistema de plazos sin expresión de causa.

En primer lugar, aunque el TC no incorpora de manera expresa el principio de protección incremental del feto a la hora de aplicar el test de proporcionalidad, previamente lo ha reconocido a la hora de abordar el estatus constitucional del *nasciturus* y la obligación constitucional de protección de

[22] La STC de la píldora del día después omitió cualquier consideración sobre las mujeres como sujetos de derechos (Zúñiga y Bordalí, 2009: 177-179). Efectivamente, en la única ocasión que el TC parece hacerse cargo de los derechos de las mujeres es para degradarlos a «connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables» (STC Rol 740-2007, cons. 70°).

[23] Véase una propuesta de ponderación en la legislación chilena en Bascuñán (2004: 67-73).

este[24]. El principio de protección incremental del feto puede desplegar un papel relevante en la discusión sobre la constitucionalidad de un modelo de plazos, ya que, en un determinado espacio de tiempo, el feto no tiene ningún peso o, a lo sumo, uno insignificante y, por tanto, la decisión corresponde en esencia a la mujer. Correlativamente, en un momento determinado los derechos de la mujer no tienen ningún peso o, a lo sumo, uno mínimo, y, en consecuencia, pueden ser limitados.

En segundo lugar y respecto al test de idoneidad, el fallo reconoce el carácter especialmente simbólico del modelo de penalización cuasi absoluto, ya que de los aproximadamente 30.000 egresos hospitalarios por aborto anuales (sin contar con los abortos clandestinos), las sentencias condenatorias a mujeres condenadas no han superado las 150 en el periodo 2005-2016 (cons. 114º).

Si partimos de la hipótesis de que, desde un punto de vista estadístico, esta reforma va a resultar poco relevante a la hora de disminuir el número de abortos, tanto ilegales como judicializados, el diagnóstico esgrimido por el TC resulta, valga la redundancia, especialmente idóneo a la hora de justificar un sistema de plazos: tal como ocurre con un modelo prohibitivo, el actual modelo de indicaciones no cumple con la mínima idoneidad exigible a la ley. Precisamente, un razonamiento sobre la ausencia de idoneidad penal del modelo de indicaciones sirvió de fundamento al TC alemán para declarar la constitucionalidad del modelo de plazos[25].

En cuanto al test de necesidad, que en la STC sobre indicaciones se equipara al principio de *ultima ratio* del derecho penal, el TC afirma que «la sanción penal absoluta del aborto, sin causales de excepción, choca con los derechos de la mujer» y, por tanto, no se cumpliría con el principio de necesidad respecto de la protección de uno de los derechos en conflicto (cons. 117º). Esto significa, que, *a priori*, un modelo de plazos cumpliría con el subprincipio de necesidad, ya que este modelo no supone un desequilibrio irracional en comparación con otras medidas de control social a la hora de alcanzar el objetivo propuesto por la norma. Si el objetivo de un modelo de plazos reside en reconocer en un periodo de la gestación (en nuestra propuesta, 14 semanas) el ejercicio pleno de los derechos y deberes reproductivos de la mujer y minimizar

[24] El TC, tras poner de relevancia la prevalencia de la vida de la mujer o de la carga que supone el embarazo producido de una violación, manifiesta que, «a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar» (cons. 78).

[25] BverGE, 88, 203, Sentencia de 28 de mayo de 1993. Como suele suceder en la aplicación de los modelos de indicaciones, este devino una modelo de plazos en encubierto (Bascuñán, 2001: 228).

la afectación del *nasciturus*, resulta difícil encontrar otro medio alternativo que, de forma clara, sea más idóneo. Como hemos mencionado, estamos ante uno de los modelos más conservadores de despenalización del aborto en el que se otorga un papel relevante a la autonomía de la mujer.

Finalmente, en relación con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, el TC reconoce que el embarazo implica un compromiso vital de la mujer que la afecta durante toda su vida dado el carácter único del vínculo de la maternidad (cons. 108º). Es evidente que los impactos del embarazo no se circunscriben a los casos de indicaciones, ni siquiera a los más intensos, y en su valoración no solo debe considerar la afectación material de derechos, sino también su dimensión simbólica, en el sentido de que las normas punitivas refuerzan los significados sociales estigmatizadores del aborto (Cook, 2016). Por estas y otras razones, la jurisprudencia constitucional comparada ha ido aceptando progresivamente los sistemas de plazo como una forma apropiada de armonizar los diferentes intereses o derechos en juego.

Analizados los razonamientos de la STC de indicaciones, pasamos a mencionar algunas consideraciones adicionales sobre la proporcionalidad del modelo de plazos.

En primer lugar, y de acuerdo con Bascuñán, la relevancia del test de proporcionalidad resulta secundaria respecto a la calificación de los derechos y bienes constitucionales en abstracto. Si se le asigna al nonato el estatus de un titular de derecho a la vida, entonces el juicio de ponderación se inclinará a su favor, dejando abierta la posibilidad de otorgar en situaciones excepcionales un mayor peso a los derechos de la gestante. Y a la inversa, si se reconoce a la mujer un derecho robusto a su autonomía reproductiva y no se reconoce al nonato un derecho a la vida, entonces el juicio de ponderación se inclina a favor del ejercicio del primero, dejando la posibilidad de una limitación legal de su ejercicio extemporáneo (Bascuñán, 2016: 181).

En segundo lugar, debemos señalar que el establecimiento de un plazo a la hora de llevar a cabo una interrupción del embarazo supone un importante límite a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. La tesis planteada en este estudio es que, a partir de las 14 semanas, el embrión adquiere el estatus de bien jurídico penal (estatus constitucional-penal) y, por tanto, con anterioridad al vencimiento de este plazo la decisión de continuar con el embarazo cae, principalmente, en el ámbito del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. La protección del que está por nacer antes de las 14 semanas de gestación (estatus constitucional general) se articula a partir de una serie de medidas tales como las destinadas a reducir los embarazos no deseados o a garantizar una decisión reflexiva. Pasado este plazo, los derechos de la mujer ceden protagonismo a la vida prenatal, entendida esta en palabras del TC como un «bien jurídico de la mayor relevancia», con una

protección penal que solo puede ceder ante casos excepcionales. Aquí, la tutela penal se refuerza cuando se inicia la fase de viabilidad extrauterina, ya que las 23 semanas de gestación constituye el periodo general de vigencia para aplicar las indicaciones terapéuticas y embriopática. Pasado este periodo, se produce otro reforzamiento de la protección penal, ya que solo cabría la aplicación de las causas generales de exclusión de la responsabilidad penal.

En tercer lugar, resulta importante discutir, desde el punto de vista estructural, ante qué tipo de conflicto constitucional nos encontramos. A nuestro entender, el conflicto constitucional que subyace a la regulación del aborto no debe ser comprendido como un mandato de optimización (Alexy, 2003: 109, 118-122) o, al menos, tal tesis debería matizarse. Aquí cobra relevancia la clasificación de los principios en directrices y principios en sentido estricto[26]. Cuando estamos ante un conflicto entre principios en sentido estricto no puede operar el mandato de optimización en cada uno de los casos genéricos que se presentan, sino que estos deben respetarse de forma general, en el sentido de que, a la vista del conjunto de conflictos constitucionales, no exista un grave desequilibrio en la protección de un principio respecto del otro. Así, en nuestra propuesta, la interrupción voluntaria del embarazo presenta varios casos genéricos: antes de la concepción o de la anidación[27], hasta las primeras catorce semanas, situaciones excepcionales como las indicaciones terapéutica y embriopática, etc. Es a la luz del conjunto de estos casos que debe determinarse si existe una prevalencia desproporcionada de uno de los principios en sentido estricto en conflicto. Nuestra respuesta es que con un modelo de plazos la protección de la vida prenatal se encuentra suficientemente asegurada e, incluso, podemos afirmar que existe una prevalencia de esta respecto de los derechos reproductivos de la mujer. En efecto, de las aproximadas cuarenta semanas de gestación de un embarazo, solo en las 14 primeras semanas prevalecen los derechos reproductivos de la mujer, y con posterioridad a este plazo estos derechos u otros asociados a la mujer, como el derecho a la vida o a la integridad física, prevalecen solo en casos excepcionales (indicaciones o causas generales de exención de la responsabilidad penal).

Como veremos, la tesis antes planteada es perfectamente compatible con los estándares interamericanos sobre derechos sexuales y reproductivos.

---

26 Las siguientes líneas toman como referencia a Atienza y Manero (2007: 24-50).

27 En el caso *Artavia Murillo* la Corte IDH sostuvo que la Corte resalta que el embrión, antes de la implantación, no está comprendido en los términos del art. 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal (párr. 315).

IV. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el marco de sus respectivas competencias, han abordado la especial precariedad de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el contexto regional americano.

La Comisión IDH, a través de sus Informes anuales por países[28] y temáticos, y del trabajo de su Relatoría sobre derechos de la mujer, ha manifestado reiteradamente su preocupación por el impacto de las restricciones punitivas al aborto en la salud reproductiva de las mujeres y en el resto de sus derechos. En su Informe *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación* (2011: 144), la Comisión IDH destaca las diversas barreras que afectan a las mujeres en relación con sus derechos reproductivos y reitera la obligación de emprender:

> […] una revisión detallada de todas las leyes, normas prácticas y políticas públicas cuya redacción o implementación práctica pueda tener repercusiones discriminatorias en el acceso de las mujeres a los servicios de salud reproductiva; su deber de eliminar todos los obstáculos de jure y de facto que impiden el acceso de las mujeres a los servicios de salud materna que requieren, como su penalización; y tomar en cuenta que las leyes restrictivas tienden a tener un efecto especial en las niñas y mujeres afectadas por la pobreza, que tienen bajos niveles de educación y viven en zonas rurales.

Hasta ahora, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no se ha pronunciado sobre ningún asunto de fondo referido específicamente a la compatibilidad de las leyes latinoamericanas que penalizan el aborto con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o con la Convención de Belém do Pará.

La Comisión IDH se ha pronunciado sobre la compatibilidad de las leyes que despenalizan el aborto en relación con la Declaración Americana de Derechos Humanos, pero no respecto de la CADH. En el caso *Baby Boy vs EEUU* (1981), ante el alegato de los peticionarios que sostenían que el derecho a la vida consagrado en la declaración protegía de manera amplia a los seres humanos y no solo a las personas, la Comisión IDH sostuvo que, al adoptar la referida declaración, los Estados signatarios no adoptaron ninguna

[28] En este sentido, los Informes sobre México (1997), Colombia (1999), Perú (2000) y Guatemala (2001).

posición respecto del momento en que comenzaba la tutela de la vida. En el conocido caso Paulina (2007) se cuestionaba el efectivo cumplimiento de un régimen de indicaciones y su repercusión sobre los derechos consagrados en la CADH. Sin embargo, este caso se resolvió mediante solución amistosa, en la que el Estado reconoció la afectación de los derechos reproductivos de una menor de edad, embarazada a consecuencia de una violación, a la que se le obstaculizó el acceso a servicios de aborto garantizados por la ley mexicana.

A solicitud de la Comisión IDH, la Corte IDH ha conocido solo un caso relacionado con las leyes de aborto, pero en el marco de una medida provisional. Se trata del caso *Asunto B. contra Salvador* (2013). La solicitud de medidas provisionales se presentó por la Comisión IDH debido a la negativa estatal de permitir un aborto pese al riesgo vital que afectaba a la gestante y a la falta de viabilidad del feto. Dicha negativa se fundó en la existencia de una legislación interna que criminalizaba todas las hipótesis de aborto. Sin pronunciarse sobre si tal legislación resultaba compatible o no con la CADH, la Corte IDH resolvió:

> […] requerir al Estado de El Salvador que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B., conforme a lo expresado en los párrafos considerativos 11 a 17 de la presente Resolución.

No obstante lo anterior, tanto la Comisión IDH como la Corte IDH han ido perfilando, a través de sus intervenciones en controversias relacionadas con dimensiones procreativas distintas a la interrupción del embarazo, una jurisprudencia que permite extraer estándares interamericanos sobre los derechos sexuales y reproductivos y derivar algunas conclusiones en relación con los diferentes tipos de regulación estatal sobre el aborto.

El uso recurrente de una interpretación dinámica de la CADH, unido a su interpretación a la luz de otros tratados del sistema regional americano (en especial, la Convención de Belem do Pará) y del sistema universal (la CEDAW), han favorecido el desarrollo de una doctrina innovadora y expansiva sobre estos derechos en el sistema interamericano. En particular, la Corte IDH ha aplicado su doctrina de la diligencia estatal reforzada, desarrollada para casos de violencia de género, ha protegido de manera expresa la indemnidad

sexual[29] y reproductiva[30] de las mujeres, ha reconocido la autodeterminación procreativa femenina en lo concerniente a los tratamientos de salud reproductiva[31] y ha reprochado la instrumentalización de los cuerpos femeninos[32].

Lo mismo que en el derecho constitucional comparado, en la jurisprudencia interamericana los derechos sexuales y reproductivos son concebidos como derechos implícitos, con carácter mixto. Es decir, implican prohibiciones de interferencia estatal y también obligaciones de carácter prestacional. En el asunto *Artavia Murillo vs Costa Rica* (2012) aparece muy claramente desarrollada esta doctrina. La Corte IDH sostuvo que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (párr. 143), mientras que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (párr. 146).

Por otra parte, resulta claro que, en el contexto interamericano, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y del colectivo LGBTI están íntimamente vinculados a las exigencias de la igualdad, y que este último principio se concibe como una norma de *ius cogens*[33] que no admite acuerdo en contrario. Tal concepción no deja espacio a la doctrina del margen de apreciación, usada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para resolver, entre otros casos, asuntos relacionados con la criminalización del aborto[34]. La Corte IDH, en cambio, ha rechazado reiteradamente aplicar esta doctrina[35], por lo que es altamente probable que, de presentarse un caso sobre la compatibilidad de la punición del aborto con la CADH y otros tratados regionales, adoptaría la misma postura. Refuerza lo anterior el pronunciamiento sin ambages que sobre el estatuto del *nasciturus* realizó en el caso *Artavia Murillo*.

Para apreciar la gravitación del caso *Artavia Murillo* en los debates sobre la criminalización del aborto en Latinoamérica es importante tener presente

---

29 Véase *Gonzáles y otras (Campo Algodonero) vs. México* (2009), *Rosendo Cantú y otra vs. México* (2010), *Fernández Ortega y otros vs. México* (2011) y *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala* (2015).

30 Véanse *Penal Castro vs. Perú* (2006), *Masacre de las dos RR vs. Guatemala* (2009).

31 Véase *I.V. vs. Bolivia* (2016) sobre esterilización forzada y consentimiento previo e informado.

32 Véase *Gelman vs. Uruguay* (2011), a propósito de la sustracción de niños y niñas por parte de las dictaduras latinoamericanas.

33 Véase *Atala Riffo e hijas vs. Chile* (2012).

34 Véase *ABC vs. Irlanda*, Sentencia de 17 de diciembre 2010, *R.R. vs. Polonia,* Sentencia de 26.05. 2011, y *P. y S. v. Polonia*, Sentencia de 30.10.2012.

35 Véase, entre otros casos, *Atala Riffo e hijas vs. Chile* (2012), *Fornerón vs. Argentina*.

que uno de los expedientes más utilizados en la región para impugnar la constitucionalidad de leyes y políticas públicas destinadas a reforzar la autonomía procreativa de las mujeres ha sido, precisamente, lo dispuesto en el art. 4.1 de la CADH. Esta disposición establece que «el derecho a la vida estará protegido por ley, en general, a partir del momento de la concepción». Con eje en esta norma se ha logrado instalar una jurisprudencia constitucional que, trascendiendo las discusiones sobre el aborto, ha obstaculizado el acceso a la fecundación *in vitro*[36] y a la anticoncepción de emergencia[37].

En su sentencia en el caso *Artavia Murillo*, la Corte IDH aclaró que «el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto» (párr. 263) y descartó explícitamente que la citada norma deba interpretarse en el sentido de conferir el estatus de persona al nonato. Sostuvo, en cambio, que «la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención» (párr. 264); y agregó que «la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general» (párr. 264). Dicha protección debe ser compatible con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres porque las regulaciones procreativas tienen un impacto diferenciado y desproporcionado sobre estas; afectando, además de sus derechos procreativos, el principio de igualdad (párrs. 294 a 302).

Artavia Murillo abrió las puertas a la impugnación de las leyes severamente restrictivas del aborto, por su incompatibilidad con la CADH. Lo

---

36 La sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica (2000-02306) que dio origen al caso *Artavia Murillo* sostuvo que a partir del momento en que un óvulo es fecundado existe una persona cuyo derecho a la vida es absolutamente inviolable. Según la Corte, la Fecundación in Vitro (FIV) comportaba una pérdida de embriones que no se implantarían y por tanto era incompatible con su derecho a la vida. Recientemente (2016) la IV Sala de la Corte Suprema de Costa Rica anuló un decreto del Ejecutivo que pretendía regular la FIV, como dispuso la Corte IDH en *Artavia Murillo*. La Corte Suprema determinó que todo lo relativo a derechos fundamentales —como el derecho a la vida y la salud de los seres humanos— es materia reservada al legislador ordinario.

37 El TC de Chile, en su Sentencia Rol 740-2007 sobre *píldora del día después*, sostuvo que, al no poder descartarse un efecto abortivo del fármaco, debe prohibirse su distribución porque constituye una amenaza intolerable para la vida del nonato. El Tribunal Constitucional del Perú reprodujo prácticamente los términos del fallo chileno en su Sentencia 02005-2009.

anterior, porque dichas leyes han descansado, en general, en una tesis constitucional que resulta incompatible con esta sentencia: el nonato es persona y su protección debe realizarse a costa de los derechos procreativos de las mujeres.

Por otra parte, sentencias recientes de la Corte IDH —como *I.V. vs Bolivia* (2016), sobre esterilización forzada y consentimiento informado— han afianzado la idea de que los Estados deben implementar políticas públicas respetuosas de la autonomía de las mujeres y que garanticen estrictamente el acceso igualitario y efectivo a las acciones de salud reproductiva.

Lo anterior explica la gravitación que tuvo la sentencia *Artavia Murillo* en el debate chileno de la Ley 21.030 que despenaliza la IVE en tres causales. Conscientes de su importancia, los requerimientos que impugnaron la referida ley ante el TC insistieron en su no aplicabilidad al sistema chileno con base en la doctrina del TC que sostiene que los tratados internacionales son infraconstitucionales. El Gobierno de Michelle Bachelet, por otro lado, así como numerosos *amicus curiae*, informes en derecho e intervenciones de ONGs en las audiencias públicas, sostuvieron todo lo contrario.

Aunque en la STC sobre indicaciones el TC descartó de plano pronunciarse sobre si las sentencias de tribunales internacionales o las declaraciones, observaciones o recomendaciones emanadas de los órganos internacionales repercuten en el sistema constitucional chileno (cons. 10º), mencionó explícitamente la sentencia *Artavia Murillo* dentro de la revisión de jurisprudencia comparada e internacional que ofrece la sentencia (cons. 19º) y citó, específicamente, el estándar de protección gradual e incremental de la vida prenatal, contemplado en *Artavia Murillo* como criterio relevante para resolver la cuestión.

Si bien el giro que la STC sobre indicaciones da respecto de los derechos procreativos de las mujeres, en relación con la sentencia previa sobre la *píldora del día después* (en la que estos derechos ni siquiera se mencionan), no puede atribuirse con certeza a la influencia de la jurisprudencia interamericana, sí es posible constatar que existe una alineación clara con esta última. Como ya señalamos, la STC sobre indicaciones descarta que el nonato sea persona. Dedica, además, un párrafo completo a justificar la afirmación de que la mujer es persona y, por tanto, sujeto de derechos. Sostiene, en particular, que la gestante no puede ser instrumentalizada, que la maternidad es un acto voluntario, no una imposición del Estado a cualquier costo (cons. 47), que las mujeres tienen autonomía moral para adoptar decisiones durante el embarazo (cons. 99) y que solo un acompañamiento no coactivo puede ser compatible con los derechos de las mujeres (cons. 111). A propósito del aborto en caso de violación, destaca que las convenciones internacionales establecen el deber del Estado de evitar la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer (cons. 109). Asevera, por último, que la protección de la vida prenatal

tiene sus límites en la protección de los derechos de la mujer, los que deben primar (cons. 79).

La coincidencia con la jurisprudencia interamericana es, entonces, evidente y, además, no resulta incompatible con un modelo de despenalización parcial del aborto articulado en un modelo de plazos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La necesidad y pertinencia de discutir la inclusión de un modelo de despenalización parcial del aborto articulado en un modelo de plazos se debe al hecho de que la principal consecuencia político-criminal y sanitaria de la reciente Ley N° 21 no reside en el hecho de que, en determinados contextos, el aborto en Chile se encuentre permitido y garantizado por el sistema de salud, sino en el mantenimiento de un modelo de cuasiprohibición penal simbólica sin cobertura sanitaria.

La principal conclusión de este estudio es que, de acuerdo con la STC de indicaciones, existen buenas razones a favor de la constitucionalidad de un modelo de plazos. Así, en primer lugar, este fallo incluye una serie de criterios interpretativos de corte institucional, en especial del de dinamicidad social, que resultan aplicables en un eventual control de constitucionalidad sobre una ley de plazos sin expresión de causa. En segundo lugar, el TC niega al *nasciturus* el estatus de persona, pero sí considera a este como un bien jurídico de especial relevancia constitucional, lo que permite sostener un modelo de protección penal diferente al establecido no solo a las personas, sino, precisamente, *a los que están por nacer*. En tercer lugar, si bien la STC de indicaciones no reconoce el derecho de autonomía reproductiva dentro de los derechos sexuales y reproductivos, establece una (meta) regla de ponderación entre estos derechos y el bien jurídico protegido del *nasciturus*. Y, en cuarto y último lugar, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos no establece una obligación convencional de castigar el aborto desde la concepción, sino que, por el contrario, ha reconocido y desarrollado una serie de derechos y principios interpretativos perfectamente aplicables al modelo de plazos que el modelo de plazos.

Bibliografía

Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Madrid: Ariel.

Bascuñán, A. (2001). Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado. *Revista de Derecho Público*, 63, 209-247.

— (2004). La píldora del día después ante la jurisprudencia. *Estudios públicos*, 95, 43-89.

— (2016). Límites a la autorización legal del aborto consentido según la jurisprudencia constitucional chilena. En S. S. Ibarra, F. Zegers-Hochschildm y R. F. García-Huidobro (eds.). *Aborto y derechos reproductivos: implicancias desde la ética, el derecho y la medicina* (pp. 156-189). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.

Bergallo, P. (2016). Interpretando derechos: la otra legalización del aborto en América Latina. En L. Casas y D. Lawson (comps.). *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (pp. 277-321). Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

Comité de Derechos Humanos. *L.M.R. vs. Argentina*, Comunicación 168/200728 de abril de 2011.

Cook, R. (1991). Leyes y políticas sobre el aborto. Retos y oportunidades. *Debate Feminista,* marzo, 89-129. Disponible en: https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.1991.3.1499.

— (2016). Significados estigmatizados del derecho penal sobre el aborto. En R. Cook, J. Erdmann y B. Dickens (eds.). *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias* (pp. 438-467). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Dalbora, J. L. (2012). Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social. *Revista de Estudios de la Justicia*, 17, 17-51.

Dides, C. *et al.* (2016). Aborto en Chile: cifras y testimonios que respaldan la exigencia de la legalización del aborto. *Revista Nomadías*, 20, 145-187.

Doctor on Fetal Pain (2013). *Fetal pain: The Evidence*. Disponible en: http://www.nrlc.org/uploads/fetalpain/Fetal-Pain-The-Evidence.pdf.

Fernández, J. A. y Núñez, A. (2020). Los precedentes constitucionales chilenos del nasciturus y su compatibilidad con una ley de plazos. *Doxa* (en proceso de arbitraje).

Hernández, H. (2016). La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causas de justificación. En L. Casas y D. Lawson (comps.). *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (pp. 229-260). Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

Instituto Nacional de Estadística (2018). *Síntesis de resultados: censo 2017, 2018*. Disponible en: https://bit.ly/2ytGx5V.

Laurenzo, P. (2012). *El aborto no punible en Dogmática y política criminal del aborto*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Lee, S. (2005). Fetal Pain. A Systematic Multidisciplinary Review of the Evidence. *Clinical Review*, 294 (8), 947-954. Disponible en: https://doi.org/10.1001/jama.294.8.947.

Mañalich, J.P (2014). La permisibilidad del aborto como problema ontológico. *Derecho y Humanidades*, 23, 305-333.

Ossandón, M. M. (2016). Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación: un injusto penal eventualmente no exigible. En L. Casas y D. Lawson (comps.). *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (pp. 229-260). Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

Paez, E. (2015). Are We Animals? Abortion, Identity and Modified Futuro-of-Value account. *Dilemata*, 18, 243-258.

Queralt, J. (2011). La regulación del aborto en España tras la Ley Orgánica 2/2010. *La Ley*, 81, 1-22.

Rubenfeld, J. (1991). On the Legal Status of the Proposition that «Life Begins at Conception». *Stanford Law Review*, 43, 599-623. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1568.

Siegel, R. (2016). La constitucionalización del aborto. En R. Cook, J. Erdmann y B. Dickens (eds.). *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias* (pp. 27-57). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Tooley, M. (1983). *Abortion and Infanticide*. Oxford: Clarendon Press.

Undurraga, V. (2013). *Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución chilena*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Willenmann, J. *et al.* (2017). *Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al Boletín 9895-1l* (*Amicus curiae* presentado al TC). Disponible en: https://doi.org/10.7764/RLDR.5.59.

Zúñiga, Y. (2018). Los debates sobre el aborto. Paradojas, narrativas y dispositivos de poder-saber. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 99-112.

Zúñiga, Y. y Bordalí, A. (2009). Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. *Anuario de Derecho Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Austral de Chile, 173-182.

REFLEXIONES SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA COLOMBIANA Y SU APLICACIÓN EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Analysis on the Colombian childhood and adolescence statute and it`s application in constitutional justice

ROSA ELIZABETH GUIO CAMARGO[1]
Universidad Católica de Colombia
reguio@ucatolica.edu.co

Cómo citar/Citation
Guio Camargo, R. E. (2020).
Reflexiones sobre el estatuto jurídico de la infancia y la adolescencia colombiana y su aplicación en la justicia constitucional.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(1), 207-236.
doi: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.07

Resumen

Hoy el derecho de infancia y adolescencia es una rama del derecho orientada al reconocimiento de los niños como sujetos activos titulares de derechos, la cual se vincula con la regulación jurídica de la familia, por lo menos en lo que tiene que ver con las relaciones entre los padres y los hijos menores de edad. Estas relaciones no tienen hoy el carácter impositivo de antaño, sino que deben desarrollarse dentro de un diálogo en el cual hay un constante balance entre las facultades legales de los padres y el ejercicio progresivo de la capacidad negociadora de los niños.

Palabras clave

Derechos de los niños; familia; Constitución; interpretación.

---

[1] Abogada, especialista en Derecho Administrativo, magíster en Derecho y candidata al Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de la Universidad Católica de Colombia y de la Universidad Nacional de Colombia.

Abstract

Today, the right of children and adolescents is a branch of the law guided by the recognition of children as active subjects entitled to rights, which is linked to the legal regulation of the family, at least as regards relationships between parents and minor children. These relations do not have the tax character of yester year, but must be developed within a dialogue in which there is a constant balance between the legal faculties of parents and the progressive exercise of the negotiating capacity of children.

Keywords

Rights of children; family; Constitution; interpretation.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE FAMILIA Y EL DERECHO DE INFANCIA EN COLOMBIA: 1. Tesis de la *subordinación* del derecho de infancia al derecho de familia. 2. Tesis de la *independencia* del derecho de infancia frente al derecho de familia. 3. Tesis *intermedia* de la relación entre el derecho de infancia y el derecho de familia. III. LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. REFERENCIA AL DERECHO DE INFANCIA. 1. Estado y sociedad en el Estado social de derecho. 2. La Constitución y el bloque de constitucionalidad en el Estado social de derecho. 3. La relación entre la Constitución y el derecho de la infancia en Colombia. IV. LA VINCULACIÓN DEL DERECHO DE INFANCIA CON LA CONSTITUCIÓN: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL. 1. Concepto y características de la argumentación jurídica. 2. Argumentación constitucional: características y alcances. 3. Mecanismos de vinculación del derecho de infancia con la Constitución: la justicia constitucional colombiana. V. CONCLUSIONES. *Bibliografía*. *Jurisprudencia*.

I. INTRODUCCIÓN

Dos esquemas regularon las relaciones jurídicas de los niños en vigencia de la Constitución Nacional de 1886, con la verticalidad como común denominador: de un lado los *hijos de familia*, cuyas relaciones estaban reguladas por el Código Civil (arts. 250 y ss.). Estos hijos estaban sometidos a la autoridad impuesta por el padre y respaldada por el Estado a través de normas de orden público; del otro, los *menores*, para quienes las funciones de patria potestad no existieron o fallaron en su propósito educador. Estos últimos fueron sometidos al poder estatal de funcionarios públicos mediante normas de represión y control penal, en donde se destaca la Ley 83 de 1946.

Como consecuencia de esta dualidad, el derecho de menores en Colombia —hoy derecho de infancia— se estudió por un sector de la doctrina, y durante mucho tiempo, como un capítulo del derecho de familia y, por lo tanto, de acuerdo con su lógica: relaciones paternales, parentales y legales que, dentro de un esquema de autoridad similar al del *pater familias* romano y en el marco privado de la institución familiar, marcaron el camino de los hijos de familia y de los menores, sin que estos tuvieran alguna posibilidad de opi-

nar sobre los asuntos en los cuales estaban involucrados. Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), y la relación —en el marco del bloque de constitucionalidad— entre la primera y el segundo, varió la concepción del rol de la familia y del Estado en relación con los niños para dar paso a relaciones orientadas hacia la protección integral de estos últimos, quienes son titulares activos de sus derechos y deben ser escuchados —en función de su edad y desarrollo— en los asuntos que les conciernen.

De acuerdo con los anteriores planteamientos, nos preguntamos: *¿cuál es el estatuto jurídico del derecho de infancia en Colombia a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 y la adopción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño?*, asunto que respondemos en tres numerales: el primero presenta las tres tesis que la doctrina nacional —como elemento auxiliar para la investigación científica del derecho— ha elaborado respecto de las relaciones entre el derecho de infancia y el derecho de familia. El segundo ilustra que *la tesis intermedia de las relaciones entre el derecho de infancia y el derecho de familia responde adecuadamente a la relación entre la Constitución y el derecho de infancia en el Estado social de derecho.* El tercer numeral también respalda que *la tesis intermedia de las relaciones entre el derecho de infancia y el derecho de familia responde de mejor manera, pues, a través de la argumentación jurídica y la argumentación constitucional, se vincula al derecho de infancia con la Constitución*.

II. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE FAMILIA Y EL DERECHO DE INFANCIA EN COLOMBIA

La regulación de las relaciones de familia al final del siglo XIX y comienzos del siglo XX no tuvo en cuenta a los niños como especificidad jurídica, pero sí señaló algunos de los elementos a través de los cuales se puede identificar cuál era su posición jurídica.

Así, de un lado están los *hijos de familia*, cuyas relaciones jurídicas, reguladas por el Código Civil que está vigente desde 1887, aunque con modificaciones sustanciales especialmente en persona y familia, tenían un carácter de imposición de los padres, sin que a los hijos les fuera posible oponerse (arts. 288 a 311); al lado de estos se encontraban los *menores*¸ quienes eran acogidos por el Estado para ser reprimidos y castigados (Ley 83 de 1946). La doctrina no se ocupó de estudiar a los hijos de familia y a los menores de manera separada a la familia, sino que su estudio se hizo en breves capítulos dentro de los textos del derecho de familia, y circunscribiéndose sólo a esta rama del

derecho; en el caso de los menores, la doctrina se ocupó de ellos aún más esporádicamente dentro de algunos textos de derecho penal.

Posteriormente, y a instancias del trabajo de la Sociedad de las Naciones luego de la Primera Guerra Mundial, el campo jurídico de actuación de los menores y los hijos de familia se amplió, pues desde este organismo se hicieron las primeras declaraciones para reconocerlos como sujetos de derecho. Por esta razón, la doctrina colombiana consideró que la regulación jurídica de los niños era un asunto independiente del derecho de familia, que se regulaba por principios propios y tenía una lógica diferente a la de esta última rama del derecho. Surge aquí la concepción de la independencia del derecho de los niños frente al derecho de familia.

Como consecuencia tanto de la ratificación, en 1989, de la CDN, como de la aprobación de una nueva Constitución Política en 1991, la doctrina colombiana comienza a desarrollar una tesis intermedia de las relaciones entre el derecho de familia y el derecho de infancia, según la cual, si bien es cierto que las relaciones jurídicas de los niños tienen caracteres especiales, ellas no se circunscriben solo al derecho de infancia, abarcan también una importante porción del derecho de familia —pues es en este ámbito donde se desarrollan las relaciones entre los padres y los hijos— e, incluso, también tocan otras ramas, como ocurre con el derecho del consumo o el derecho laboral.

Así, las normas básicas que dan lugar a una nueva concepción jurídica de la infancia y la adolescencia son los arts. 44 y 45 de la Constitución Política, así como también la Convención de los Derechos del Niño, incorporada en la legislación nacional mediante la Ley 12 de 1991.

Las normas constitucionales mencionadas disponen:

> ARTÍCULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.
>
> La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.
>
> Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

> ARTÍCULO 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.
>
> El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

A su turno, la Convención de los Derechos del Niño señala, en sus arts. 1º y 2º, lo siguiente:

> ARTÍCULO 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.
>
> ARTÍCULO 2. 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
>
> 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Como puede observarse, de la lectura de estas normas se infiere un nuevo estatuto jurídico para la infancia, que pasa de estar dividida en categorías con tratamientos disímiles a ser considerada en sí misma un grupo de especial protección y atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado; atención que debe brindarse para todos los niños, sin importar cuál sea su condición; igualmente, se les reconoce de manera expresa como sujetos titulares de derechos.

Esta consideración normativa tiene importantes implicaciones para reconocer cuál es el lugar que la doctrina le da al derecho de infancia en relación con el derecho de familia. Es así como se pueden distinguir tres enfoques o tesis, sobre esta relación: uno que considera el derecho de infancia subordinado al derecho de familia; otro, que concibe estas ramas del derecho como independientes; y un último, que las considera vinculadas a través de la Constitución. De ellas nos ocuparemos a continuación.

1. TESIS DE LA *SUBORDINACIÓN* DEL DERECHO DE INFANCIA AL DERECHO DE FAMILIA

Quienes sostienen que el derecho de infancia está inmerso o se subordina al derecho de familia, apelan al desarrollo histórico de las relaciones familiares y consideran que el objeto del derecho de familia es regular las relaciones en su interior, y, principalmente, las de los padres con sus hijos. A esta familia se le conoce como familia en sentido estricto (Monroy, 2007: 2) o familia nuclear (Bossert y Zannoni, 2004: 6) y tiene como fin principal la reproducción (Medina, 2014: 34). Para estos autores el derecho de familia es una especialidad del derecho civil y, por lo tanto, es derecho privado regido por normas de orden público (Bossert y Zannoni, 2004: 10-11; Monroy, 2007: 34); y aun cuando algunos consideran que el derecho de infancia debiera ser independiente (Monroy, 2007: 35), finalmente sostienen que para efectos de su estudio, se entiende parte del derecho de familia (Bossert y Zannoni, 2004: 10-20, y 117; Monroy, 2007: 36; Medina, 2014: 35, 897, 899-901).

Dentro de esta corriente podemos identificar que las relaciones familiares de los niños con sus padres tienen las siguientes características: el centro de la familia es la familia nuclear, en la cual existen relaciones de autoridad sobre los hijos, enmarcadas principalmente en la patria potestad; esta autoridad es ejercida por los padres, atendiendo a sus propios intereses, pero también considerando el interés de los hijos (Bossert y Zannoni, 2004: 481-552; Monroy, 2007: 212-214; Medina, 2014: 622-623); en caso de desacuerdos, la asignación y/o distribución de las facultades derivadas de la misma es materia judicial; la falta de uno de los padres habilita al otro para ejercer exclusivamente la patria potestad, y la ausencia de ambos o el incumplimiento en las funciones implica la suspensión o privación de la patria potestad y el nombramiento de un tutor; y solo en ausencia o defecto del cumplimiento de los deberes de la familia, los niños estarán al cuidado del Estado (Bossert y Zannoni, 2004: 322 y 385; Monroy, 2007: 6-7; Medina, 2014: 679-681).

Por lo tanto, si el derecho de infancia es parte del derecho de familia y este, a su vez, es derecho civil, a las relaciones familiares entre padres e hijos puede aplicarse la teoría del negocio jurídico y de la capacidad para obligarse. De acuerdo con ello, los hijos son incapaces para obligarse por sí mismos y, por lo tanto, son sus padres quienes, en ejercicio de la patria potestad, toman las decisiones en su favor, atendiendo a su interés superior (Bossert y Zannoni, 2004: 543; Monroy, 2007: 109-134). Además, coinciden en afirmar que los derechos derivados de las relaciones familiares son *derechos subjetivos familiares* (Bossert y Zannoni, 2004: 9; Valencia y Ortiz, 2016: 278), y clasifican su estudio en aquellos que sirven para satisfacer intereses propios del titular del

derecho, como la reclamación por alimentos para sí mismo, también llamados *poderes-funciones*, y los que se le otorgan para la protección de intereses ajenos, que es el caso de la patria potestad, que son *derechos-deberes.*

Aunque resulta importante que dentro de esta concepción se reconozca la relación entre la Constitución y el derecho civil —derecho de familia—, la gran dificultad de esta corriente teórica es que desconoce que en varios casos las soluciones que ofrece el derecho de familia para asuntos en los cuales están involucrados los niños suelen estar en el sentido contrario a las que, para la misma situación, plantea el derecho de infancia. Esto ocurre, por ejemplo, con la regulación sobre el matrimonio de los menores de edad y la autorización para que el niño ingrese en las fuerzas armadas.

2. TESIS DE LA *INDEPENDENCIA* DEL DERECHO DE INFANCIA FRENTE AL DERECHO DE FAMILIA

Las contradicciones entre las soluciones del derecho civil y las soluciones del derecho de infancia allanaron el camino para que un sector de la doctrina considerara que el derecho de infancia es una regulación jurídica específica y, por lo tanto, independiente del derecho de familia. Quienes sostienen esta postura no indagan por su carácter de derecho privado o derecho público, pues dan por descontado que este viejo debate está superado, y consideran que la ratificación de la CDN es el punto de partida para el surgimiento de esta nueva rama, cuya finalidad es suplir, desde el derecho, «la necesidad de arbitrar estrategias encaminadas a la atención adecuada de la niñez en aras de la formación de mejores adultos» (Liwsky, 2007: 15; Quiroz, 2009: 3; Rojas, 2008: 5).

La entrada en vigor de la CDN generó en cada uno de los países que la adoptaron el desarrollo de legislaciones específicas para regular la situación jurídica de los niños y adaptar la Convención a la normatividad interna (Torrado, 2007: 66; Daza, 2007: 78; Rojas, 2008: 5). Este proceso de adecuación no fue, en principio, afortunado: en 2004, UNICEF consideró que los únicos países que no habían adoptado legislaciones significativas en este sentido eran Argentina, Colombia, Chile y Cuba (2004: 12-15), esto pese a que Colombia expidió, en 1989, casi de manera simultánea con la ratificación de la CDN, el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, norma que, aunque duramente criticada, estuvo vigente hasta 2006, cuando se expidió el actual Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

El mencionado Código del Menor, aun cuando para algunos fue un avance (Puyana, 2007: 313), recibió en gran medida críticas, pues dentro del universo de los niños se ocupó únicamente de los *menores en situación irregular* y dejó la protección de los demás, si no de lado, por lo menos

regulada por las normas civiles y dentro del ámbito de la familia, esto es, bajo las condiciones mencionadas anteriormente. Los autores que defienden la autonomía del derecho de infancia con respecto al derecho de familia en Colombia consideran que, dentro de la legislación interna, el hito de protección de los derechos de los niños tuvo un importante avance con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia en 2006, el cual enriqueció «el catálogo de derechos en favor de la niñez, desarrollando en detalle los principios contemplados en las normas de derecho internacional» (Rojas, 2008: 16-17).

Para este sector, los pilares del derecho de infancia son: el reconocimiento del interés superior del niño; el reconocimiento de que todas las personas menores de 18 años son sujetos de derecho y no solo objeto de protección (Quiroz, 2009: 3; Rojas, 2008: 17-18) y el cambio en el ejercicio de la patria potestad, la cual se orienta únicamente a la protección y cuidados indispensables de los niños. Esto tiene como consecuencia que las relaciones entre los niños y los adultos se dan «en un espacio de autonomía, dependencia y respeto, no de sumisión o limitación de los derechos» (Quiroz, 2009: 59).

3. TESIS *INTERMEDIA* DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE INFANCIA Y EL DERECHO DE FAMILIA

Pese a que quienes defienden la independencia del derecho de infancia con respecto al derecho de familia reconocen las relaciones entre la Constitución y la regulación jurídica de los niños, no es menos cierto que desconocen que el cambio promovido por la CDN no se agota con la expedición de una legislación adecuada, sino que implica «la revisión de todas las normas que afectan a la infancia siendo prácticamente la totalidad del acervo jurídico de un país» (UNICEF, 2003: 5), lo que incluye relacionarlo con el derecho de familia. Así, si una de las obligaciones de los Estados parte de la CDN es tomar las medidas legislativas necesarias para que los niños sean titulares activos de los derechos y se garantice su interés superior, dichas medidas no se agotan con la expedición de un Código que regule las relaciones jurídicas de los niños, sino que la totalidad de la legislación interna debe ser modificada, interpretada y/o aplicada de acuerdo con las disposiciones de la Convención.

Esta afirmación no solo demuestra que las relaciones entre el derecho de infancia y el derecho de familia no pueden entenderse como de subordinación o de autonomía del primero frente al segundo, sino que uno y otro transforman su contenido de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, si bien es muy importante que existan normas específicas para regular las relaciones jurídicas de los niños, no podemos olvidar

que en todo el ordenamiento existen normas que resultan también aplicables a ellos, y una gran parte de estas normas están dentro del campo del derecho de familia (Kemelmajer, 2010: 384-446).

Es así como bajo la premisa de que el derecho de infancia está constituido no solo por los códigos creados para regular las relaciones jurídicas de los niños, sino también por todas aquellas normas que, de cualquier manera, los tienen como destinatarios, existe una corriente teórica *intermedia*. Para estos autores, la familia sigue siendo la conformada por los padres y los hijos, pero su estructura o diferentes tipologías y las relaciones entre sus miembros se ven impactadas no solo por los cambios económicos y sociales, sino también por la expedición de textos constitucionales que, en algunos casos, modificaron el sentido y alcance de la legislación civil sobre la familia, y en otros, motivaron la expedición de nuevas normas para regular situaciones familiares que, de hecho, existían y no gozaban de protección jurídica (Naciones Unidas, 1993: 7-8; Álvarez, 1988: 21-27; Valencia y Ortiz, 1995: 16-33; Kemelmajer, 2010: 93-124).

Así, la noción de autoridad ya no explica ni permite cohesionar a la familia, sino que son los conceptos de libertad, dignidad de la persona y el pluralismo social, así como también el de comunidad doméstica, los que permiten entender que las relaciones entre padres e hijos se dan hoy en un plano de coordinación, pero dentro de un marco de actuación diseñado por el legislador, cuya intervención —moderada— se justifica tanto para trazar los límites de estas relaciones como para suplir el rol de aquellas familias que no cumplieron con su cometido (Álvarez, 1988: 17; Valencia y Ortiz, 1995: 392; Kemelmajer, 2010: 35).

Si se considera entonces que la regulación del derecho de infancia desborda en el ámbito interno, este comprende también —aunque no de forma exclusiva o excluyente— aquellas normas que tienen como destinatarios a los niños, por lo que resulta imposible negar la relación entre el derecho de familia y el derecho de infancia. Y si añadimos que los criterios de interpretación y aplicación de estas normas están sometidos a la Constitución y a los tratados internacionales —y entre estos últimos la CDN—, tenemos que aceptar que en la relación entre el derecho de infancia y el derecho de familia no prima uno sobre el otro, sino que estos se someten a la Constitución y a los tratados internacionales en favor de los niños, principalmente a la CDN. Como consecuencia, dentro de esta corriente doctrinaria, derecho de infancia y derecho de familia se estudian simultáneamente, con los cambios que en su interpretación y aplicación imponen la Constitución y los tratados internacionales. A continuación nos ocuparemos de la relación entre la Constitución, el derecho de familia y el derecho de infancia en el Estado social de derecho.

III. LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. REFERENCIA AL DERECHO DE INFANCIA

Concebido el Estado como una abstracción social (Moncayo, 2004: 71), una estructura social (Heller, 1987: 21) o el productor del derecho que rige la sociedad (Bobbio, 1997: 169), preguntamos: ¿cuál es la relación entre el Estado y el derecho en el Estado social de derecho? En este sentido, y según lo plantea Heller, uno y otro —Estado y derecho— tienen una relación de interdependencia, ambos existen en función del hombre sujeto social y, por lo tanto, mutan por los cambios sociales. Bobbio, en contraste, considera al derecho como un elemento constitutivo del Estado, mientras que, para Moncayo, el derecho es un instrumento de dominación de los individuos. Esta relación entre el Estado y el derecho en función de la persona resulta de gran importancia para comprender el actual estatuto jurídico del derecho de infancia en Colombia, puesto que si el Estado está en función de la persona, del sujeto de derechos, la justicia constitucional logra, en varios casos, el cometido de hacer efectivos los derechos de la infancia en un contexto en el cual estos no son ya simples objetos de protección, sino que resultan ser sujetos activos titulares de sus derechos.

Aun cuando es claro que derecho no equivale a Estado ni viceversa, sí es la relación entre uno y otro en el Estado social de derecho la que permite abordar el papel que cumple el derecho dentro del Estado, el rol de la Constitución y del bloque de constitucionalidad en el Estado social de derecho, como parámetro obligatorio para la interpretación de las demás normas del ordenamiento jurídico, lo que se traduce en el derecho de infancia, en la interpretación conforme con el principio del interés superior para, de un lado, jerarquizarlas respecto de otras normas, y del otro, generar diálogos entre la Constitución, el derecho de infancia y otras ramas del derecho.

Por lo tanto, las consideraciones que se presentarán con respecto a las relaciones entre la Constitución tomada desde su valor jurídico como norma fundamental del Estado y fundamento máximo de las demás normas jurídicas sustentan la necesaria vinculación entre la Constitución y el derecho de infancia, y entre este, aquella y las demás ramas del derecho sustentan adecuadamente que el derecho de infancia, considerado desde su estudio doctrinal, no debe ser considerado ni como un apéndice del derecho de familia *(tesis de la subordinación)*¸ así como tampoco se lo debe entender como totalmente desligado e independiente de esta rama del derecho *(tesis de la independencia)* y, por el contrario, sí se lo debe considerar como vinculado *(tesis intermedia)* tanto con la Constitución, de la cual derivaría su validez y la interpretación conforme a ella se convertiría en una válvula de escape y nutrición de nuevas

formas jurídicas, como con las otras ramas del derecho, incluyendo el derecho de las relaciones familiares.

1. ESTADO Y SOCIEDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Teniendo en cuenta la relación entre el Estado y el derecho y reconociendo al Estado como productor del derecho, el cual objetiva las decisiones de los hombres (Heller, 1987: 199-207), abordaremos el rol del derecho en la transformación del Estado, y para justificar desde la teoría del Estado la importancia del sujeto jurídico niño, niña o adolescente.

Atendiendo a la relación jerárquica, es importante indicar el papel de la Constitución en la estructura del Estado (Heller, 1987: 267-268). Pero la Constitución no se concreta solo en una estructura normativa de superior jerarquía única, positivizada, pues, de acuerdo con Heller, «es necesario, además, que recoja elementos de la realidad, de lo social, de la cultura y el contexto en el que ella fue producida, para que así pueda ser ella eficaz» (Heller, 1987: 290; García, 1994: 126). Pasemos ahora a revisar el papel de la Constitución dentro del Estado social de derecho.

2. LA CONSTITUCIÓN Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Entendiendo, pues, que el derecho es un elemento/producto del Estado, y que es a través de este que aquel logra dominar a la población (en una concepción capitalista), o le da sustento jurídico a las aspiraciones de los múltiples grupos sociales que conforman su población (si nos atenemos a una concepción más social), y que dentro de las normas jurídicas existe, en el Estado, primero en el Estado de derecho y luego en el Estado social de derecho, una jerarquía normativa encabezada por la Constitución; surge la necesidad de identificar cuál es el rol, el valor que esa norma máxima cumple en el Estado social de derecho.

Sobre este valor de la Constitución, señala Blanco que «la configuración del esquema de separación de poderes adoptado en las dos experiencias históricas revolucionarias liberales generadoras hacia el futuro de auténticos *modelos* constitucionales, las de la Revolución francesa y la Revolución Norteamericana, presenta notable relación, y en un cierto aspecto ha sido decisiva, del *valor* de la Constitución» (1994: 29).

Este valor es tanto político como jurídico. Por ello, sin desconocer la importancia del valor político de la Constitución, queremos ahora adentrarnos en su valor como norma jurídica, pues define el sistema de fuentes formales del derecho, y tiene una pretensión de permanencia (García de Enterría,

1991: 49-50). Estas reflexiones también resultan aplicables al caso colombiano, debido a la influencia que tuvo el constitucionalismo europeo en general, y la Constitución española de 1978 en particular, sobre los procesos constitucionales latinoamericanos a partir de la década de los ochenta del siglo pasado (Haro, 2005: 80-84).

En materia de los derechos de los niños, el principio de la supremacía del interés superior del niño, consagrado en la parte final del art. 44 de la Constitución Política de Colombia, se constituye, de esta forma, en un elemento trascendental para la interpretación, no solo de las normas propias del derecho de infancia, sino también de aquellas que, estando en el derecho de familia, o en otras ramas del derecho, se relacionen con el ejercicio de sus derechos, de suerte que este principio no solo condiciona, en el sentido de jerarquizar la interpretación de las demás normas conforme al mismo, sino que posibilita un diálogo normativo en dos vías. De un lado, entre la Constitución, materializada en el principio del interés superior del niño y el derecho de infancia, y del otro, entre esta Constitución y las demás ramas del derecho en cuanto tengan relación, directa o indirecta, con el ejercicio de los derechos de los niños.

En el caso colombiano, la Constitución no solo está compuesta por la totalidad de los artículos de la Constitución, también comprende los tratados y convenios internacionales, dentro del concepto de *bloque de constitucionalidad* (Uprimny, 1992: 2; Corte Constitucional, Sentencias C-578/95, C-358/97 y C-191/98).

La Corte Constitucional colombiana considera que el bloque de constitucionalidad en materia de derechos de los niños, entre otros instrumentos internacionales, está conformado por:

> La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrado a la legislación interna mediante la Ley 74 de 1968, la Convención de las Naciones Unidas de 1989, sobre los derechos del niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1992, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993 (Ley 265 de 1996), la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobado mediante la Ley 16 de 1972, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Ley 74 de 1968— y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, «Protocolo de San Salvador», aprobado por Colombia mediante Ley 319 de 1996 (Sentencia C-240/09).

Tanto la consagración constitucional de los derechos de los niños como la noción de bloque de constitucionalidad son elementos que, en conjunto, permitieron estructurar la protección constitucional de la infancia bajo las siguientes premisas, establecidas por la Corte Constitucional antes de la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia (Sentencia C-157/07): i) sus derechos son fundamentales y prevalentes, de suerte que el ámbito normativo constitucional de protección se amplía con las normas internacionales que por disposición de la propia Carta ingresan al régimen de derechos de los niños; y ii) debido a su edad, los niños son considerados sujetos de especial protección constitucional, lo que se traduce en el deber imperativo del Estado de garantizar su bienestar.

3. LA RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO DE LA INFANCIA EN COLOMBIA

Derivado de la comprensión de la Constitución como el texto de la misma más el bloque de constitucionalidad, los niños son hoy sujetos activos titulares de derecho, y su capacidad de ejercicio supera la señalada ordinariamente en las normas civiles, para darle aplicación a la consideración de su interés superior, y al derecho que les asiste para que sean escuchados y sus opiniones tenidas en cuenta en función de su edad y desarrollo, en aplicación de la denominada capacidad progresiva de ejercicio de los derechos.

Ocurre, en el caso de los derechos de los niños, que pese a que son reconocidos en el texto constitucional como fundamentales, y se establece allí también como principio para la interpretación el interés superior del niño, este principio puede considerarse, de acuerdo con la terminología propuesta por Ferreres, un *concepto esencialmente controvertido*, toda vez que «es claro que expresa un criterio normativo, pero personas distintas están en desacuerdo acerca del contenido específico de este criterio» y «estas expresiones controvertidas no remiten a cualquier juicio de valor, sino que señalan qué dimensión valorativa es la que hay que tomar en consideración como relevante» (1997: 25-36). Para el caso del reconocimiento de los derechos de los niños como fundamentales, es claro que este es un principio que goza de amplia aceptación y consenso en el ordenamiento jurídico colombiano, pero no ocurre lo mismo con la determinación de lo que se entiende por interés superior del niño, pues aun cuando el Comité de los Derechos del Niño realizó, en 2013, una observación general relativa a la consideración del interés superior, este último viene siendo un criterio indeterminado.

Es entonces el reconocimiento de la fundamentabilidad de los derechos de los niños, lo que Ferreres denomina como una clausula abstracta, la cual le permite al juez «extender la protección constitucional a aspectos de la libertad

y la dignidad humanas que trascienden el ámbito protegido por disposiciones más específicas» (1997: 132). Ahora bien, ¿en qué consiste que un derecho o varios derechos —como en el caso de los niños— sean reconocidos como fundamentales? Prieto sostiene que «la interpretación formal y abstracta sobre los valores morales que venimos comentando se corresponde con la concepción liberal de los derechos humanos, así como una fundamentación de los mismos de corte iusnaturalista y racional» (1990: 23), además, dice Prieto que «no comprende sólo un programa de defensa del individuo, sino también, inescindiblemente, un modelo de comunidad política, que se conoce con el nombre de Estado de Derecho» (*ibid.*: 26).

Es esto, justamente, lo que ocurre con el reconocimiento de la fundamentabilidad de los derechos de los niños: no solo encarnan la pretensión humanista de que estos, los niños, sean efectivamente considerados como sujetos de derecho, sino que también, por otro lado, permiten generalizar esta condición y derivar de dicho reconocimiento aplicaciones que, solo desde el punto de vista de la ley, resultarían por lo menos problemáticas, o generan contradicciones entre normas del mismo rango, como sería el caso de considerar, solo desde el punto de vista legal, la capacidad jurídica de ejercicio de los niños prevista en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en relación con el régimen general de capacidad para celebrar negocios jurídicos previsto en la legislación civil y mercantil: si solo consideramos estas normas, tendríamos que acudir a los criterios de especialidad y de ley posterior para darle aplicación al Código de la Infancia y la Adolescencia; y aun así, la duda surgiría en la aplicación de estas reglas al consentimiento para que el niño autorice la realización, en su cuerpo, de intervenciones quirúrgicas invasivas, pero si se toma en cuenta la norma constitucional que los señala como fundamentales, se integra a ello el bloque de constitucionalidad en materia de los derechos de los niños, surgen otros elementos a considerar, tales como la capacidad progresiva de ejercicio de los derechos por parte de los niños y, derivado de ella, el derecho que estos —los niños— tienen, para ser escuchados en todos los asuntos que les afecten y, en consecuencia, el derecho que tienen a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en función de su edad y desarrollo.

Sobre la consagración de los derechos fundamentales, sostiene Alexy que «siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho», y vincula, así, la consideración de una norma de derecho fundamental a un criterio formal, esto es, es fundamental el derecho que se encuentre consagrado como tal en la Ley Fundamental. Ahora, una clasificación señalada como esencial para hablar de derechos fundamentales es, de acuerdo con Alexy, la distinción entre reglas y principios. Respecto de los primeros, señala que:

> [...] son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización* que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es, o bien una regla o un principio (1993: 86-87).

Así, en el sentido expresado por Alexy, el interés superior del niño es, en tanto principio, un mandato de optimización que debe ser cumplido en la medida en que la realidad y el derecho lo permitan; en tanto que otras normas que regulan las relaciones jurídicas de los niños, serán reglas que deberán ser acatadas si son válidas, con arreglo a criterios formales de validez.

Otra distinción que es considerada importante por Alexy es entre principios y valores. Al respecto, señala: «La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo del principio *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico, respectivamente» (1993: 147). Ahora, si se considera como un todo, sostiene Alexy que el derecho fundamental «está compuesto por elementos con una estructura bien definida, es decir, las distintas posiciones del ciudadano y del Estado, y entre estas posiciones existen relaciones claramente determinables, las relaciones de precisión medio/fin y las relaciones de ponderación» (1993: 245).

Aquí sostenemos que, aun cuando la referencia genérica a la fundamentabilidad de los derechos de los niños en la Constitución Política pudiera prestarse para un hondo debate, la Corte Constitucional —en tanto intérprete y garante de la supremacía constitucional— ha jugado un importante papel en la interpretación y decantación de las relaciones jurídicas de los niños. Tal es el caso de la capacidad de los niños para decidir sobre la realización de intervenciones quirúrgicas en sus cuerpos, pues en este escenario los pronunciamientos de la Corte no solo sustentan la especialidad del derecho de los niños frente a las reglas negociales propias del derecho civil, sino que muestran el carácter actual de las relaciones jurídico-familiares entre los padres y los hijos menores de edad.

IV. LA VINCULACIÓN DEL DERECHO DE INFANCIA CON LA CONSTITUCIÓN: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

La justificación jurídica, esto es, por referencia a criterios aceptados por el derecho de acuerdo con las normas que este fija para su aceptación, es el principal objeto de la argumentación jurídica, por lo que conviene ahora revisar el concepto y las características de la argumentación constitucional, entendida esta como una especie dentro del género de la argumentación. Esta argumentación constitucional cobra importancia, pues siendo hoy día la Constitución no solo la norma superior, sino de aplicación inmediata, lo que conlleva un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y, con ello, la creciente importancia de que las decisiones tomadas por el juez constitucional, en tanto intérprete de la Constitución, sean fundamentadas y controladas racional y normativamente, constituyen razones de mucho peso para considerar la importancia actual de la interpretación constitucional.

Una vez señaladas las particularidades y los retos de la interpretación constitucional en tanto espacie de interpretación jurídica, nos corresponderá examinar la forma en que la jurisdicción constitucional contribuye a la vinculación del derecho (objetivo fundamental) de los niños con la Constitución, y para esto nos serviremos de los cuatro principios estructurantes de la CDN, a saber: no discriminación; vida, supervivencia y desarrollo; interés superior del niño, y respeto por las opiniones del niño.

Bajo este entendido, no solo la *tesis intermedia* de las relaciones entre el derecho de familia y los derechos de los niños se sustenta adecuadamente si se tiene en cuenta la necesaria vinculación entre la Constitución y el derecho de los niños, por una parte, y entre este, la Constitución y las demás ramas del derecho, por el otro —aspecto del cual nos ocupamos en el apartado anterior—; sino que esta vinculación se puede demostrar a partir de la argumentación que la Corte Constitucional, en tanto intérprete de la Constitución y en aplicación de los principios estructurantes de la CDN, ha realizado para materializar el vínculo entre la Constitución y el derecho de infancia.

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Cuando comenzó la secularización del conocimiento surgió la argumentación jurídica, entendida como la necesidad de justificar una decisión (Tamayo y Salmorán, 2003: 54), hecho que ocurre en tres campos: la producción de normas jurídicas; la aplicación de normas jurídicas a casos concretos, y la dogmática jurídica. Esta última, a su vez, asume tres tareas: suministra criterios para la producción del derecho en diferentes instancias; presenta criterios para

la aplicación del derecho, y ordena y sistematiza un sector del ordenamiento jurídico (Atienza, 2005: 1-2).

De lo que trata la argumentación jurídica es de encontrar normas para fundar la creación de normas o, como señala Tamayo y Salmorán, «la deducción de conclusiones a partir de principios fundamentales» (2003: 85). Alexy distingue así varios tipos de discusiones jurídicas: «[...] de la dogmática, las deliberaciones de los jueces, los debates ante los tribunales, el tratamiento de cuestiones jurídicas en los órganos legislativos, en comisiones y en comités, la discusión de cuestiones jurídicas (por ejemplo, entre estudiantes, entre abogados y entre juristas de la administración o de empresas), así como la discusión sobre problemas jurídicos en los medios de comunicación en que aparezcan argumentos jurídicos» (1993: 179). Perelman, por su parte, considera que «toda argumentación pretende la adhesión de los individuos, y, por tanto, supone la existencia de un contacto intelectual» (Hart, 1994: 125).

En conclusión, la justificación jurídica, esto es, por referencia a criterios aceptados por el derecho de acuerdo con las normas que esta fija para su aceptación, es el principal objeto de la argumentación jurídica, por lo que conviene ahora revisar las características y el alcance de la argumentación constitucional, entendida esta como una especie dentro del género de la argumentación.

2. ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL: CARACTERÍSTICAS Y ALCANCES

Es innegable el papel que la interpretación constitucional juega en la eficacia de los derechos fundamentales —como lo son los derechos de los niños—. Tal y como se ha señalado en líneas anteriores, y siendo hoy día la Constitución no solo la norma superior, sino que puede ser aplicada inmediata y directamente, lo que conlleva un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y, con ello, la creciente importancia de que las decisiones tomadas por el juez constitucional, en tanto intérprete de la Constitución, sean fundamentadas y controladas racional y normativamente, constituyen razones de mucho peso para considerar la importancia actual de la interpretación constitucional (Uprimny, 2000: 455).

El punto de partida de Uprimny es que: «La interpretación constitucional comparte ciertos rasgos y dificultades con la práctica hermenéutica en los otros campos del derecho, pues en todos los casos se trata de una labor jurídica, en donde unos jueces, por medio de procedimientos institucionalizados, resuelven controversias, invocando para ello unos patrones normativos relativamente predeterminados y compartidos». Pero aparte de estos rasgos, también tiene particularidades: en primer lugar, dice Uprimny,

«las características de la norma a ser interpretada (el texto constitucional), como con el lugar que ocupa el juez constitucional en el sistema político y el impacto de sus decisiones» (2000: 457).

Los textos constitucionales, que son el objeto de interpretación constitucional, tienen nociones abiertas y elásticas; son «principialistas», en el sentido de que sus normas son «formuladas en términos de principios, esto es, indican que un determinado valor debe ser protegido en la mayor medida posible, pero sin especificar las condiciones de aplicación de ese mandato, ni las consecuencias que derivan de su incumplimiento», y están atravesados por tensiones normativas permanentes y profundas, sin que la propia norma fundamental establezca jerarquías o preferencias entre esos principios (Zagrebelsky, 1995: 146).

La justicia constitucional tiene también características que la distinguen de la demás administración de justicia: en primer lugar, el juez constitucional «tiene la posibilidad de inaplicar (en los sistemas de control difuso) o anular (en aquellos de control concentrado) una ley que vulnere disposiciones constitucionales»; asunto este que les está vedado a los demás jueces; además de ello, las decisiones que se toman en el Tribunal Constitucional, por ser este no solo órgano de cierre, sino intérprete de la Constitución, carecen de recursos, y con ello, deviene este tribunal en un órgano jurídicamente infalible; y, finalmente, las decisiones de los tribunales constitucionales tienen gran impacto en la sociedad, ya sea porque tienen efecto *erga omnes*, o porque la doctrina que elabora debe ser respetada por otros órganos estatales (Uprimny, 2000: 459-461).

Estas características —de acuerdo con lo señalado por Uprimny— tienen un impacto muy importante en la interpretación constitucional, y esta, en consecuencia, está expuesto a interpretaciones diversas, derivadas de, por ejemplo, categorías constitucionales muy abiertas; o también de tensiones a nivel de principios si es que la mayoría de las normas constitucionales están formuladas bajo esta forma, por lo que resulta de la mayor importancia reducir la discrecionalidad de estos jueces (2000: 461-464).

En conclusión, la especial consideración, alcance y conformación de los tribunales constitucionales, de los jueces constitucionales y de la interpretación constitucional hace necesario que se establezcan controles para que esta actividad sea lo más racional posible, limitando al máximo la arbitrariedad. En este sentido, cobra importancia la afirmación de Dworkin según la cual la verdadera respuesta correcta «corresponde a la teoría que es capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes» (1997: 21).

3. MECANISMOS DE VINCULACIÓN DEL DERECHO DE INFANCIA CON LA CONSTITUCIÓN: LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Teniendo en cuenta a Dworkin, «el derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno» (1997: 17), afirmación que cobra importancia en el punto del derecho de infancia. Así, una vez señaladas las particularidades y retos de la interpretación constitucional en tanto espacie de interpretación jurídica, nos corresponde ahora examinar la forma en que la jurisdicción constitucional contribuye a la vinculación del derecho de infancia con la Constitución, y para ello nos serviremos de los cuatro principios que el Instituto Interamericano del Niño considera como estructurantes de la Convención, y que utilizaremos como parámetro para agrupar decisiones, pues se encuentran presentes en la Constitución Política de 1991; el Comité de los Derechos del Niño los utiliza para realizar las recomendaciones a los Estados Partes de la CDN; y son aplicados por la Corte Constitucional colombiana tanto en virtud del control de constitucionalidad como en la protección de derechos fundamentales.

Estos principios, considerados como el eje de la CDN, son: la no discriminación; la vida, supervivencia y desarrollo; el interés superior del niño y el respeto por las opiniones del niño. Debemos señalar que esta no es la única clasificación de los principios que la estructuran: Cillero y Madarriaga consideran que «se estructura a partir de ciertos principios como los de interés superior del niño, no discriminación, efectividad y participación» (1999: 24). La importancia de presentar la CDN a partir de principios radica en que ellos, siendo fundamento de los derechos allí positivizados, le permiten al juez adoptar decisiones para los casos difíciles, tomándolos como base de los derechos discutidos (Dworkin, 1997: 21).

La utilización de estos principios por parte de la Corte Constitucional no obedece a la lógica de subsunción, sino que evidencia un choque con el entendimiento tradicional del juez como aplicador —no creador— del derecho y la interpretación judicial como mecanismo para aplicar normas oscuras o ambiguas; por el contrario, el uso y aplicación de estos principios son una muestra de la especial forma que toman las prácticas de argumentación a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991. Así lo señala Diego López: «[...] el cambio, en breve, puede resumirse en lo siguiente: junto al texto expreso de la Constitución, antaño fuente indisputada de todo el derecho constitucional, hoy en día aparece el juez constitucional, a través de su jurisprudencia, como un creador consciente de subreglas constitucionales y no simplemente como un aplicador pasivo de los textos superiores» (2006: 3). Este punto cobra especial importancia en el derecho de los niños, pues

al aplicar estos principios que estructuran la CIDN, la Corte Constitucional creó nuevas reglas de interpretación, tal y como pasa a verse.

Respecto del *principio de no discriminación de los niños,* el Comité de los Derechos del Niño señaló en la Observación General 5 que esta obligación exige que:

> [...] los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. […] Hay que poner de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico. En una Observación General del Comité de Derechos Humanos se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminació».

El Instituto Interamericano del Niño establece que, en virtud de este principio, todos los niños tienen el mismo derecho a desarrollar su potencial sin importar su raza, color, género, lengua, opinión, origen, discapacidad, nacimiento u otra característica. Esta consideración del niño como un sujeto con derecho a igual consideración y respeto respecto de los adultos es, de acuerdo con el planteamiento de Dworkin, un triunfo frente a la mayoría (1997: 16). En virtud de esta prohibición de discriminación, la Corte Constitucional colombiana ordenó que factores como la edad (T-447/05) o la discapacidad de los niños (T-429/92 y T-440/04) no influyeran en el cumplimiento de la obligación estatal de brindar educación integral, y exhortó al Ministerio de Educación para que implementara programas de formación especializada a los docentes del país, con el fin de educar a los niños con déficit de atención e hiperactividad (T-255/01), modificó la regla contenida en el art. 62 del Código Civil, y señaló que tanto el padre vencido en el proceso de investigación de la paternidad, así como también el que impugna la paternidad del hijo y cuya pretensión es desestimada en el proceso, sean privados de la patria potestad sobre sus hijos (C-145/10), y declaró la inconstitucionalidad de la norma que diferenciaba la duración de la licencia de paternidad según el tiempo de afiliación al sistema de seguridad social (C-174/09).

En cuanto al *principio de vida, la supervivencia y el desarrollo*, el Comité de los Derechos del Niño señaló que «los niños tienen derecho a que no se les arrebate arbitrariamente la vida, así como a ser beneficiarios de las medidas económicas y sociales que les permitan sobrevivir, llegar a la edad adulta y desarrollarse en el sentido más amplio del término» (Observación General 3). Igualmente, este organismo considera que: «Las ideas de salud y desarrollo tienen un sentido más amplio que el estrictamente derivado de las disposiciones contenidas en los artículos 6 (Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo) y 24 (Derecho a la salud) de la Convención».

Para hacer efectivas estas garantías, la Corte Constitucional colombiana ordenó, por aplicación directa de la Constitución, el suministro de medicamentos (T-286/98, T-460/99, T-256/02, T-738/03, T-1230/03, T-399/04, T-828/04, T-186/05, T-419/05, T-740/05, T-835/05, T-976/05, T-227/06, T-344/06, T-492/07, T-511/07, T-730/07, T-324/08, T-784/08, T-1133/08, T-187/09, T-382/09, T-589/09 y T-563/10), tratamientos (T-067/94) o aparatos médicos (T-514/98 y T-044/99), realizar procedimientos quirúrgicos a niños, para que desde los puntos de vista psíquico, emocional y social, se desarrolle plenamente su personalidad (Sentencias T-068/94, T-659/03 y T-309/06), advirtió a los ciudadanos sobre la posibilidad de acudir a vías ordinarias para resolver asuntos de responsabilidad originados en fallas en la prestación del servicio médico en niños (T-576/08), y ordenó la construcción de instituciones de educación en sitios en donde la vida de los niños (T-349/93, C-225/95 y SU-256-99) no corra peligro por causa del conflicto armado.

Respecto del principio del *interés superior del niño,* en varias disposiciones la CDN hace referencia a este principio, que debe ser observado en los siguientes eventos: medidas que respecto de los niños tomen «las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos» cuando en virtud de decisión judicial y, como medida excepcional, deba separarse al niño de sus padres, sin perjuicio de que mantenga «relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño», en cuanto al cumplimiento de las obligaciones comunes de los padres, referidas a la crianza y desarrollo del niño, cuando el niño deba ser entregado en adopción y en los casos en los que el niño deba ser sometido a sanciones por la infracción de la Ley Penal.

En los términos del Comité de los Derechos del Niño, este principio implica reconocer al niño como centro de las actuaciones que fomentan su desarrollo, tales como la educación (Observación General 1), mecanismos de lucha contra pandemias como el VIH/sida (Observación General 3), y por ello, las autoridades y particulares deben estudiar «sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente» (Observación General 5).

Debido a esta consideración sobre el interés superior del niño, Cillero considera que si bien la aplicación de este principio significa darle prioridad a los derechos del niño sobre otras consideraciones culturales o cálculos de beneficio colectivo, esto también implica concebir que los derechos del niño son derechos humanos y, en esta medida, «facultades que permiten oponerse a los

abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia». En suma, afirma este autor que el interés superior del niño «puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados» (1999: 56).

La Corte Constitucional colombiana no define qué es el interés superior del niño, pero le atribuye como características: es *real*, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del niño y con sus especiales aptitudes físicas y sicológicas; es *independiente* del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; es un concepto *relacional*, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del niño; y consiste en la *garantía* de un interés jurídico supremo, cual es el desarrollo integral y sano de la personalidad del niño (Sentencias T-408/95 y T-1051/03, Guio, 2020: 233-239).

Además, en aplicación de este principio, determinó que la acción de tutela es un mecanismo efectivo para su protección (T-1051/03), pues los niños son sujetos de derecho con protección reforzada (C-184/03); impuso deberes de actuación a las autoridades públicas (T-715/99, C-044/04, C-203/05, T-302/08, T-772/08 y C-684/09), a los particulares (T-494/05 y C-690/08) y a los padres (C-997/04); señaló que, dado que la adopción busca satisfacer el interés superior del niño (T-510/03 y T-543/04) brindándole una familia, declaró ajustada a la Constitución la exigencia legal de un término mínimo de convivencia para conceder la adopción conjunta (C-840/10) señalada en el Código de la Infancia y la Adolescencia (C-149/09 y C-468/09); y estableció que el niño tiene derecho a estar con su familia de crianza, con la que creó vínculos afectivos (T-292/04 y T-497/05). Así, podríamos decir de acuerdo con lo planteado por Diego López, que «el papel de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes de derecho es uno de los grandes temas de la cultura jurídica contemporánea», y su uso ha ido en aumento incluso, como señala el mismo autor, en países de tradición neorromanista (2006: 134-135)

Finalmente, en cuanto al *respeto por las opiniones del niño,* su contenido atraviesa otras disposiciones de la Convención, a saber: i) Derecho a expresar su opinión libremente y a que esta sea tenida en cuenta (art. 12); ii) Libertad de expresión (art. 13); iii) Libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14); iv) Libertad de asociación (art. 15); y v) Acceso a una información adecuada (art. 17).

La Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño está especialmente dedicada a la interpretación de este principio, en ella se señala que el respeto por las opiniones del niño es un derecho de todos los niños sin consideración a su edad, que se entiende como un proceso y no como un acontecimiento singular y aislado, y señala que aunque muchas legislaciones la han incorporado en sus legislaciones, y esto constituye un avance, proscribe aquellas prácticas que evidencian una participación simbólica y/o manipulada por los adultos.

La más importante aplicación de este principio realizada por la Corte Constitucional colombiana la constituye la línea jurisprudencial en materia de consentimiento de los niños para la realización de intervenciones quirúrgicas en su cuerpo (Sentencias T-477/95, SU-337/99, T-551/99, T-692/99, T-1390/00, T-1025/02 y T-1021/03). Así, la Corte Constitucional sostuvo que, por regla general, todo paciente debe manifestar su consentimiento para la realización de intervenciones invasivas en el propio cuerpo, este consentimiento debe ser libre, informado, cualificado, persistente y autónomo *(consentimiento informado)*, excepcionalmente, los padres pueden manifestar su consentimiento sustituto para la realización de intervenciones médicas quirúrgicas en sus hijos menores de cinco años. Este consentimiento también debe ser libre, informado, cualificado, persistente y autónomo *(consentimiento sustituto)*, y los niños que superan los 5 años de edad junto con sus padres pueden otorgar *consentimiento asistido* para la realización de intervenciones invasivas en el cuerpo del niño. Este consentimiento, además de ser libre, informado, cualificado, persistente y autónomo, debe estar siempre coadyuvado por la voluntad del niño, será precedido por la asistencia científica de un equipo interdisciplinario, el cual debe llegar a un consenso médico sobre la mejor alternativa que consulte el principio de beneficencia, y, finalmente, para otorgar este consentimiento, los padres y el niño deben adecuarse a las recomendaciones médicas.

Como *conclusión* de este apartado, podemos señalar que desde 1992 y hasta la fecha, la Corte Constitucional, en calidad de órgano que encabeza la jurisdicción constitucional y entidad encargada de guardar la supremacía de la Constitución y de garantizar la efectividad de los derechos de las personas, ha sido determinante en cuanto a la aplicación directa de los principios constitucionales de: i) no discriminación; ii) vida, supervivencia y desarrollo; iii) interés superior del niño; y iv) respeto por sus opiniones, a las relaciones jurídicas de los niños; principios que, por demás, salvaguardan el principio democrático y se constituyen en elementos que el juez debe tomar en cuenta para crear o descubrir nuevos derechos al decidir en casos difíciles.

V. CONCLUSIONES

Hoy coexisten las tres tesis que describen cómo es la relación entre el derecho de familia y el derecho de infancia en Colombia; cada una de ellas tiene tanto virtudes como dificultades:

El principal *aporte* de la *tesis de la subordinación* del derecho de infancia al derecho de familia es que este sector de la doctrina reconoce la relación entre la Constitución y el derecho civil —derecho de familia—; pero su gran *dificultad* radica en desconocer que, en varios casos, las soluciones que ofrece el derecho de familia para asuntos en los cuales están involucrados los niños suelen estar en el sentido contrario a las que, para la misma situación, plantea el derecho de infancia.

En cuanto a la *tesis de la independencia* del derecho de infancia respecto del derecho de familia, su principal *aporte* es que reconoce las relaciones entre la Constitución y la regulación jurídica de los niños, pero también es cierto que su *dificultad* radica en que desconoce que el derecho de infancia no es solo una regulación específica y especial para las personas menores de edad, sino que ella debe permear todo el sistema jurídico de un país, lo que incluye, por supuesto, relacionar el derecho de infancia con el derecho de familia.

Finalmente, la *tesis intermedia* cuyo *aporte* es relacionar tanto el derecho de infancia con el derecho de familia, y a estos, a su vez, con la Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos es la que describe de mejor manera cómo debe asumir la doctrina colombiana las relaciones entre el derecho de familia y el derecho de infancia, pues no solo reconoce la relación entre la Constitución, el derecho de familia y el derecho de infancia en el Estado social de derecho, sino que, a través de la argumentación jurídica y la argumentación constitucional, vincula al derecho de infancia con la Constitución, lo que permite dinamizarlo y hacerlo efectivo.

Siendo el derecho un producto del Estado, y otorgándole el derecho al Estado no solo su estructura formal, sino todo un andamiaje de normas y principios que deben ser aplicados directamente —los primeros—, y satisfechos en la medida de las posibilidades reales y jurídicas —los segundos—, se descarta que el derecho de infancia dependa de la regulación de las relaciones familiares, así como también son erradas las concepciones doctrinarias que lo consideran como absolutamente independiente del derecho de familia; por dos razones: i) toda la validez jurídica de las normas de rango legal deriva de la Constitución; y ii), porque la Constitución, integrada, entre otras prescripciones jurídicas, por reglas y principios, impone que estos últimos —en tanto mandatos de optimización— sean satisfechos en la medida de las posibilidades reales y jurídicas, lo que significa, en el caso concreto del derecho objetivo — fundamental de los niños, que el principio del interés superior del

niño no solo permee, sino que rebase por completo el ámbito del derecho de familia y sea utilizado en la aplicación de otras normas a la regulación de las relaciones jurídicas de los niños.

Para el caso del derecho de infancia, la Corte Constitucional utiliza criterios de argumentación de sus decisiones basadas en las propias normas constitucionales, lo cual no solo amplía el espectro de la fundamentabilidad de los derechos de los niños, sino que también demuestra que la *tesis intermedia* de las relaciones entre el derecho de infancia y el derecho de familia es la más adecuada para describir el estatus jurídico doctrinal de esta relación, porque reconoce que la argumentación jurídica, y su especie, argumentación constitucional, muestran la vinculación existente entre, de un lado, la Constitución y el derecho de los niños, y del otro, la Constitución, el derecho de familia y otras ramas del derecho.

Bibliografía

Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Álvarez, J. (1988). *Curso de derecho de familia. Patria potestad, tutela y Alimentos*. Madrid: Civitas.

Atienza, M. (2005). *Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Blanco, R. (1994). *El valor de la Constitución.* Madrid: Alianza.

Bobbio, N. (1997). *Estado, Gobierno y Sociedad por una teoría general de la política.* Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

Bossert, G. y Zannoni, E. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.

Cillero, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y derechos del niño*, 1. Disponible en: http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/miguel-cillero-brunol.pdf.

Cillero, M. y Madarriaga, H. (1999). *Infancia, derecho y justicia situación de los derechos del niño en América Latina y la reforma legislativa en la década de los noventa*. Santiago de Chile: UNICEF- Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile.

Daza, R. (2007). Panorama de la violencia contra los niños en América Latina. En E. Durán y Mª. C. Torrado (eds.). *Derechos de los niños y las niñas. Debates, realidades y perspectivas.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Durán, E. (2007) Los derechos de los niños y las niñas: marco general y puntos de debate. En E. Durán y Mª. C. Torrado (eds.). *Derechos de los niños y las niñas. Debates, realidades y Perspectivas.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Dworkin, R. (1997). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Ferreres, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

García, M. (1994). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial.

García de Enterría, E. (1991). *La Constitución como norma y el tribunal constitucional.* Madrid: Civitas.

Guio, R. (2020). El interés superior del niño. En C. Cardozo (ed.). *Principios generales del derecho privado.* Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Haro, R. (2005). Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución Española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano (en conmemoración del 25º aniversario: 1978-2003). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* 1, 57-86 Disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.1/pr/pr5.pdf.

— (1994). *The concept of law.* Buenos Aires: Abeledo.

Heller, H. (1987). *Teoría del Estado.* México: Fondo de Cultura Económica.

Kemelmajer, A. (2010). *El nuevo derecho de familia: visión doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Liwski, N. (2007). Realidades y perspectivas de los derechos de los niños y las niñas en América Latina. En E. Durán y Mª. C. Torrado (eds.). *Derechos de los niños y las niñas. Debates, realidades y Perspectivas.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.

Medina, J. (2014). *Derecho civil: derecho de familia*. Bogotá, Universidad del Rosario.

Moncayo, V. (2004). *El leviatán derrotado.* Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Monroy, M. (2007). *Derecho de familia y de menores.* Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

Naciones Unidas (1993). *El cambio social en Colombia y sus repercusiones en la familia*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/9353/S9320101_es.pdf?sequence=1.

Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño (2003). *Observación General No. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44*.

Perelman, Ch. (1988). *Tratado de argumentación*. Madrid: Civitas.

Prieto, Luis (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.

Puyana, Y. (2007). Los cambios en la paternidad y la maternidad y las formas tradicionales de castigo. En E. Durán y Mª. C. Torrado (eds.). *Derechos de los niños y las niñas. Debates, realidades y Perspectivas* (pp. 301-314). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Quiroz, A. (2009). *Manual derecho de infancia y adolescencia (aspectos sustanciales y procesales).* Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

Rojas, M. (2008). *Restablecimiento de derechos de la infancia.* Bogotá: Editorial Universidad de los Andes.

Tamayo y Salmorán, R. (2003). *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del Derecho*. México: Universidad Autónoma de México.

Torrado, Mª. C. (2007). La Convención de los derechos de los niños como marco para pensar la política social. En: E. Durán y M. C. Torrado (eds.). *Derechos de los niños y las niñas. Debates, realidades y Perspectivas* (pp. 65-75). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

UNICEF (2003). *Justicia penal juvenil: buenas prácticas para América Latina.* UNICEF: Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Disponible en http://www.unicef.org/lac/justicialjuvenil.pdf.

— (2004). *La Convención sobre los Derechos del Niño quince años después: América Latina.* UNICEF: Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Disponible en http://www.unicef.org/lac/cdn_15_anos_Espfull(2).pdf.

Uprimny, R. (1992). El dilema de la interpretación constitucional En F. Morón Díaz *et al. Jurisdicción constitucional de Colombia. La corte constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas* (vol. 2000, 455-464). Bogotá: Konrad Adenauer y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Valencia, A. y Ortiz, Á. (2016). *Derecho civil. Parte general y personas*. Bogotá: Temis.

— (1995). *Derecho civil. Derecho de Familia*. Bogotá: Temis.

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Jurisprudencia

Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-429 de 1992.*
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-349 de 1993*
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-067 de 1994*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-068 de 1994*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-225 de 1995*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-408 de 1995*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-477 de 1995*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-578 de 1995*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-191 de 1998*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-286 de 1998*
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-514 de 1998*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-044 de 1999*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia SU-256 de 1999.*
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia SU-337 de 1999*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-460 de 1999*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-551 de 1999*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-692 de 1999*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-715 de 1999*.

Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-240 de 2000*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-1390 de 2000*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-255 de 2001*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-256 de 2002*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-1025 de 2002*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-510 de 2003*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-1021 de 2003*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-659 de 2003*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-738 de 2003*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-1051 de 2003*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-1230 de 2003*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-044 de 2004*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-292 de 2004*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-399 de 2004*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-440 de 2004*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-543 de 2004*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-828 de 2004*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-997 de 2004*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-186 de 2005*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-203 de 2005*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-419 de 2005*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-447 de 2005*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-494 de 2005*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-497 de 2005*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-740 de 2005*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-835 de 2005*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-976 de 2005*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-227 de 2006*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-307 de 2006*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-344 de 2006*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-599 de 2006*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-157 de 2007*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-492 de 2007*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-511 de 2007*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-730 de 2007*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-302 de 2008*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-324 de 2008*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-576 de 2008*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-690 de 2008*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-772 de 2008*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-784 de 2008*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-1133 de 2008*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-149 de 2009*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-174 de 2009*.

Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-187 de 2009.*
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-382 de 2009.*
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-468 de 2009*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-589 de 2009.*
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-684 de 2009*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-145 de 2010.*
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-563 de 2010*.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-572 de 2010.*
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-840 de 2010*.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL SUBNACIONAL ARGENTINO

The constitutional control in the Argentine subnational constitutional law

CRISTIAN ALTAVILLA
Universidad Siglo 21
cristianaltavilla@hotmail.com

Cómo citar/Citation
Altavilla, C (2020).
El control de constitucionalidad en el derecho constitucional subnacional argentino.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(1), 237-267.
doi: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.08

Resumen

En el derecho comparado existen dos grandes sistemas de control de constitucionalidad: el *sistema difuso* y el *sistema concentrado*, sistemas que se diferencian, entre otros muchos aspectos, por los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica, por el *procedimiento* empleado y por el *tribunal* que tiene a su cargo el control. A estos dos sistemas claramente diferenciados se suman sistemas mixtos, híbridos, duales o paralelos. Un buen ejemplo de ello es posible encontrarlo en la interesante mixtura de diseños institucionales que ofrece el derecho público (o constitucional) provincial en Argentina, donde varias constituciones provinciales han combinado elementos de ambos sistemas. El objeto del presente trabajo será analizar las disposiciones constitucionales de las 23 provincias argentinas (y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) sobre el control de constitucionalidad, con la finalidad de describir y establecer las principales características del control a nivel subnacional y sus diferencias con el sistema federal.

Palabras clave

Control de constitucionalidad; derecho constitucional; derecho público provincial; derecho procesal constitucional; control difuso; control concentrado; sistemas híbridos.

Abstract

In comparative law there are two systems of constitutional control: the *diffuse system* and the *concentrated system*, systems which differentiated themselves, among many other aspects, by the effects of the declaration of unconstitutionality of norms, by the procedure and by the court which is empowered with such control. Added to these two clearly different systems, are other called mixed, hybrid, dual or parallel systems. A good example of that could be found in the interesting mixture of institutional designs in the public (or constitutional) provincial law in Argentina, where many provincial constitutions have combined elements from both systems. The aim of this paper is to analyze the constitutional dispositions of the 23 Argentine provinces (along with the Autonomous City of Buenos Aires) regarding the constitutional control, for the purpose of describing and establishing the main features of constitutional control at the subnational level and it differences with the federal order.

Keywords

Constitutional control; constitutional law; state constitutional law; constitutional procedural law; concentrated control; fuzzy control; hybrid systems.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDEN FEDERAL. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS. III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDEN PROVINCIAL: 1.Procedimiento: vías a través de las cuales procede el planteo de inconstitucionalidad. *1.1. La vía incidental. 1.1.1. Declaración de inconstitucionalidad dentro de un juicio común. 1.1.2. Declaración de inconstitucionalidad dentro de procesos especiales (garantías institucionales). 1.2. Vía directa. 1.2.1. Acción declarativa de inconstitucionalidad. 1.2.1.1. Recepción normativa. 1.2.2. Acción Popular de Inconstitucionalidad.* 2. Efectos de la declaración. *2.1. Efectos interpartes. 2.2. Efectos* erga omnes. *2.2.1. Facultad de comunicar la decisión a los demás poderes. 2.2.2. Facultad abrogatoria del máximo tribunal local.* IV. ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El control de constitucionalidad, desde sus orígenes en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1803, se desarrollaron dos sistemas claramente diferenciados: el *sistema difuso* y el *sistema concentrado*. Este control nace como mecanismo para asegurar la supremacía constitucional y en, términos latos, puede ser definido como «el procedimiento a través del cual determinados órganos del Estado comprueban si ciertos actos lícitos de los poderes públicos están conformes con la Constitución, decidiendo su anulación o inaplicación en caso contrario» (Aragón Reyes, 1979: 172). Esta definición engloba todos los posibles sistemas y evita, al mismo tiempo, la utilización de expresiones incorrectas para definir el control de constitucionalidad, dada la existencia de numerosos y muy diversos sistemas que existen y han existido en el derecho comparado. Bajo el sencillo argumento de que una ley contraria a la Constitución no es ley, la Corte Suprema de los Estados Unidos dio origen al control constitucionalidad, pero daría origen a un sistema específico de

control, el *control difuso*, ya que sostendría que este deber corresponde a los jueces, en plural, es decir, al poder judicial (*the judiciary department*)[1].

De acuerdo a la teoría constitucionalista clásica, se reconocen dos grandes sistemas sobre control de constitucionalidad en el derecho comparado: el *sistema difuso*, nacido con aquel fallo en 1803, también denominado *sistema americano*[2], y el *sistema concentrado*, que nacería bastante tiempo después, con la Constitución austríaca de 1920 bajo el influjo de las ideas de Hans Kelsen sobre el control de constitucionalidad en manos de un Tribunal Constitucional —de ahí que a este modelo se le llame también *modelo austríaco* o directamente *kelseniano*—. En Europa, el control de constitucionalidad, sin embargo, tendría un mayor impulso y desarrollo justo después de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo con las nuevas constituciones de Austria, Alemania e Italia (Highton de Nolasco, 2010).

Estos sistemas se diferencian, entre otros muchos aspectos, por: a) los *efectos* que produce la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica. Así, en el sistema difuso, la declaración de inconstitucionalidad significa la inaplicabilidad de la norma al caso concreto, mientras que en el sistema concentrado, el efecto es *erga omnes* («respecto de todos» o «frente a todos»), es decir que su efecto es abrogatorio, la norma pierde vigencia; b) por el *procedimiento* y por el *tribunal* que tiene a su cargo el control: el sistema difuso encarga

---

1 «So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of *judicial duty*.
If, then, *the courts* are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they may both apply» (Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Marbury vs Madison*, 5 U.S. 137 1870).

2 Si bien la doctrina es que no hay discrepancia en sostener que el control de constitucionalidad nace con el fallo *Marbury vs Madison*, encontramos en *The Federalist Papers* de 1788 el antecedente más remoto de este control. En el art. 78, Alexander Hamilton sostiene: «The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited constitution. By a limited constitution I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such for instance as that it shall pass no bills of attainder, no ex post facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; *whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void*. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing» (Hamilton, [1788] 2001: 403).

el control al poder judicial y, dentro de este, a todos los jueces, es por tanto un control jurisdiccional *(judicial review)*, por esto se ejerce en casos concretos y de manera incidental, es decir que no existen vías o acciones directas para promover la inconstitucionalidad de una norma, ni esta se puede declarar de manera abstracta. En el sistema europeo, el control está *concentrado* en un único órgano, denominado Tribunal o Corte Constitucional, el cual, a pesar de su nombre, no forma parte del Poder Judicial, y su decisión es instada a través de acciones directas. Como corolario de estos dos elementos caracterizantes de uno y otro modelo, encontramos por último una diferencia en cuanto a c) los *legitimados* para promover o provocar el control: en un sistema difuso, solo podrá hacerlo el titular de un derecho afectado o conculcado por una norma (o hecho u omisión) reputada inconstitucional, en cambio, en el concretado podría hacerlo en principio cualquier persona (pública o privada) en el interés de la legalidad.

A pesar de estas diferencias, que, en principio y en teoría, se presentan tan claramente, es posible encontrar sistemas mixtos, híbridos, duales o paralelos, donde se combinan elementos de ambos sistemas. En este sentido, América Latina constituye un interesante ejemplo (cfr. Thea y Losada Revol, 2017; Highton de Nolasco, 2010; Ferrer MacGregor, Bogdandy y Morales Antoniazzi, 2010; García Belaúnde, 1998; Gozaíni, 2006, entre otros). También podemos encontrar una interesante mixtura de diseños institucionales en el derecho público constitucional (o provincial) argentino, donde varias constituciones provinciales han adoptado sistemas que han combinado elementos de ambos sistemas, lo cual nos lleva a preguntarnos: ¿cuál es el sistema de control de constitucionalidad imperante en las provincias argentinas? ¿Qué sistema de control de constitucionalidad existe en las provincias realmente? ¿Es un control difuso, es concentrado o estamos frente a un nuevo modelo?

En términos generales, se puede afirmar que las constituciones provinciales adoptan el *sistema difuso*, siguiendo el modelo adoptado a nivel federal, pero incorporan o adicionan elementos del *sistema concentrado*, mixtura que se da con particularidades propias que terminan por producir un nuevo modelo de control, distinto a los existentes actualmente en el derecho comparado. El objetivo del presente trabajo será analizar las disposiciones constitucionales de las 23 provincias que componen actualmente la federación argentina y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre el control de constitucionalidad, con la finalidad de describir y establecer las diferencias entre el sistema de control federal y el provincial, centrando para ello el análisis en dos aspectos del sistema de control de constitucionalidad: a) el procedimiento; y b) los efectos de la declaración.

De acuerdo a esta metodología, el trabajo se estructurará de la siguiente manera: en una primera parte, se analizará el control de constitucionalidad en

el orden federal, resaltando (de acuerdo a la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la literatura constitucionalista vernácula) sus elementos característicos para, en una segunda parte, poder contrastarlos con el sistema de control de constitucionalidad en el orden provincial, segunda parte que a su vez se subdividirá en dos acápites, en los que se analizará el procedimiento y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. El trabajo finalizará con algunas conclusiones extraídas a partir del estudio y observación de las normas constitucionales provinciales y su comparación con el sistema federal y con algunas consideraciones acerca de la necesidad de una nueva categorización para este particular control de constitucionalidad.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDEN FEDERAL. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

En la República Argentina, el sistema de revisión constitucional es *complejo*, ya que está ejercitado por *distintos sujetos*. El órgano más importante es el Poder Judicial (Sagüés, 2003). Lo interesante del caso argentino es que la Constitución Nacional (en adelante, CN) no encarga de modo expreso al poder judicial esta función de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas. Esto le fue conferido a través de la construcción jurisprudencial y legislativa, siguiendo las directrices de la Corte Suprema de los Estados Unidos (cuya constitución tampoco confiere de manera expresa esta facultad), a partir del caso *Marbury v. Madison* (de 1803). Encontramos, sin embargo, algunas disposiciones en el texto constitucional nacional de las cuales podría inferirse este control jurisdiccional de constitucionalidad. Así, por ejemplo, el art. 116, al disponer que el Poder Judicial de la Nación debe conocer y decidir «todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución», está indicando que debe aplicar su texto e inaplicar el derecho contrario a ella. Estas son las *bases mínimas* del régimen argentino de control de constitucionalidad, desplegado después por la jurisprudencia y legislación del país (Sagüés, 2003: 277-278).

Siguiendo la literatura constitucionalista más importante del país (Bidart Campos, 1998; Bidegain, 1994; Dalla Via, 1997, y principalmente a Sagüés, 1989, 2003 y 2017) es posible destacar las siguientes *características esenciales* del sistema de control de constitucionalidad en el orden federal —características que se fueron delimitando a través de distintos precedentes sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN):

a) Es *difuso*, por cuanto cualquier juez, de cualquier instancia, fuero, competencia o jurisdicción (federal o provincial) puede ejercer el control de

constitucionalidad. Así lo declaró la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en los casos *Strada* (Fallos, 308: 490); *Machicote* (Fallos, 300: 642). Sin embargo, de forma particular lo ejerce la CSJN, en tanto «tribunal de garantías constitucionales» (*Zamorano*, de 1977, Fallos, 298: 441), y en cuanto intérprete último de la Constitución Nacional.

b) En la República Argentina no impera el sistema del precedente (a diferencia de Estados Unidos, por ejemplo), es decir que las decisiones de la CSJN no son vinculantes. Sin embargo, en una de sus primeras sentencias, «afirmó que es "*el intérprete final*" de la Constitución Nacional (caso *Benjamín Calvete* de 1864, Fallos, 1: 340), de lo que se sigue que entre sus misiones eminentes se inscriba la de «*supremo custodio*» de los derechos, libertades y garantías enunciados por aquella (Fallos, 279: 40, 47)» (Sagüés, 2003: 298). De esto se desprende el *deber moral* que tienen los jueces inferiores de seguir los precedentes sentados por la CSJN[3]. Si en un fallo se desconoce la doctrina sentada por la CSJN, esto bastaría para descalificar dicho pronunciamiento dado que se opone al deber que tienen las instancias inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, ya que esta es la intérprete suprema de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia (Fallos, 331: 162) (Sagüés, 2003)[4].

c) El control de constitucionalidad se ejerce sobre normas (individuales o generales) de cualquier tipo (leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones ministeriales, constituciones provinciales, normas locales), sobre actos concretos, hechos (de particulares o estatales) y omisiones (ej., por medio del

---

[3] Los primeros años del funcionamiento de la Corte Suprema estuvieron consagrados básicamente a afianzar los mandatos y principios de la Constitución, a la fijación de límites en las atribuciones de los poderes del Estado y al reconocimiento expreso de la facultad del Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de los actos o normas emanados de los otros poderes, sosteniendo así la supremacía de la Constitución Nacional, sobre todas las otras normas integrantes del orden jurídico positivo (Barrancos y Vedia, 1999: 206). La CSJN ha extendido el valor de su propia jurisprudencia, dándole efecto vinculante, aunque condicionado, configurando así una regla de derecho constitucional consuetudinario. En ciertos casos, argumentó que los jueces tienen el *deber moral* de seguir sus directrices (*Pastorino*, Fallos, 25: 368); se trata de un deber institucional (*Santín*, Fallos, 212: 59) (Sagüés, 2003 y 2017).

[4] Sin embargo, los jueces pueden apartarse del criterio de la Corte si: a) dan fundamentos suficientes; b) que ese alejamiento no signifique desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del alto tribunal (*Santín*, Fallos, 212: 59) y c) dar nuevos fundamentos que justifiquen modificar la posición sentada por ella (Sagüés, 2003 y 2017).

amparo) e incluso sobre interpretaciones que se hagan de las leyes. Así, resulta factible declarar inconstitucional la interpretación concreta que se ha hecho de una ley, y no la ley misma (CSJN, *Ure*, Fallos, 313: 209).

d) El control se ejerce siempre dentro de un *caso* o *controversia judicial* (en los términos en que la Ley 27, art. 2° define caso).

e) En cuanto al procedimiento, el control se ejercerá siempre de manera *indirecta*, *incidental* o *de excepción*. No existe en la esfera federal una acción de inconstitucionalidad directa ni acción popular.

f) En cuanto a los *efectos*, estos se limitan al caso concreto. No hay control abstracto. El principio jurisprudencial es que lo decidido en una casusa, *se aplica solo a ella:* a) *sin derogar* a la norma declarada inconstitucionalidad (*Rodríguez Larreta de Zuberbühler*, Fallos, 253: 253); b) *sin afectar a normas análogas* (*Lorenzo*, Fallos, 253: 253); d) *ni a normas futuras* (*Banco de Mendoza*, Fallos, 247: 325); e) *si se declara inconstitucional una parte de la ley, el resto de ella permanece intacta* (*Castro*, Fallos, 214: 177) (cfr. Sagüés, 2003 y 2017).

g) Por último, una cuestión que ha quedado irresuelta en el orden federal ha sido si la declaración de inconstitucionalidad debe serlo a pedido de parte o debe el juez declararla *ex officio*, es decir, de oficio, sin necesidad de pedido de parte.

Como la atribución del control de constitucionalidad ha sido creación pretoriana, la solución a este interrogante surgirá de los propios pronunciamientos que sobre el tema haya hecho la CSJN. En este sentido, ha habido una larga evolución en la jurisprudencia de la Corte a lo largo de la cual fue estableciendo diferentes posturas, desde una postura decididamente negativa a la posibilidad de declarar de oficio, período que abarca desde 1941 al 2001, hasta aceptar, en casos muy recientes, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando no media pedido expreso de las partes. Así lo hizo en el caso *Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Provincia de Corri*entes (2001, Fallos: 324-329), pero lo estableció como una facultad excepcional, atento que constituye un acto de suma gravedad institucional, solo debe recurrirse en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable; sostuvo asimismo que tal declaración es una cuestión de derecho ínsita en el principio *iura novit curia,* que incluye el deber de mantener la supremacía constitucional y la consiguiente jerarquía normativa (Haro, 2012).

En el caso más reciente de todos, en la causa *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios* (del 27/11/2012), la Corte volvió sobre la cuestión, esta vez vinculándola con el control de convencionalidad y reafirmando una vez más la posibilidad de efectuar el control de constitucionalidad

de oficio. Pero no fue del todo clara con respecto a si ese control es una *potestad* de los jueces o si bien es una *obligación* para ellos efectuarlo (Sagüés, 2012). En efecto, la Corte no puntualizó si la declaración de oficio es un deber del juez o simplemente una facultad. Parte de la doctrina entendió que la CSJN se refirió a una *facultad*. Como fuere, este giro en la jurisprudencia de la Corte coincide con una nueva integración que pareciera querer acentuar a través de sus sentencias y acordadas un rol «como órgano de cierre de la justicia constitucional y, tal vez, acercarse a la figura de un tribunal constitucional desde el punto de vista funcional» (Bazán, 2009) donde «el control de constitucionalidad argentino, *sin abandonar su impronta difusa sempiterna*, también intenta conllevar un nivel de concentración y de abstracción» (Carnota, 2006: 53).

III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDEN PROVINCIAL

De acuerdo a los lineamientos generales del sistema difuso, la declaración de inconstitucionalidad de una norma procede: a) dentro del marco de un *proceso judicial* en un *caso concreto*, b) donde se controviertan *derechos individuales* o *subjetivos* que afectan directamente a las partes litigantes, es decir que, en principio, solo se encuentran facultados a pedir la inconstitucionalidad el *titular* de un derecho cuya efectividad se encuentra amenazada por la aplicación de la norma que se cuestiona, c) *a pedido de parte*, es decir, que el juez solo procede a declarar la inconstitucionalidad si la parte lo ha solicitado expresamente d) con *efectos al caso concreto* (efecto *interpartes*).

A pesar de estos lineamientos generales del sistema difuso, encontramos en el derecho público provincial una serie de excepciones a cada uno de estos principios generales, lo que hace que el control de constitucionalidad a nivel provincial adquiera características propias. En primer lugar, cabe resaltar como principal diferencia con el orden federal el hecho de que el control de constitucionalidad está efectivamente regulado por la legislación local, en la mayoría de los casos, en las propias constituciones provinciales.

A continuación veremos estas particularidades —diferenciándolas con la esfera federal— en dos aspectos cruciales del control de constitucionalidad: a) *Procedimiento* y b) *Efectos*.

1. PROCEDIMIENTO: VÍAS A TRAVÉS DE LAS CUALES PROCEDE EL PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El planteamiento de la inconstitucionalidad se puede dar de manera indirecta, es decir, por vía incidental (propio del sistema difuso y de control

concreto) o bien por vía directa (más propia del sistema concentrado y de control abstracto).

Tabla 1. Vías a través de las cuales procede el control de inconstitucionalidad

- Planteamiento
  - a. Vía incidental
    - a.1. Dentro de un juicio común
      - a.1.1. A pedido de parte
      - a.1.2. De oficio
        - a. Previsto en la Constitución
        - b. No previsto en la constitución
    - a.2. Dentro de procesos especiales (garantías institucionales)
      - a.2.1. Amparo
      - a.2.2. Habeas corpus
      - a.2.3. Habeas Data
      - a.2.4. Otros amparos
  - b. Vía directa
    - b.1. Acción declarativa de inconstitucionalidad
      - a. Prevista constitucionalmente
      - b. Prevista en códigos procesales
    - b.2. Acción popular o directa de inconstitucionalidad

Fuente: elaboración propia.

Sagüés (1989) clasifica los sistema de control de constitucionalidad en función del *procedimiento* de control, identificando cuatro áreas de sistematización: según el momento, el modo de articularlo, la forma de diligenciarlo y los sujetos que están autorizados a promoverlo. Lo que aquí interesa particularmente es el *modo de articular* la pretensión de la declaración de inconstitucionalidad y, siguiendo al autor, se pueden dividir los mecanismos de control en dos clases: a) *control abstracto,* que puede articularse a través de (a.1) una *acción popular* o (a.2) una *acción declarativa pura*; y b) *control concreto*, que puede darse a través de (b.1) una *acción directa* (incluye el amparo, la acción declarativa concreta, la demanda incidental, la acción de condena y otras acciones, como en el juicio sumario, etc.) y (b.2) una *excepción* (por vía de defensa) (1989: 77-78).

El *control abstracto* consiste en un «proceso constitucional autónomo» que se da «cuando quien lo promueve no está necesariamente vinculado por ninguna relación jurídica específica en la que intervenga la norma que reputa inconstitucional» (Sagüés, 1989: 78). Y esto puede darse a través de las denominadas *acciones populares* o bien a través de acciones *declarativas puras*. En el *control concreto* debe existir una *causa* para que se dé la declaración de inconstitucionalidad, es decir, debe haber una situación jurídica específica «en donde está involucrado quien lo promueve» y puede canalizarse a través de una *acción directa de inconstitucionalidad* (dentro de las cuales Sagüés menciona al

amparo, a la acción meramente declarativa, la demanda incidental, acción de condena, etc.) o bien por medio de excepción o defensa (1989: 78).

1.1. La vía incidental

1.1.1. Declaración de inconstitucionalidad dentro de un juicio común

Esta es la forma más común en que puede darse el control de constitucionalidad tanto a nivel federal como provincial. Aquí el control se ejerce en cualquier tipo de proceso (civil, comercial, penal, laboral, etc.) y en cualquier instancia (primera, de alzada y ante el último y máximo tribunal provincial[5]). En este sentido, el control es difuso y tiene todas las características y elementos del sistema difuso clásico: a) el control se ejerce en un caso judicial; b) los efectos son *interpartes*, es decir, al caso concreto; c) la norma declarada inconstitucional no se aplica al caso, pero sigue vigente.

Una cuestión que surge en este punto es si el control se ejerce siempre que medie pedido de parte o puede ejercerlo el juez *ex officio*, es decir, que ejerce el control aun sin que las partes lo soliciten. Dentro de este supuesto, encontramos dos hipótesis: que esté expresamente previsto en las constituciones o no. Si no lo está, habrá que estar a lo que cada juez decida en cada caso concreto. Sobre el punto, es dable concluir que si la norma constitucional no dice nada al respecto, el juez estaría facultado a hacerlo, en función del

---

5 Resulta interesante observar cómo a través de una vía recursiva, específicamente, el recurso extraordinario federal, la CSJN, con la creación pretoriana de la causal *de sentencia arbitraria,* se terminó convirtiendo en un tribunal que puede declarar la inconstitucionalidad de todo tipo de normas e incluso de sentencias, y más aún, de aquellas que la propia ley (Ley 48) expresamente excluye (como, por ejemplo, el derecho local, electoral, etc.) (véase Vanossi, 2000). Esta cuestión no es menor, sobre todo tratándose de un país federal como el argentino, ya que la CSJN puede —y de hecho lo hace con bastante habitualidad— revisar las decisiones de los superiores tribunales de justicia en cuestiones de derecho local o provincial. Pero a esto cabe aclarar, sin embargo, que no es cualquier sentencia provincial la que puede revisar la CSJN, sino únicamente la de la última instancia provincial, aquella decidida por el Tribunal Superior de provincia, doctrina sentada por la propia Corte en los casos *Strada* y *Di Mascio*, doctrina que —a criterio de Díaz Ricci— «fortaleció la vía de control de constitucionalidad provincial, pues, para que pueda elevarse un Recurso Extraordinario a la Corte Nacional, debe decidirse la cuestión a nivel provincial» y la Corte se aleja, en este aspecto, «como Tribunal Constitucional» (2005: 76).

principio *iura novit curia*[6]. Catorce provincias no contienen, al igual que en el nivel federal, ninguna disposición al respecto. En el primer caso, es decir, si la Constitución permite el control de oficio, se pueden presentar dos situaciones distintas: que sea una *facultad* del juez (es decir, que pueda o no hacer el control) o bien que sea un *deber* del juez efectuar el control.

Cuatro constituciones no solo permiten el control de oficio, sino que lo establecen como un *deber* del juez: San Luis (art. 10), La Rioja (art. 9), Neuquén (art. 16) y Río Negro (art. 196). Solo la provincia de Entre Ríos establece que es una *facultad* del juez realizar el control de constitucionalidad (art. 60). La Constitución chaqueña establece que es un deber del juez declarar la inconstitucionalidad de una norma, pero solo si lo pide la parte. Es decir, que no procedería de oficio. Otras seis provincias lo establecen como una *facultad* del juez, pero en la *acción de amparo*, al igual que en el texto constitucional nacional (art. 43): Buenos Aires (art. 20, inc. 2º), CABA (art. 14, 5º párr.), Chubut (art. 54) y Salta (art. 87, 8° párr.), Santiago del Estero (art. 59) y Tucumán (art. 38, 3º párr.) utilizando una fórmula más o menos idéntica al art. 43, CN, establecen que: «El Juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u omisión lesiva». Por último, CABA y Salta también establecen el control de oficio facultativo en el *habeas corpus* (CABA, art. 15 y Salta, arts. 88 y 87).

1.1.2. Declaración de inconstitucionalidad dentro de procesos especiales (garantías institucionales)

El control de constitucionalidad también puede ser promovido a través de procesos especiales. Así tenemos las denominadas *garantías institucionales*, tales como el *amparo*, el *habeas corpus* y el *habeas data*. Utilizamos el término *garantías institucionales* para diferenciar estas acciones (o recursos, según lo consideran algunos autores y textos constitucionales) de las restantes garantías constitucionales, tales como las contenidas en el art. 18, CN (garantías procesales o del debido proceso). Garantías institucionales son aquellos «procedimientos sumarísimos que aseguran, mediante la intervención directa, rápida y eficaz de la jurisdicción, la posibilidad de defender los derechos individuales, mantenerlos y restablecerlos» o bien «los mecanismos o procedimientos que la Constitución pone a disposición de los ciudadanos para proteger sus derechos individuales o restaurarlos, en caso de que hubiesen sido privados de ellos en forma indebida o ilegal» (Zarza Mensaque, 2011: 359).

---

6 En este sentido, se comparten los argumentos esgrimidos por los ministros Fayt y Belluscio en la causa *Juzgado de Instrucción N° 50* citado más arriba.

El *habeas corpus* (la más antigua y la primera en ser receptada en los textos constitucionales) fue expresamente regulado en el nivel federal recién en la reforma constitucional de 1994, en el art. 43, 2° párr., pero en la práctica existió desde siempre en base al art. 18 del texto constitucional originario de 1853. Todas las constituciones provinciales actualmente receptan de forma expresa este instituto, pero son muy pocas aquellas que establecen que el juez que conoce de la causa pueda declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Solo dos provincias lo establecen: CABA al disponer en el art. 15 *in fine* que el juez «puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva» y Salta (art. 87, 10º párr.).

La acción de *amparo* también está receptada actualmente por todas las constituciones provinciales[7]. El surgimiento y evolución de este instituto hasta la actualidad es bastante curioso. Como bien reseña Díaz Ricci, el instituto surge en México (1841) como una verdadera acción directa de inconstitucionalidad, pero con posterioridad, durante el siglo xx, se irá limitando a la defensa de derechos constitucionales individuales y, al menos en el caso argentino, con su inserción en el texto constitucional nacional en 1994 y la habilitación expresa del art. 43 de la facultad de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de la norma en juego[8] termina por convertirse en la vía más habitual para declarar la inconstitucionalidad de las normas (2009: 153), sin ser una acción de inconstitucionalidad directa.

Como ha sucedido con muchas otras instituciones y derechos, el derecho público provincial se había adelantado al orden federal en materia de amparo. Así, ya en la década de los años treinta dos provincias receptaron el amparo en sus textos constitucionales: Entre Ríos (1933) y Santiago del Estero (1839); en la década de los cincuenta ocho provincias sancionarán sus primeras constituciones y receptarán expresamente este instituto[9] y otras seis provincias lo incorporarán mediante ley ordinaria[10]. En la década de los ochenta, con el restablecimiento de la democracia, se da a nivel subnacional un importante ciclo constituyente donde aquellas provincias que regulaban esta garantía

---

7 Con la sola excepción de la provincia de Mendoza, cuyo texto constitucional data de 1916.

8 El art. 43 expresamente dispone que «en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva».

9 Santa Cruz, Formosa, Chubut, Neuquén, Chaco, Río Negro, en 1957, y Misiones y La Pampa en 1958.

10 Mendoza (1954), San Luis (1958), La Rioja (1960), Salta (1962), Buenos Aires (1965) y Córdoba (1967) y en 1967 lo incorporarán en el Código Procesal Civil y Comercial (como proceso civil sumarísimo) otras tres provincias: Tucumán, Jujuy y San Juan (Díaz Ricci, 2009).

institucional a través de la legislación ordinaria le darán ahora rango constitucional[11].

Resulta también curioso el hecho de que el perfil del amparo como la vía más habitual para la declaración de inconstitucionalidad de una norma se la da en realidad el texto constitucional federal en su reforma de 1994 (art. 43), y así observamos que las provincias que constitucionalizan el amparo con posterioridad a la reforma federal le imprimirán el mismo tenor que la Constitución Nacional, habilitando expresamente la posibilidad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión (además de otras notas características de este amparo, como ser la protección de derechos difusos, la legitimación del defensor del pueblo y de asociaciones civiles, etc.)[12]: Buenos Aires (art. 20, inc. 2°), CABA (art. 14), Chaco (art. 19, 2° párr.), Chubut (art. 54), Corrientes (art. 67, 1° y 2° párr.), Salta (art. 87) y Tucumán (arts. 27 y 38).

Por último, tenemos la garantía institucional del *habeas data*, de mucha más reciente creación y receptada por un número menor de constituciones provinciales (diez en forma expresa[13] y tres de manera implícita[14]). Ninguna de estas constituciones, sin embargo, especifica si el juez puede o debe declarar la inconstitucionalidad de la norma.

1.2. Vía directa

El sistema federal de control de constitucionalidad se inscribe decididamente dentro del *control concreto*, ya que el ordenamiento jurídico federal reconoce únicamente como vías posibles para declarar la inconstitucionalidad de una norma las *vías indirectas*, tales como el *amparo* (art. 43, CN), la *acción meramente declarativa* (art. art. 322 del CPCyCN) o el *habeas corpus* (art. 43, CN y art. 6°, Ley 23.098)[15], y en los demás supuestos (es decir, en los demás procedimientos ordinarios). En este sentido, el sistema difuso aceptado por el

[11] Jujuy, La Rioja, Salta y San Juan en 1986, San Luis y Córdoba en 1987, Tucumán en 1990 y Tierra del Fuego que dictará su primera constitución en 1991.

[12] El art. 43, 1° párr., *in fine*, CN, reza: «En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva».

[13] Buenos Aires, Chaco, Chubut, Corrientes, Entre Ríos, La Rioja, Neuquén, Salta, Santiago del Estero y Tucumán.

[14] CABA como el derecho al «libre acceso a todo registro, archivo o banco de datos» (art. 16), San Luis como derecho a los datos personales (art. 21) y Tierra del Fuego como derecho de «Privacidad» (art. 45).

[15] La Ley N° 25.326 (del 4 de octubre 2000), reglamentaria del *habeas data*, no contiene ninguna disposición que habilite al juez a declarar la inconstitucionalidad.

orden federal implica que «todo proceso (ordinario, ejecutivo o sumario, civil o comercial, penal, laboral, etc.) tiene por objeto tutelar la supremacía de la Constitución, ya que en cualquiera de ellos puede (o debería poder) plantearse la inconstitucionalidad de normas, actos u omisiones, ya como demandante o demandado, incluso en un incidente («Rec. De hecho por OSN en incidente de inconstitucionalidad decr. 2125/78», *JA*, 1988-I-509)» (Sagüés, 2017: 151).

De acuerdo a Bidart Campos, en el orden federal el control de constitucionalidad en cuanto a las *vías procesales utilizables* se caracteriza por ser de *vía indirecta*, *incidental* o *de excepción*. A pesar de que, según el autor, la CSJN a partir de 1985 comienza a «elastizar» el concepto rígido de «caso contencioso» y en consecuencia «a admitir la existencia de acciones de inconstitucionalidad (o vías directas)», reconoce que «al día de hoy nunca se ha llegado a aceptar entre estas últimas a la acción declarativa de inconstitucionalidad pura» (1995: 96). Es decir que en la actualidad «se tiene por cierto que hay acciones de inconstitucionalidad», pero «no hay acciones declarativas de inconstitucionalidad pura» *(ibid.)*.

En sentido coincidente, Bidegain manifiesta que «no existe en el orden nacional acción declarativa de inconstitucionalidad» (1994: 131) y citando abundante jurisprudencia de la Corte en la que se deja claro que «el poder judicial sólo resuelve colisiones efectivas de derechos» (Fallos, 184-358, 249-221, 258-284, 270-74, 275-394, 291-198) y que «el contenido de una causa no puede ser la sola declaración de la ineficacia jurídica de normas legales o reglamentarias» (Fallos, 145-318) (Bidegain, 1994: 131). También se ha sostenido enfáticamente que la cuestión que se plantea debe ser una situación de hecho real y concreta y no meramente hipotética, ya que «no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas (Fallos, 210-848, 211-322 y 497, 242-353, 243-176, 245-552, 249-221, 252-328, 306-1283, 313-594 y muchos otros)» (Bidegain, 1994: 132).

Ahora bien, en el derecho público provincial encontramos una gran variedad de mecanismos que agregan al sistema de *control concreto* (propio del sistema difuso) procedimientos propios del *control abstracto*, generándose una interesante mixtura de sistemas.

1.2.1. Acción declarativa de inconstitucionalidad

Esta acción o *vía directa* del control de constitucionalidad reconoce como antecedente la *acción meramente declarativa* (en adelante AMD) que fuera incorporada por primera vez al ordenamiento interno por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCyCN), posteriormente seguido en términos casi literales por las provincias. Sin embargo, el

nivel provincial avanzó en esta materia incorporando una acción declarativa cuyo principal objeto fuera declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, denominándola *Acción Declarativa de Inconstitucionalidad* (en adelante ADI).

Esta acción persigue una «pretensión declarativa […] que tiende a obtener un pronunciamiento que elimine la falta de certeza sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico» (Haro, 2003: 249). La característica fundamental de este tipo de pretensiones declarativas consiste en que, en ellas, la declaración de certeza resulta suficiente para satisfacer el interés de quien las propone y, por lo tanto, para agotar el cometido de la función jurisdiccional. En términos generales, la acción declarativa de certeza «no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un *estado de incertidumbre* sobre el derecho, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una relación jurídica» y si ese estado de incertidumbre surge a raíz de la inconstitucionalidad de la norma, esa *acción declarativa* se convierte en una *acción declarativa de inconstitucionalidad* (Haro, 2003: 249).

A nivel federal, la CSJN receptó jurisprudencialmente la ADI, pero a través de la *Acción Meramente Declarativa* (AMD) del art. 322 del CPCyCN —después de casi un siglo de jurisprudencia negatoria de la posibilidad de un control de constitucionalidad *directo* en el orden federal—, ya que esta acción nunca fue reglamentada vía legislación[16].

A lo largo de su doctrina judicial, la CSJN fue delineando los requisitos y las características de la ADI: a) en cuanto al órgano competente, la ADI puede ser interpuesta ante los juzgados de primera instancia o directamente ante la Corte, cuando se dan los requisitos que establece la Constitución Nacional para su intervención en instancia originaria (art. 117); b) en cuanto a los *requisitos de admisibilidad*, debe estarse a lo establecido por el art. 322 del CPCyCN, es decir que debe existir un *estado de incertidumbre* sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica concreta; c) en cuanto a la *legitimación activa*, como dispone aquella norma, debe tener un *interés jurídico personal, concreto, suficiente, cierto, inmediato*, de modo que el estado de incertidumbre pueda producirle un daño, perjuicio o lesión actual o inminente. Asimismo, y tal como dispone la normativa, la ADI tiene naturaleza supletoria, residual o subsidiaria, en cuanto solo procederá si no se dispone de otro medio legal más adecuado.

A pesar de estas disposiciones *marco* de la ADI en el nivel federal, las provincias le fueron dando características particulares que claramente

[16] El primer fallo de la CSJN donde surge la ADI fue el caso *Pcia. de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Y.P.F.*, Fallos: 307-1379, del 20/08/1985.

las diferencian[17]. En términos generales, se podría decir que aquellos requisitos y características son la regla en el derecho público provincial, pero con importantes excepciones en algunos casos que terminan por diferenciarla completamente. Como sostuvo el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, «la acción declarativa de inconstitucionalidad es un instituto local novedoso imposible de asimilar a los establecidos en el ámbito nacional» (citado por Perugini, 2010).

Resulta entonces necesario diferenciar la Acción Declarativa de Certeza (prevista en el ordenamiento federal y definida por la jurisprudencia de la CSJN) y la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (ADI). Ambas son acciones *declarativas*, en las que se requiere una determinada legitimación para accionar y debe alegarse y probar la existencia de un daño, el cual debe ser futuro, cierto, aunque no esté consumado aun —si lo estuviera procederían las vías ordinarias, y ya no sería declarativa, sino reparadora—. En consecuencia, «el rasgo esencial de estas pretensiones es su naturaleza preventiva y no requerir la existencia de un daño consumado» (Perugini, 2010).

La diferencia entre la AMD y la ADI «radica en el objeto, ya que mientras la acción declarativa de mera certeza pretende despejar una incertidumbre sobre una relación jurídica, en la acción directa se demanda como único y directo objeto de la acción, la declaración de inconstitucionalidad de una norma» (Terrile, 2010). Así, la mayoría de las legislaciones (federal y provinciales) que regulan la AMD la definen como una acción que tiende «a obtener una *sentencia* meramente *declarativa*, *para hacer cesar un estado de incertidumbre* sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza *pudiera producir un perjuicio o lesión actual* al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente» (art. 322, CPCyCN).

Es decir, la diferencia sustancial está dada por el objeto que persiguen una y otra acción: la AMD persigue poner fin a una situación de incertidumbre, la ADI persigue directamente la declaración de inconstitucionalidad de una norma. El hecho de que a través de la AMD no se persiga como objetivo directo la declaración de inconstitucionalidad de una norma, no quita que el juez en ese caso concreto efectúe un control de constitucionalidad y, eventualmente, declare inconstitucional una norma. Pero no la transforma en una acción directa de inconstitucionalidad, simplemente porque ese no es su objetivo principal ni el que le da fundamento al instituto. Como bien sostiene Perugini, «a través de una ADC no se puede pedir solamente una inconstitucionalidad

[17] Para un análisis más exhaustivo de la ADI a nivel provincial y federal y sus diferencias, puede consultarse a Bazán, 2002.

de una norma, y por ADI no se puede pedir una declaración de certeza sobre cierta incertidumbre de inconstitucionalidad» (2010: 312).

Otra diferencia sustancial entre la ADC y la ADI, tal como está prevista en el derecho público provincial, son los *efectos* que ambas acciones producen, como se verá en detalle en el próximo punto.

1.2.1.1. Recepción normativa

Su recepción normativa ha sido diferente en las provincias, pudiendo diferenciarse tres grupos de provincias de acuerdo a cómo (y dónde) ha sido receptada la ADI: a) aquellas que la prevén constitucionalmente, b) aquellas que la han receptado en la legislación ordinaria y c) aquellas que directamente no la tienen prevista en su ordenamiento jurídico. Por un lado, un primer grupo de *once* provincias que receptan la ADI expresamente en sus constituciones: CABA (art. 113, inc. 2°), Chubut (art. 179, inc. A, ap. 1), Chaco (art. 163, inc. 1°, ap. a, que la denomina «demanda por inconstitucionalidad»), Entre Ríos (art. 205, inc. 1º, ap. C y art. 61), Jujuy (art. 164, inc. 1°), La Rioja (art. 141, inc. 1°, ap. 1°), Neuquén (art. 241, inc. a), Salta (art. 153, Inc. II, ap. a), Santiago del Estero (art. 194, inc. 1°, ap. 2°), San Juan (art. 208, inc. 2°) y Tierra del Fuego (art. 157, inc. 1°).

Por otro lado, un conjunto de *ocho* provincias han receptado la ADI en su legislación ordinaria. La característica de estas ocho provincias es que todas contienen en sus textos constitucionales una cláusula con redacción similar que dispone que es «jurisdicción originaria y de apelación» del Superior Tribunal provincial, «conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad» de las normas jurídicas[18]. Esta disposición constitucional genérica dio origen posteriormente a la regulación mediante legislación ordinaria de la ADI y han sido excluidas del primer grupo porque no receptan *expresamente* la ADI en sus textos constitucionales, aunque, como se ve, tiene sustento constitucional. Reglamentando esta competencia constitucional, la mayoría de las provincias ha receptado la ADI en sus Códigos de Procedimiento Civil y Comercial (CPCyC): Buenos Aires (Decreto-Ley 7.425/68, arts. 683 a 688), Formosa (Decreto-Ley 424/69, mod. por Ley 1397/02, arts. 683 a 688), Misiones (Ley XII – 6, antes Ley 2335, arts. 785 a 790), Mendoza (Ley 5.957, art. 223); San Luis (Ley VI-0150-2004, arts. 812 a 829). No

[18] Buenos Aires (art. 161, inc. 1°), Formosa (art. 170, inc. 3° y art. 174), La Pampa (art. 97, inc. 1°), Misiones (art. 145, inc. 1°, ap. 1), Mendoza (art. 144, inc. 3°), Río Negro (art. 207, inc. 1°, ap. 1), San Luis (art. 213, inc. 1). Tucumán (art. 120), al igual que Santa Fe (art. 93, inc. 1°) solo hablan del *Recurso de inconstitucionalidad* por ante el Superior Tribunal.

creemos acertado la regulación de la ADI en los códigos procesales civiles y comerciales, ya que son procedimientos de naturaleza constitucional que no se circunscriben a una materia en particular.

Por su parte, dos provincias la receptan en sus respectivas *leyes orgánicas del Poder Judicial*: La Pampa, art. 34 inc. a de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley N° 1.675, regula las «demandas declarativas de inconstitucionalidad», que a su vez deberán ajustarse a los términos de los arts. 300 y ccs. del CPCyC (Benini, 2012) y Río Negro, art. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que reitera lo dispuesto por el art. 207, inc. 1°, ap. 1 de la Constitución, pero agrega en su segundo párrafo que por la vía originaria podrá promoverse la acción [de inconstitucionalidad] *sin lesión actual* y el CPCyC local (Ley 4.142, BO 18/01/07) regula el denominado *juicio de inconstitucionalidad* (arts. 793 a 799). Por último, Tucumán la recepta en su Código Procesal Constitucional (Ley N° 6.944, cap. II, arts. 89 y 90)[19].

Finalmente, cuatro provincias no han previsto la ADI ni en sus textos constitucionales ni en la legislación ordinaria: Catamarca, Corrientes, Santa Cruz y Santa Fe. Estas constituciones contienen cláusulas genéricas acerca de la competencia de los tribunales de justicia para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas jurídicas, pero no especifican una acción directa de inconstitucionalidad.

La doctrina local ha entendido que, aun en estos casos, el pedido de inconstitucionalidad a través de una *vía directa* (es decir, como una *acción* o *demanda* de inconstitucionalidad) podría canalizarse a través de un instituto más genérico, la *acción meramente declarativa de certeza* receptada en sus respectivos CPCyC[20] (Benini, 2012) —al igual que sucede en el orden federal (art. 322 del CPCyCN)—. En Córdoba, Chubut y San Juan sus respectivos tribunales superiores han receptado la ADI a través de su doctrina judicial (Haro, 2003; Benini, 2012).

En la gran mayoría de las provincias (18 sobre 20) se atribuye a su Superior Tribunal la *competencia originaria y exclusiva* para conocer acerca de la ADI. Solo las provincias de Tucumán y Mendoza permiten interponer la ADI ante los tribunales de primera instancia. En cuanto a la *materia* sujeta

[19] Son pocas las provincias que tienen un código procesal constitucional. Además del caso de Tucumán, lo tienen CABA (Ley 402 de Procedimientos ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y Entre Ríos (Ley N° 8369 de Procedimientos constitucionales).

[20] Catamarca (arts. 39, 203.2º y 290 CP y CPCC, Ley 2339/70, art. 322), Corrientes (art. 187 CP/2007 y CPCC, Dto-Ley 14/2000, art. 322), Santa Fe (art. 93 CP y CPCC, Ley 5531/62, art. 1) y Santa Cruz (art. 132 CP/1998 y CPCC, Ley 1418/81, art. 30086) (Díaz Ricci, 2009).

a control, la mayoría de las constituciones provinciales permiten un control sobre cualquier norma jurídica (22 constituciones de 24 mencionan los tipos de normas), incluyendo expresamente (aunque no exclusivamente) a leyes, decretos, reglamentos, etc. Sin embargo, en las provincias de La Pampa el máximo tribunal provincial ha interpretado que el material controlante, en estos casos, es única y exclusivamente la constitución provincial, quedando excluido, por tanto, el bloque de constitucionalidad federal[21]. Igual interpretación ha hecho el Tribunal Superior de la provincia de Entre Ríos respecto de la Acción Popular de Inconstitucionalidad[22].

En cuanto a los *legitimados* a impulsarla, todas las constituciones que regulan la ADI —o en su defecto, las leyes ordinarias— establecen como requisito excluyente que el promotor de la acción sea «parte interesada», entendiéndose por tal aquella persona que vea afectado —actual o potencialmente— sus derechos o tenga un interés directo y legítimo en que la norma que se presume contraria a la Constitución sea declarada inconstitucional.

En la CABA, cuya Constitución no dispone de una acción popular, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad amplió la legitimidad activa de la ADI a cualquier persona, sin que fuera necesario que el accionante demuestre un interés legítimo y personal en la declaración de inconstitucionalidad, lo que terminó por convertir a la ADI en una verdadera *acción popular de inconstitucionalidad* (Perugini, 2010).

Por último, en cuanto a las *consecuencias* o *efectos* de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, en general, las sentencias dentro de un procedimiento de la ADI se limitan a la declaración de inconstitucionalidad, es decir que son sentencias meramente declarativas, y no condenatorias, no ordenan un hacer o un no hacer, sino que simplemente *declaran* la inconstitucionalidad de la norma que, en su caso, no será aplicada a la relación jurídica que el demandante invocó como interés jurídico protegido. Sin embargo, algunas constituciones provinciales contienen cláusulas que por su importancia en cuanto a la validez, vigencia o caducidad de la norma, serán analizadas en el próximo acápite.

---

21 Superior Tribunal de la Provincia de La Pampa, fallo *Guiñazu, y otros c/ Provincia de La Pampa s. Acción de inconstitucionalidad*, 1999 (citado por Benini, 2012).

22 TSJ Entre Ríos, *Barriento, Irma Rosana y Otra C/Sup. Gbno. de La Prov.-Acción de Inconstitucionalidad* del 30/06/2008 y *Fundación M´Bigua Ciudadanía y Justicia Ambiental y Otros c/ Estado Provincial s/ Acción de Inconstitucionalidad*, Causa 3742-año 2015, fallado el 9 de junio de 2017.

1.2.2. Acción Popular de Inconstitucionalidad

Dos provincias receptan la acción directa de inconstitucionalidad por excelencia, la denominada *acción popular de inconstitucionalidad*. Esta acción tiene por objeto exclusivo la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general contraria a la Constitución. Puede ser promovida por cualquier persona en el solo interés de la legalidad. Esta acción ha tenido cierto predicamento en la legislación latinoamericana. Actualmente disponen de esta acción Colombia (donde tuvo origen a mediados del siglo XIX, Venezuela, Cuba y Perú (Highton de Nolasco, 2010), El Salvador (Gozaíni, 2006) y la tuvo Cuba en su Constitución de 1940, derogada posteriormente con la Constitución de 1976 (García Belaúnde, 1998) y encuentra un antecente lejano en la Constitución de la Segunda República española de 1931, en su art. 123, inciso 5º (Ferreira).

La provincia de Salta la regula en el art. 92 de su Constitución, en los siguientes términos: «Art. 92. Acción popular de inconstitucionalidad. Todo habitante puede interponer la acción popular directa para que se declare la inconstitucionalidad de una norma de alcance general contraria a la Constitución. Los firmantes de una demanda manifiestamente improcedente son sancionados de acuerdo a la ley». Esta acción fue recientemente reglamentada mediante Ley 8.036 (del 19 de septiembre de 2017). La ley reglamentaria especifica que «tiene por exclusivo objeto la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general» que sea «contraria a *dicha* Constitución», es decir, a la Constitución provincial (art. 1°). Establece un procedimiento sumario (art. 2°) con intervención del Fiscal de Estado o de los representantes legales de los municipios, o a los funcionarios que ejerzan la titularidad de los organismos involucrados, cuando los preceptos emanaren de dichas entidades (art. 4°). La ley establece además un plazo para interponer dicha acción: «[...] la demanda se interpondrá ante la Corte de Justicia dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, computados desde la publicación de la norma de alcance general» (art. 3°). Por último, el art. 7° fija los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, estableciendo que «la inconstitucionalidad declarada por la Corte de Justicia produce la *pérdida de la vigencia de la norma* cuestionada en la parte afectada por aquella declaración, a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial». Es decir, se le confiere a la Corte local un poder abrogatorio de normas jurídicas de alcance general.

La Constitución de Entre Ríos también recepta esta *acción popular*, a la que denomina «Acción Directa de Inconstitucionalidad Provincial». Fue incorporada en la última reforma constitucional del año 2008 y se encuentra en el art. 61, que dispone: «Todo habitante de la Provincia, en el solo interés de la legalidad, tiene acción directa para demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la inconstitucionalidad de una norma general contraria a la presente Constitución. El firmante de una demanda temeraria será sancionado de

acuerdo con la ley». A diferencia de Salta, Entre Ríos no ha reglamentado aún su Acción Directa de Inconstitucionalidad Provincial.

En un reciente e interesante fallo[23], el Superior Tribunal entrerriano delineó los caracteres de «este especialísimo y trascendente instituto» del derecho público provincial argentino. Sostuvo que «la acción directa de inconstitucionalidad o acción popular es un moderno instrumento del derecho procesal constitucional que importa un control de constitucionalidad concentrado, es de carácter abstracto —dirime conflictos internormativos—, de naturaleza reparatoria —del ordenamiento jurídico—, habilita la participación democrática en el control de constitucionalidad al permitir una legitimación amplia —respecto de la tradicional románica— o irrestricta, que en el caso de la Constitución Local está conferida a todo habitante de la Provincia por revestir la calidad de tal, y reconoce efectos derogatorios "erga omnes"». Asimismo, reconoció que si bien se encuentra pendiente de reglamentación, esto no es óbice para su aplicación.

2. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN

Como se vio anteriormente, el control de constitucionalidad en el derecho público provincial es, en general, difuso: como tal, se aplica en casos particulares y concretos, es reparador y no preventivo y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma se circunscriben al caso concreto, es con efectos *interpartes*. Esto significa que al declararse una norma como inconstitucional la misma deja de aplicarse, el juez debe fallar como si esa norma no existiera. Es el corolario lógico del principio de supremacía constitucional: si una norma se opone a la ley fundamental, la misma deja de ser aplicada. En el sistema de control difuso los roles de los poderes públicos están bien definidos: quien aplica es el poder judicial y quien sanciona las normas es el poder legislativo, y así como este tiene poder de sancionar, tiene el poder de derogar y solo este puede hacerlo.

En el sistema concentrado, como es sabido, los efectos de la decisión son *erga omnes*, es decir, esa misma decisión se aplica a todos los casos. Esto significa, lisa y llanamente, que la norma queda derogada. En el sistema europeo de control de constitucionalidad concentrado, la decisión del Tribunal Constitucional —que no forma parte del poder judicial— hace que la norma declarada inconstitucional, en la mayoría de los casos, quede derogada, actuando

[23] Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos, causa *Fundación M´Bigua Ciudadanía y Justicia Ambiental y Otros c/ Estado Provincial s/ Acción de Inconstitucionalidad*, Causa 3742-año 2015, fallado el 9 de junio de 2017.

así como un *legislador negativo*: «Así es que el Tribunal Constitucional actúa como un legislador negativo, pues carece de la facultad de crear leyes, pero en el caso de que entienda que una de las promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente» (Highton de Nolasco, 2014: 2).

En el orden federal, la CSJN se ha encargado de delimitar también los alcances y efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma y sobre este punto ha sostenido decididamente que los resultados deben ceñirse al caso concreto: «[...] el principio jurisprudencial, en este punto, es que lo decidido en una causa se aplica solo a ella, sin derogar a la norma reputada inconstitucional», como lo sostuvo la CSJN entre otros precedentes, en *Rodríguez Larreta de Zuberbühler* (LL, 72-724); esto significa que no afecta tampoco a normas análogas (*Lorenzo*, Fallos, 247-325), y si se declarase inconstitucional una parte de la ley, el resto de la normativa permanecerá inalterada (Sagüés, 2017).

Este punto es crucial, ya que según cómo se delimiten los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma nos encontraremos en los límites entre uno y otro sistema, o bien frente a un sistema mixto. Y es precisamente lo que observamos en el ámbito subnacional argentino. Así encontramos que muchas constituciones provinciales prevén *efectos derogatorios* (bajo ciertos recaudos que veremos a continuación) a la declaración de inconstitucionalidad de una norma, imprimiendo al sistema difuso clásico un fuerte componente del sistema concentrado.

2.1. Efectos interpartes

En principio, como se sostuvo, rige en las provincias el sistema difuso, y por tanto la declaración de inconstitucionalidad que haga cualquier juez de cualquier fuero, jurisdicción o competencia será con efectos *interpartes*, para el caso concreto, como expresamente lo establece el Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán (Ley 6.944, título III «Control Jurisdiccional de Constitucionalidad»): «La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los Tribunales sólo tiene efectos específicos para la causa en que se entiende» (art. 87).

Encontramos también disposiciones similares en la misma Constitución de la provincia que establecen expresamente que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de la norma se limita al caso concreto: en su art. 24, 3º párr. *in fine*, la constitución tucumana establece que: «La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los jueces tendrá efectos específicos para la causa en que entendieren». En otras constituciones se puede arribar a la misma conclusión, interpretando *a contrario sensu* sus disposiciones: por ejemplo, en las constituciones de Chaco (art. 9, 2° párr.), Chubut (art. 175),

Neuquén (art. 16), Río Negro (art. 208, 2° párr.), San Luis (art. 10, 2° parte) y Tierra del Fuego (art. 159) se refieren a los efectos específicos que tiene la declaración de inconstitucionalidad efectuada por el máximo tribunal provincial (que veremos a continuación), de lo cual se infiere que cuando la declaración la hacen los jueces inferiores, queda limitada al caso concreto.

La mayoría de las provincias (14 en total), sin embargo, no establecen si el efecto de la declaración se restringe al caso concreto o no (Salta, Chubut, Córdoba, Entre Ríos, Santa Cruz, Formosa, La Rioja, Catamarca, Corrientes, Mendoza, La Pampa, Buenos Aires, Santiago del Estero y Misiones). En estos casos resulta forzoso concluir que la declaración se limita a las partes del litigio, es decir que es *inter partes*.

2.2. *Efectos* erga omnes

Como se sostuvo anteriormente, un conjunto de provincias ha previsto un efecto general o *erga omnes* a la declaración de inconstitucionalidad. En todas estas constituciones se atribuye este efecto solo a las declaraciones de inconstitucionalidad efectuadas por el máximo tribunal local, es decir «se inviste al Tribunal Superior de Justicia provincial —cabeza de la organización judicial local— de ciertas atribuciones propias de un Tribunal Constitucional europeo» (Highton de Nolasco, 2014), se convierten efectivamente en *legisladores negativos*.

A grandes rasgos, podemos identificar dos grandes grupos: aquellas constituciones donde la declaración de inconstitucionalidad abroga la norma y aquellas donde se prevé un *mecanismo de adecuación*, es decir, donde se prevé una instancia de comunicación entre los poderes públicos para enmendar esta situación anómala, para que el órgano que dictó la norma reputada inconstitucional por el máximo tribunal provincial pueda *corregirla* o directamente eliminarla. En estos casos, en definitiva, el máximo tribunal local no tiene poderes abrogatorios, no se erige en consecuencia en un legislador negativo, sino que el diseño institucional de estas constituciones simplemente busca el desarrollo armónico de las actividades de los poderes públicos y que todos y cada uno de ellos, con sus atribuciones propias, se desenvuelvan dentro del marco constitucional.

2.2.1. Facultad de comunicar la decisión a los demás poderes

Estos son los casos de las provincias de San Juan (arts. 11 y art. 207, inc. 11°) y de San Luis (art. 10). Ambas constituciones disponen, en términos idénticos, que cuando la inconstitucionalidad de una norma es declarada por la Corte o Superior Tribunal provincial, «debe ser comunicada formal y

fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente». Como puede observarse, en estos casos el máximo tribunal local no está investido de poderes abrogatorios, pero la constitución local les atribuye esta competencia a los efectos de advertir a los demás poderes (provinciales y municipales) acerca de su *desviación* del orden constitucional en la producción de normas jurídicas.

2.2.2. Facultad abrogatoria del máximo tribunal local

En este segundo grupo de provincias encontramos disposiciones constitucionales que confieren poderes abrogatorios al máximo tribunal local, es decir, que los erigen como verdaderos legisladores negativos, al estilo de los tribunales constitucionales europeos.

Dentro de este grupo encontramos distintos matices. En principio, puede sostenerse que la declaración de inconstitucionalidad efectuada por el Superior Tribunal provincial deroga la norma en cuestión, la misma pierde vigencia y deja de aplicarse no solo para el caso concreto, sino para todos los casos. La norma queda derogada como si lo hiciese el mismo órgano que la dictó. Sin embargo, según la provincia, este efecto puede alcanzarse si se dan determinados requisitos y es diferente según el tipo de norma de que se trate. También pueden clasificarse en tres subgrupos: aquellas donde el máximo tribunal puede derogar la ley solo en el procedimiento instado a través de una ADI; aquellas donde esta facultad puede ejercerla a través de la acción popular y, finalmente, aquellas provincias donde la declaración de inconstitucionalidad del Superior Tribunal provincial tiene efectos *erga omnes* en cualquier procedimiento.

En este grupo de provincias se confieren efectos abrogatorios a la declaración de inconstitucionalidad de una norma. En algunos casos, se exigen ciertos requisitos. Por ejemplo, en Río Negro (art. 208, 2° párr.) la declaración tiene que darse: a) en juicio contencioso; b) declarada por unanimidad; c) por tercera vez; y d) mediante resolución expresa dictada por separado (con excepción de una ley). Si se tratase de una *ley*, el Superior Tribunal debe dirigirse a la legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Si la legislatura no hace nada al respecto, la norma queda igualmente derogada.

El Estatuto Organizativo de la CABA (art. 113, inc. 2°) contiene un procedimiento similar: si se trata de cualquier norma, la abrogación es directa, pero si se trata de una ley, la legislatura tiene la posibilidad de ratificarla dentro de los tres meses desde que se dictó la sentencia declarativa con el voto de los dos tercios de los miembros presentes. En el caso de Chubut (art. 175) debe declararla *dos veces consecutivas* o *tres alternadas*, en Tierra del

Fuego debe declararla por unanimidad y por tercera vez (art. 159) y en Entre Ríos debe declararla *tres veces* y por sentencia firme (art. 60). En todos estos casos —se entiende— quien declara la inconstitucionalidad es el máximo tribunal provincial. En los casos de Chaco (art. 9, 2° párr.), Neuquén (art. 16), Salta (art. 92, CP y art. 7° Ley 8.036) y Jujuy (art. 7°, inc. 3°, Ley 4.346) la abrogación se produce sin más trámites, sea una ley o cualquier otra norma jurídica. Es decir que emitida la sentencia del superior tribunal que tacha una norma (incluidas las leyes) de inconstitucionalidad, la misma queda derogada.

Una distinción importante que cabe hacer dentro de este grupo de provincias que confieren *poderes legislativos negativos* a sus superiores tribunales es si tal poder lo ejercen solo a través de la ADI, a través de la acción popular o bien a través de cualquier pronunciamiento. De acuerdo a la letra constitucional, se desprende que en los casos de la CABA (art. 113, inc. 2°), Jujuy (Ley 4.346, arts. 1° y 7°) y Neuquén (art. 16) la facultad abrogatoria es ejercida cuando el máximo tribunal declara la inconstitucionalidad dentro de un proceso de ADI, y no en cualquier pronunciamiento. En el caso de Salta lo hace cuando se haya interpuesto la acción popular (al tratar sobre la ADI —que denomina *acción de inconstitucionalidad*— la constitución local no hace ninguna referencia) y en las restantes provincias (Chaco, Chubut, Entre Ríos, Río Negro y Tierra del Fuego) el efecto abrogatorio podría darse *en cualquier pronunciamiento* del máximo tribunal.

Caben también algunas precisiones en cuanto a cuestiones terminológicas: algunas constituciones hablan directamente de «abrogación» (Río Negro) o de «derogación» (Entre Ríos), otras establecen la «pérdida de vigencia» (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chubut y Salta) o «suspensión de la vigencia» (Tierra del Fuego), otras hablan de «caducidad» (Chaco y Neuquén) y finalmente de «inaplicabilidad» (Jujuy). Por sus efectos prácticos, y más allá de la terminología empleada, se trata en todos estos casos, lisa y llanamente, de la derogación, de la abolición de la norma.

Asimismo, podríamos diferenciar dentro del efecto *erga omnes*, si este es total (es decir si cae todo el texto de la ley) o parcial (si solo queda abrogada la parte de la norma declarada inconstitucional): establecen la abrogación *total* Chaco, Jujuy, Tierra del Fuego, Neuquén y CABA, en cambio es abrogación *parcial* en los casos de Chubut, Entre Ríos, Río Negro y Salta.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES

El derecho público provincial argentino constituye un interesante laboratorio de diseños institucionales donde en muchas oportunidades se ha adelantado a la legislación federal y ha servido de antecedente inmediato a esta.

Este instituto del control de constitucionalidad, esencial en todo Estado de derecho constitucional, es una acabada muestra de ello. El derecho constitucional provincial muestra una interesante mixtura de diseños y sistemas en cuanto al control de constitucionalidad, combinando de manera muy interesante y original elementos específicos del sistema concentrado en un sistema más general de control difuso. Como hemos visto, todas las provincias adoptan el sistema difuso de inconstitucionalidad, pero un grupo importante de ellas ha combinado, sea en los efectos, sea en el procedimiento, elementos del concentrado. Así encontramos, en primer lugar, la inserción de una acción directa de inconstitucionalidad, la ADI, cuya competencia está concentrada en un único órgano, el Superior Tribunal o Corte provincial. Esta inserción constituye, en sí misma, una importante diferencia con la esfera federal, ya que, a través de un instituto puntual, permiten un control abstracto de constitucionalidad, aun cuando no todas las provincias le confieran efectos abrogatorios.

Los superiores tribunales de justicia tendrían así en estas provincias un *doble carácter*, de máxima instancia judicial, y, a la vez, de corte o tribunal constitucional. Estaríamos en presencia de verdaderos sistemas *híbridos*, donde estos cimeros tribunales se equiparan a las cortes o tribunales constitucionales europeos, pero con algunas diferencias importantes que terminan por asemejarlos más a la experiencia latinoamericana, donde en paralelo a la existencia de un tribunal constitucional especial que concentra el control de constitucionalidad se permite el control difuso en manos de los jueces inferiores (cosa que no sucede en el modelo europeo). Pero asimismo se diferencian también de la experiencia latinoamericana, ya que aquí las Cortes o tribunales constitucionales o no son parte del poder judicial (Perú) o sí lo son, pero son independientes al máximo tribunal del país (Colombia, Ecuador, Guatemala, Chile y Bolivia) o constituye una sala del superior tribunal (como en Venezuela y en algunos estados mexicanos, Carnota, 2016). En las provincias argentinas ambos controles están fusionados en un solo tribunal, el máximo tribunal provincial.

Asimismo, un grupo de provincias le confieren efectos *erga omnes* a sus decisiones. Este grupo termina por hacer una mixtura más completa (e igualmente compleja) de ambos sistemas, marcando una notoria diferencia con el sistema federal y, en general, con el modelo americano puro. Estas provincias en lo que al efecto abrogatorio se refiere, contienen disposiciones constitucionales que son muy similares a la Constitución austríaca (la que dio origen al modelo concentrado), la cual establece en su art. 140, inc. 5° que: «El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional, obliga al Canciller federal o al Gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación» (Constitución vigente de Austria, texto de 1929, igual disposición contenía el texto de 1920).

En estos casos, consideramos que sería preferible la denominación de sistemas *híbridos*, porque el derecho público provincial muestra diseños institucionales que no tienen parangón en el derecho comparado, ni europeo ni latinoamericano. En su clásica definición del *sistema dual o paralelo*, García Belaúnde lo describe como «aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, co-existen el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse» (1998: 1177). El autor define este modelo a partir de la experiencia del Perú con su Constitución de 1979, sistema que mantendría en su Constitución vigente de 1993. Este sistema paralelo o dual vendría a ser una especie dentro de los *modelos derivados*, que son aquellos modelos que, partiendo de los primigenios u originarios (el difuso, el concentrado y el político), crean una nueva realidad, crean sistemas nuevos, donde combinan elementos de los modelos originarios. Además del sistema paralelo o dual peruano, se encuentra también dentro de los *modelos derivados* el modelo *mixto*, citando como ejemplos a Colombia, Venezuela, Ecuador, Guatemala, Chile y Bolivia.

Sin embargo, ninguno de estos casos contiene sistemas similares a los adoptados por las constituciones provinciales argentinas. De ahí la necesidad de dotar de un nombre o denominación a estos sistemas que no son ni mixtos ni paralelos (o duales). García Belaúnde (1998) sostiene que en los sistemas paralelos no se fusionan los sistemas originarios o clásicos y esto se da fundamentalmente por: a) la existencia de un Tribunal Constitucional que está fuera del Poder Judicial, no forma parte de este, el cual concentra el control de constitucionalidad con efectos *erga omnes*; y b) por la subsistencia, en paralelo, de un control difuso de constitucionalidad en manos de los magistrados que componen el poder judicial: es «el modelo europeo incorporado a un sistema jurídico que conservaba el sistema difuso, *sin cruzarse* con él, ya que el Poder Judicial […] mantenía el control difuso y de inaplicación de normas» (1998: 1178). Los otros modelos mixtos latinoamericanos se caracterizan por el hecho de que el tribunal o corte constitucional sí forma parte del poder judicial, es decir, en estos sistemas: a) se agrega al poder judicial un órgano especial que concentra el control de constitucionalidad y b) los demás jueces del sistema judicial (desde la Corte o Tribunal Supremo hasta los de primera instancia) ejercen control difuso.

En cambio, en el derecho público provincial argentino ambos sistemas sí se cruzan, encontramos así un sistema híbrido, producto de elementos de distinta naturaleza, nacido de modelos de distinta especie, ya que el tribunal que ejerce el control concentrado no solo es parte del poder judicial, sino que es la cabeza del mismo; y en cuanto parte del poder judicial ejerce también el control difuso de las normas, junto con todos los demás jueces y magistrados

inferiores que componen el poder judicial. Por ello consideramos a este sistema un *sistema híbrido*.

Resulta muy interesante observar cómo, en 24 diseños institucionales subnacionales diferentes, confluyen distintos sistemas híbridos que combinan y reúnen elementos distintos en diversa magnitud, con diferentes grados de mixturas de efectos y procedimientos: así, encontramos un primer grupo caracterizado por la existencia de la ADI en el ordenamiento local (sea en la Constitución o en la legislación ordinaria), con un total de veinte provincias (doce a través de sus constituciones y ocho a través de leyes ordinarias); luego un segundo grupo donde los superiores tribunales locales funcionan como cortes constitucionales con efectos abrogatorios: nueve provincias confieren a las declaraciones de inconstitucionalidad de sus máximos tribunales el efecto de derogar la norma (sea de forma parcial o total): dentro de estas, tres provincias lo hacen a través de la ADI (CABA, Jujuy y Neuquén), otra a través de la Acción Popular de Inconstitucionalidad (Salta), la cual sería la más amplia en cuanto a la legitimidad, ya que el superior tribunal puede derogar una norma a instancia de *cualquier persona*, mientras que, en todos los demás casos, solo pueden instarlo aquellos que tengan un derecho afectado aunque sea potencialmente. Por último, un tercer grupo que se caracteriza por la amplitud desde el punto de vista procedimental, ya que la declaración del superior tribunal no se limita a la interposición de una ADI o de una Acción Popular, sino que puede serlo en cualquier procedimiento, ordinario o extraordinario, de instancia originaria o derivada: Chaco, Chubut, Entre Ríos, Río Negro y Tierra del Fuego. Es este conjunto de nueve provincias donde se da el máximo nivel de hibridez y que justifican una nueva denominación.

Bibliografía

Aragón Reyes, M. (1979). El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978. *Revista de Estudios Políticos* (7), 171-196.

Barrancos y Vedia, F. (1999). La Corte Suprema de Justicia en la Historia Constitucional Argentina. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 28, 201-230.

Bazán, V. (2002). Reflexiones sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito jurídico argentino. *Ius et praxis*, (8) 2, 93-104. Disponible en: https://doi.org/10.4067/S0718-00122002000200004.

— (2009). La jurisdicción constitucional en Argentina: actualidad y prospectiva. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 13, 33- 88.

Benini, G. (2012). *La Acción de Inconstitucionalidad en el Orden Federal y en las Provincias Patagónicas.* Argentina: Comisión de Jóvenes Procesalistas. Disponible en: https://bit.ly/2x5ozWY.

Bidart Campos, G. (1998). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar.

Bidegain, C. (1994). *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Carnota, W. (2006). La mixtura del control de constitucionalidad argentino. *Revista de Derecho,* 1, 43-54. Disponible en: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2018.39.12648.

— (2016). La justicia constitucional en el constitucionalismo subnacional mexicano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20, 69-84. Disponible en: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.03.

Dalla Via, A. (1997). La justicia constitucional en Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 1, 35-48.

Díaz Ricci, S. (2005). Un Código procesal constitucional y algunos problemas de la jurisdicción constitucional argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 9, 65-88.

— (2009). Panorama y evolución del control de constitucionalidad en los estados provinciales de Argentina. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* (11), 149-189.

Ferreira, R. (2000). Reflexiones y perspectivas en torno del control judicial de constitucionalidad en el régimen federal de la Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 4, 93-124.

Ferrer MacGregor, E. *et al.* (Coord.) (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿hacia un iusconstitutionale commune en América Latina?* México: Universidad Nacional Autónoma de México.

García Belaúnde, D. (1998). La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo. *La Ley*, 1175-1182.

Gozaíni, O. (2006). Incidencia de la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, (4) 2, 335-362.

Hamilton, A. (2001). A view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behavior. *The Federalist Papers*, 78, 401-408.

Haro, R. (2003). La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en el Derecho Federal Argentino. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7, 247- 275.

— (2012). La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 16, 191-223.

Highton de Nolasco, E. (2010). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En E. Ferrer Mac-Gregor *et al.* (coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿hacia un iusconstitutionale commune en América Latina?* (pp. 107-173). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

— (2014). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. *La Ley*, (78) 107, 1-12.

Perugini, L. (2010). La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad y la Acción Meramente Declarativa. Explicación Necesaria de sus Diferencias. *Revista áDA Ciudad*, (3), 307-317.

Sagüés, N. (1989). *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Astrea.

— (2003). *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

— (2012). El control de constitucionalidad de oficio, ¿deber de los jueces argentinos? *La Ley*.

— (2017). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Terrile, R. (2010). Acción declarativa de inconstitucionalidad. En D. Sabsay (dir.). *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.* Buenos Aires: Hammurabi.

Thea, F. G. y Losada Revol, I. (2017). El control de constitucionalidad. En F. Thea *et al. Análisis Jurisprudencial Corte Suprema. Parte General* (pp. 105-152). Buenos Aires: Edunpaz

Vanossi, J. (2000). La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte Suprema de la Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 4, 347-373.

Zarza Mensaque, A. (2011). Garantías Institucionales. Hábeas Corpus. Amparo. Hábeas data. Amparo por mora. En A. Hernández y G. Barrera Buteler (coords.). *Derecho Público Provincial* (pp. 359-382). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

LÍMITES AL FEUDALISMO EN EL FEDERALISMO ARGENTINO[1]

Limits to feudalism in Argentine's federalism

GONZALO GABRIEL CARRANZA[2]
Universidad Autónoma de Madrid
gonzalo.carranza@uam.es

Cómo citar/Citation
Carranza, G. G. (2020).
Límites al feudalismo en el federalismo argentino
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(1), 269-297.
doi: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.09

Resumen

El objeto de este trabajo es realizar un comentario estructural al contenido de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la

---

1 Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Empresa de España (DER2016-78391-P) sobre «El control de la ley: constitucional, comunitario y convencional», cuyos investigadores principales son César Aguado Renedo y Antonio López Castillo y en el proyecto de investigación de la Universidad Blas Pascal de Argentina (200-20190222-116) sobre «Los conceptos de margen de apreciación nacional y provincial en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación».

2 Abogado, graduado con mención de egresado sobresaliente por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo; doctorando en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas y docente e investigador del Área de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid; investigador del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal. Ha cumplido funciones de letrado por oposición en el fuero Contencioso Administrativo del Poder Judicial de la provincia de Córdoba y ha sido profesor e investigador en la Facultad de Derecho y la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba.

República Argentina en marzo de 2019, por medio de la cual se puso fin a una causa en la que se discutía la validez del proceso de enmienda a la Constitución de la provincia de La Rioja para lograr la re-reelección de su gobernador. Se tratará no solo de abordar la forma en la que la Corte realiza la construcción de su argumentación, sino también de entender —a la luz de la doctrina y de otros pronunciamientos del mismo tribunal— cómo, con una jurisprudencia constante y pacífica, se ha intentado limitar el feudalismo en el federalismo interior argentino, logrando así la primacía del principio representativo-republicano que se desprende de la Constitución nacional, apartándose de los precedentes a nivel regional.

Palabras clave

Argentina; enmienda constitucional; derecho público provincial; sistema representativo; sistema republicano.

Abstract

The aim of this paper is to make a structural commentary on the content of a judgement issued by the Supreme Court of Justice of Argentina in March 2019, by which was judged the validity of the process of amendment to the Constitution of the province of La Rioja to achieve the re-election of its governor. We will try not only giving a general idea of the way in which the Court carries out the construction of its arguments, but also of understanding -under the light of other pronouncements of the Court itself and of academic doctrine- how, with a constant and peaceful jurisprudence, feudalism has been tried to be limited in Argentina's federalism, thus achieving the primacy of the representative-republican principle that come from the national Constitution, deviating from regional precedents.

Keywords

Argentina; constitutional amendment; provincial public law; representative system; republican system.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL NÚCLEO DEL PROBLEMA. III. ALGUNAS PRECISIONES INICIALES SOBRE LA CAUSA: 1. La habilitación de la Corte a la consulta popular. IV. EL RAZONAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA: 1. El voto principal. *1.1. Competencia originaria vs. autonomía provincial. 1.2. La verificación de la existencia del «caso judicial» y la inexistencia de «cosa juzgada». 1.3. El razonamiento sobre el proceso de enmienda. 1.4. La interpretación sobre el porcentaje de votos para la ratificación de la enmienda.* 2. El voto particular del presidente de la Corte. 3. El voto particular de la ministra Highton de Nolasco. 4. La decisión final. V. UNA CLARA LIMITACIÓN AL FEUDALISMO. VI. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la última década, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido que intervenir en la resolución de conflictos que se suscitaron en el seno de diversas provincias de la República Argentina en relación con reformas o con vías interpretativas de las constituciones provinciales que tenían por fin eternizar en el poder a los titulares de los Ejecutivos, a través de la posibilidad de su re-reelección.

En esta oportunidad, nos centraremos en el análisis de la sentencia *Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo*[3], en la que se impugnó el proceso de enmienda de la Constitución de una provincia situada en el norte de Argentina, por medio de la cual se habilitaría a su gobernador a presentarse nuevamente a las elecciones para un tercer mandato consecutivo. Se tratará de analizar, por ello, los diversos argumentos que la Corte usa para dilucidar qué implica la existencia de una «causa judicial», por qué posee competencia sobre el caso, por qué su decisión no afecta a la autonomía provincial y, por último, cómo deben interpretarse las cláusulas de la Constitución provincial respecto del proceso de enmienda.

Pero el propósito de este comentario no se centra tan solo en el análisis de la causa en sí, sino también de la doctrina que en ella subyace, ya que servirá para entender cómo, a través de una jurisprudencia sólida, la Corte ha

[3] Fallos, 342: 171.

limitado la posibilidad de convertir a las provincias (que suponen el segundo nivel de descentralización federal) en feudos que respondan a la voluntad personalista de sus gobernantes, apartándose en un sentido material de los pronunciamientos que, a nivel regional, se han dictado sobre la reelección de Ejecutivos en Latinoamérica.

II. EL NÚCLEO DEL PROBLEMA

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina tuvo que resolver, a lo largo de los primeros meses del año 2019, dos asuntos que han condensado en sí un grave problema que aqueja a diversos territorios que integran el país más austral del mundo: el *feudalismo*. Esta no es una realidad que aqueja tan solo a la ciudadanía de estos días, sino que ha sido una constante en la historia del país, ya que es posible encontrar ejemplos de gobernantes provinciales que no solo han querido ser eternos, sino que también han buscado poseer la suma del poder público. El exponente histórico más claro lo constituye Juan Manuel de Rosas, quien gobernó la provincia de Buenos Aires entre 1829-1832 y 1835-1852, dificultando severamente la organización constitucional de las provincias unidas del Río de la Plata. En párrafo aparte se condensa lo que la doctrina ha dado en llamar «caudillismo», concepto acuñado para dar cuenta de «cualquier régimen personalista y cuasimilitar, cuyos mecanismos partidistas, procedimientos administrativos y funciones legislativas están sometidos al control inmediato y directo de un líder carismático y a su cohorte de funcionarios mediadores» (Silvert, 1976: 223). Este concepto «Debe su aparición al colapso de una autoridad central, capaz de permitir a fuerzas ajenas o rebeldes al Estado apoderarse de todo el aparato político. En consecuencia, es producto de la desarticulación de la sociedad; efecto de un grave quebranto institución» (Castro, 2007: 11). Como se verá, ambos términos no han quedado en los anales de la historia, sino que siguen presentes y permean la realidad social argentina y latinoamericana en su día a día.

En Argentina, los gobernadores provinciales tienen un peso relativo muy alto ya que influyen directamente sobre el pueblo de su territorio, definen las políticas de empleo público y tienen plena capacidad para la gestión de las transferencias de los aportes del tesoro nacional. Además, juegan un papel destacado en la política federal, sobre todo por su relación política con los diputados y senadores que representan a su territorio, los que, muchas veces, provienen de su propio partido (González, 2014). Sus capacidades constitucionales e institucionales son tales que la concentración de poder que poseen los lleva, en muchos casos, a querer eternizarse en el poder. Por ello, no es

incorrecto afirmar que, en Argentina, muchos han sido y son los caudillos que llegan al Ejecutivo provincial y que pretenden permanecer en la sede del Gobierno tanto como sea posible, haciendo de sus provincias verdaderos feudos. Con este fin, emprenden diversas empresas cuyo objetivo no es otro que normalizar, a través de las constituciones provinciales, su continuidad.

La situación de hecho apuntada puede ser, en cierto sentido, un reflejo de lo que ha ocurrido hace ya varios años a nivel federal, con el presidente Carlos Saúl Menem, quien gobernó el país entre 1989 y 1999. Para lograr acceder a su segundo mandato fue necesaria la reforma de la Constitución, pues la anterior prohibía al presidente la posibilidad de desempeñar como tal dos periodos consecutivos. Así, en 1994 se dio una nueva redacción a este asunto y se determinó, en el art. 90 de la ley fundamental, que el presidente dura en sus funciones cuatro años y que puede ser reelecto por un período más. En relación con dicho artículo se incorporó la disposición adicional novena, que literalmente señala que: «El mandato del presidente en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma deberá ser considerado como primer período». A lo largo del segundo período de su gobierno (1995-1999) se rumoreó acerca de la posibilidad de que Menem solicitase a la Corte Suprema (integrada por una mayoría nombrada por él mismo y que respondía desinteresadamente a la voluntad del Gobierno) que aclarase lo que la norma ya había aclarado, de manera tal que una posible interpretación favorable le dejase participar de una tercera elección, cuestión que, finalmente, no ocurrió[4].

Pero este problema de la eternización de los caudillos no es coyuntural de Argentina, sino que es una cuestión endémica de la región. Inicialmente, muchas de las constituciones latinoamericanas establecían un freno a la posibilidad de la reelección presidencial inmediata debido, por un lado, a la copia casi literal que muchas de ellas realizaron de la Constitución estadounidense[5] y, por otro, al considerar esta opción un freno válido que impediría repetir la historia de aquel caudillismo extralimitado y abusivo que pretendió eternizarse

[4] Para ahondar, véase: Menem volvió a instalar la reelección, *La Nación*, 09.01.1999, recuperado de https://www.lanacion.com.ar/politica/menem-volvio-a-instalar-la-reeleccion-nid123992 (fecha de consulta: 18.10.2019).

[5] Sobre el caso estadounidense, hay que destacar que, en los famosos «The Federalist Papers», Hamilton (1780) realiza, en los artículos 69 y 72, una férrea defensa de la reelección indefinida, contraria a la corriente generalizada que pretendía limitar la posibilidad. Llegó a afirmar que la primera magistratura debería ser ejercida por un solo ciudadano, por cuatro años y durante todas las reelecciones que se crean necesarias, tanto como el pueblo de los Estados Unidos lo considere digno de su confianza. Para él, lo que primaba era el principio democrático, quizá sin tener presente que el ejercicio reiterado atentaba contra la alternancia política del principio republicano.

en el poder en épocas de organización constitucional poscolonial y que dificultó y dilató el proceso de sanción de los textos fundamentales en la región. Con el devenir del tiempo, en la década de los noventa, luego de periodos intermitentes de cruentas dictaduras y comenzado el proceso de consolidación material de la democracia, muchas de estas constituciones fueron reformadas para lograr no solo la reelección presidencial *inmediata*, sino también *indefinida,* totalmente diferente a la reelección *diferida* (Carey, 2003, y Serrafero, 2011). El constitucionalista peruano García Belaúnde (2012: 230) ha considerado que, posiblemente, el disparo de inicio de esta oleada —que no solo supuso reformas constitucionales, sino también interpretaciones de las Cortes Supremas o Constitucionales para lograr el cometido de la reelección— ha tenido lugar en su propio país con Alberto Fujimori, quien por diversos artilugios legales logró ser electo como presidente tres veces de forma consecutiva. El precedente supuso una mancha de aceite que se extendió rápidamente por el Cono Sur con diversos casos: a modo no exhaustivo, Uribe en Colombia; Chávez y Maduro en Venezuela; Evo Morales en Bolivia; Correa en Ecuador; o el ya citado Menem y el matrimonio Kirchner en Argentina.

Ahora bien, García Belaúnde destaca que no todos los casos han sido iguales ni tampoco lo ha sido el método por el cual se buscó la reelección. Hay presidentes que se contentaron con una reelección inmediata, como Cardoso y Da Silva en Brasil. En la República Oriental del Uruguay, Tabaré Vázquez, por ejemplo, rechazó de forma rotunda su reelección inmediata y optó por presentarse nuevamente a elecciones luego de la presidencia de Mujica. Por su parte, el caso de Uribe es bien conocido porque sus aspiraciones fueron bloqueadas por la Corte Constitucional colombiana que, en 2010, por la abrumadora mayoría de siete de sus nueve magistrados, bloqueó el referéndum para modificar la Constitución y llegar a ser reelecto por un tercer mandato. El bloqueo de Menem, en su momento —tal cual advertimos—, no provino de la justicia, sino de una serie de desacuerdos político-partidistas (Penfold *et al.*, 2014: 539). A estos casos peculiares hay que sumar el de Zelaya en Honduras, que, queriendo forzar una reelección prohibida, fue finalmente depuesto militarmente, o el caso de Cristina Fernández de Kirchner, quien luego de dos presidencias consecutivas y con un periodo de vacancia de por medio, llegó a ser vicepresidenta de la Nación, tras elegir ella misma por compañero de fórmula a su exjefe de gabinete de ministros, Alberto Fernández, lo que confirma en parte la teoría de García Belaúnde «ha habido presidentes que han acabado con un nivel muy bajo de aceptación, pero con el tiempo las aguas vuelven a su nivel y es probable que el expresidente vuelva a la arena política y a la más alta magistratura» (2012: 232).

En algunos países de la región, incluso existiendo en las constituciones cláusulas de limitación a la posibilidad de reelección indefinida, los presidentes en ejercicio han conseguido sentencias favorables en los tribunales, logrando «declarar inaplicables o inconstitucionales, por paradójico que parezca, las prohibiciones de reelección que sus normas fundamentales expresamente establecen», todo lo que se dio «a través de sentencias cuanto menos controvertidas de los órganos que, en teoría, deberían velar por su recto cumplimiento y garantía; sentencias que ahondan el hiperpresidencialismo» (Viciano Pastor y Moreno González, 2018: 170-171). Estos han sido los casos de Costa Rica, en 2003; Nicaragua, en 2009; Honduras, en 2015; y, más recientemente, Bolivia en 2017. Esta tendencia ha llevado a que los presidentes terminen minando las bases del Estado de derecho y la división de poderes (Schedler, 2004; Serrafero, 1997), de ahí que se los haya llegado a tildar de «invencibles» (Penfold *et al.*, 2012) y, tal y como analizaremos en este artículo, esta tendencia ha penetrado en el interior del federalismo argentino, donde muchos gobernadores, queriendo también ser «imbatibles», se han encontrado cara a cara con una Corte Suprema que ha terminado limitando su deseo de perpetuidad.

En Argentina, repasando los casos a nivel provincial, no es difícil traer a colación ejemplos de provincias que han visto cómo, en sus territorios, la «alternancia política» ha permanecido como un concepto idílico o académico sin lograr ingresar al terreno político. Los casos son numerosos: Formosa, con Gildo Insfrán; San Luis, con los hermanos Adolfo y Alberto Rodríguez Saá; Santa Cruz, con los hermanos Néstor y Alicia Kirchner; Santiago del Estero, con los matrimonios de Carlos y Mercedes «Nina» Juárez o Gerardo Zamora y Claudia Ledesma Abdala; Córdoba, con la alianza política de José Manuel De la Sota y Juan Schiaretti; Río Negro, con Alberto Weretilneck; o La Rioja con Sergio Casas. Esta reducida (y, a su vez, extensa) relación de casos da cuenta que, tan solo desde el retorno a la democracia, han sido numerosos los políticos que han querido inmortalizarse en el poder y han utilizado diversos artilugios para poder hacerlo: desde matrimonios que se suceden en la primera magistratura provincial (incluso sin tener previa experiencia política) hasta compañeros de fórmula que se simultanean para que una misma fuerza partidaria gobierne la provincia por periodos que han llegado a exceder, en algunos casos, los veinte años de ejercicio continuo del poder. Esta situación ha llevado a que se afirme, no sin sentido, que «el Dios de la vida está distante y ajeno a los señores feudales de las provincias argentinas» (Pérez Esquivel, 2004).

El problema del feudalismo en Argentina, reafirmamos, ha sido y es una constante. En un país donde el diseño y la práctica constitucional han llevado a un hiperpresidencialismo exacerbado (Hernández, 2008), la enfermedad ha sido tan contagiosa que se ha expandido a los diversos órdenes de gobierno sustantivo inferiores, llegando no solo al segundo nivel de descentralización

política, sino, también, al tercero, ya que no son pocos los municipios que sufren esta misma realidad[6]. Con todo, hay un factor esencial que debe tenerse en cuenta: desde la reinstauración de la democracia el acceso al poder ha sido, siempre, a través de elecciones; de ahí que sea necesario analizar el papel que cumple el pueblo en la tarea de la alternancia política, ya que opciones para el cambio existen, más allá de que no sean las que finalmente alcancen la victoria en las urnas.

El fenómeno de la feudalización en el federalismo interior argentino, o en el derecho público provincial y municipal —tal cual se lo estudia como disciplina con independencia científica y didáctica en las universidades argentinas—, ha sido bien analizado por Gervasoni (2018: 23), quien ha llegado a hablar de la existencia de provincias «híbridas» en las que existe una oscilación evidente entre la democracia y el autoritarismo. En ellas, si bien se cumplen los requisitos típicos de las democracias modernas, como la celebración de elecciones periódicas o la existencia de un parlamento provincial, el poder (personal y constitucional) del gobernador está tan extendido que prácticamente no existen ni oposición ni medios críticos e independientes y, además, la alternancia del poder resulta casi nula o, directamente, inexistente. El mismo autor llamó la atención respecto de este fenómeno hace ya un par de años (2015) y ha tratado de explicar por qué funciona esto así: «Los gobernadores de estos estados rentísticos subnacionales son favorecidos, además, por la llamada lógica de los «distritos de bajo mantenimiento», que les permite obtener apoyo nacional a cambio de sus proporcionalmente muchos (dada la sobrerrepresentación de la que gozan en ambas cámaras) diputados y senadores. Provistos de generosas «rentas del federalismo fiscal» y del respaldo presidencial, son virtualmente invencibles en las urnas».

La realidad social emergente del sostenimiento del poder en varias de las veintitrés provincias de Argentina es el núcleo del problema que viene tratando de resolver la Corte Suprema a lo largo de los últimos años, buscando consolidar una doctrina pacífica que ha tenido no solo por fin resolver los casos concretos, sino también esbozar una suerte de «alerta jurisprudencial» ante otros deseos que pretendan, por medios similares, llegar a los mismos resultados. Así lo ha hecho, por ejemplo, respecto del caso de Santiago del Estero, por medio del cual, en el año 2013, se buscó la llamada «re-reelección» del gobernador Zamora, que, finalmente, no prosperó gracias a la sentencia de la Corte en *Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero*[7]. Tam-

[6] A modo de ejemplo, puede analizarse el caso de Villa Paranacito, en la provincia de Entre Ríos, donde el matrimonio Melchiori-Toller permanecieron más de dos décadas en el poder (Sued, 2011).

[7] Fallos, 336: 1756.

bién lo hizo respecto del caso de la sureña provincia de Río Negro, en un caso por medio del cual el gobernador Weretilneck también encontró un freno a su propósito (*Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo*[8]). Cabe resaltar que esta última causa es absolutamente coetánea a la que se comentará en este trabajo, ya que fueron resueltas el mismo día, cuestión que puede dar lugar a análisis particulares, como el deseo de la Corte de resolver asuntos trascendentes de manera conjunta, dando señales claras de su posición al respecto.

III. ALGUNAS PRECISIONES INICIALES SOBRE LA CAUSA

Para poder entender mejor la causa, es necesario realizar una serie de precisiones sobre el curso político e institucional que originó el conflicto. La Cámara de Diputados de la provincia de La Rioja (Estado perteneciente al noroeste de Argentina), en sesión extraordinaria, sancionó, el 21 de diciembre de 2018, una enmienda a la Constitución provincial en los términos previstos en su art. 177. A través suyo, se pretendió agregar un párrafo al art. 120 de la Constitución riojana, también aplicable al art. 171. Antes de la enmienda, el primero de estos artículos establecía que:

> El Gobernador y Vicegobernador serán elegidos directamente por el pueblo de la provincia a simple pluralidad de sufragios. Durarán en sus funciones el término de cuatro años, sin que evento alguno que lo haya interrumpido pueda motivar su prórroga. Podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo periodo consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período.

A partir de la modificación, se agregaría un nuevo párrafo a este artículo, que quedaría redactado en los siguientes términos:

> No hay sucesión recíproca entre el Gobernador y Vicegobernador si no hay juntos entrecruzamiento de mandatos en las fórmulas por las que han sido electos. El Gobernador o Vicegobernador que haya sido electo por un solo periodo anterior, puede ser elegido para el ejercicio en el otro cargo por dos (2) mandatos consecutivos. Esta disposición se aplica al Artículo 171° de la presente Constitución.

Por su parte, para comprender la influencia de la reforma, el art. 171 de la Constitución provincial indica que:

8 Fallos, 342: 235.

> Los Intendentes y Viceintendentes serán elegidos directamente y a simple pluralidad de sufragios por el pueblo del municipio y durarán cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelectos en las mismas condiciones que para Gobernador y Vicegobernador. Los concejales serán elegidos directamente por el pueblo del municipio, aplicándose el sistema D'Hondt para la distribución de los cargos y respetando lo establecido en el Artículo 81°, segundo párrafo, pudiendo ser reelectos. Para ser Intendente, Viceintendente, o Concejal se requieren las mismas condiciones que para ser diputado provincial.

En el art. 4 de la ley de enmienda se dispuso que esta reforma sea sometida a consulta popular obligatoria en los términos del art. 84 inc. 1 de la Constitución provincial y, además, que el gobernador (de conformidad al art. 126 inc. 3 del mismo texto), teniendo a la provincia como distrito único, convocara a elección general obligatoria, la que debería celebrarse en un plazo máximo de 45 días corridos a partir de su sanción, término que recaería previsiblemente entre enero y febrero del año 2019, meses estivales en los cuales, normalmente, los ciudadanos se encuentran de vacaciones, muchas veces fuera del territorio provincial. A través del decreto provincial 1491, de 26 de diciembre, el gobernador convocó la «consulta popular obligatoria» canalizada en elecciones generales, que tendría lugar, finalmente, el 27 de enero de 2019. La fórmula a emplear sería «SÍ acepto la Enmienda establecida en la ley 10161» o «NO acepto la Enmienda establecida en la ley 10161».

El Tribunal Electoral de la provincia proclamó los resultados el 29 de enero, dos días después de celebrados los comicios, en los siguientes términos: «71.518 votos por el SÍ, que representan el 25,481 de los electores inscriptos en el Registro Electoral; 50.742 votos por el NO, que representan el 18,081 de los electores inscriptos en el Registro Electoral; 1.220 votos nulos; 939 votos en blanco; total 124.419 de votos emitidos». En consecuencia, dio «por aprobada la Enmienda de la Constitución provincial introducida por la ley 10.161, no habiendo superado el voto por el NO en la Consulta Popular Obligatoria el porcentaje de más del treinta y cinco por ciento requerido por el último párrafo del artículo 84° de la Constitución Provincial».

Podría señalarse que, con la proclamación de los resultados, se produjo finalmente el cese fáctico de la causa y comenzó el cauce procesal que llegó a la Corte Suprema. La pretensión de los accionantes se encaminó a lograr la inconstitucionalidad no solo de la ley provincial 10161 por la cual la Legislatura aprobó la enmienda; del decreto por el cual se convoca a la elección general; y del acta del Tribunal Electoral que concluyó el procedimiento de la enmienda. No solo se impugnaron los pasos seguidos, sino también la forma en que se efectuó el cómputo de los votos necesarios para la aprobación de la enmienda, que se apartarían de lo dispuesto en los arts. 177 y 84 de la

Constitución provincial, siendo posiblemente violatorios de los principios del régimen representativo republicano que surge —ni más ni menos—, que de los arts. 1, 5 y 123 de la Constitución nacional.

1. LA HABILITACIÓN DE LA CORTE A LA CONSULTA POPULAR

Sería erróneo comentar esta causa sin tener en cuenta su precedente próximo, resuelto el 25 de enero de 2019 (gracias a la habilitación de la feria judicial de enero). Nos referimos a la causa *Unión Cívica Radical - Distrito La Rioja y otro s/ acción de amparo*[9], impulsada por los diputados nacionales Héctor Enrique Olivares y Marcelo Germán Wechsler.

De esta sentencia resultan interesantes varias cuestiones. En primer lugar, que la Procuración le aconsejó a la Corte apartarse del conocimiento de la causa, por considerar que, por su contenido, debería ser resuelta por la justicia provincial. Esta cuestión fue desoída y se accedió no solo al conocimiento del asunto, sino también a la habilitación procesal a hacerlo en plena feria estival del máximo tribunal. En segundo lugar, los accionantes pusieron sobre la mesa que la suma gravedad institucional del asunto que excedería el mero interés personal o de los partidos políticos que representan, pues lo que se produciría, a través de la consulta popular —que, a esa fecha, aún no se había llevado a cabo—, era ni más ni menos que la reforma de la Constitución de La Rioja en un asunto trascendental para las instituciones provinciales. En tercer lugar, que la cuestión podría resultar ajena a la jurisdicción originaria de la Corte, por cuanto se trata de un asunto provincial que sobrepasaría las competencias del art. 117 de la Constitución nacional, asunto sobre el que volveremos en el próximo apartado. Aún ello, a través de una interpretación amplia, la Corte asumió su función de intérprete supremo de la ley fundamental y de garante de la eficacia de los derechos y entró de lleno en el asunto, como lo haría también posteriormente en la causa medular de este comentario. Por último, hay que resaltar que aquel asunto fue promovido a través del amparo en asuntos de competencia originaria, cuestión cuya procedencia la misma Corte terminó admitiendo, como ya lo había hecho en otras oportunidades[10].

Ahora bien, más allá de que la causa presentase signos efectivos de posibles vulneraciones al régimen republicano procedente de la Constitución nacional, la Corte señaló que no podía entrar de lleno en la resolución del asunto, ya que la situación fáctica no suponía, para ella, un «caso judicial», esto es, consideró que no existía una afectación constitucional específica de los

[9] Fallos, 342: 1.

[10] Fallos, 323: 2107 y 323: 3326, entre otros.

peticionarios. Así, con el objeto de preservar el principio de división y equilibrio de poderes, usó su propia doctrina para indicar que los actos cumplidos por los poderes públicos provinciales configuran iniciativas que no fijan en forma definitiva la existencia y modalidad de una relación jurídica[11]; relación respecto de la cual se deben haber producido la totalidad de los hechos concernientes a su configuración[12]. Por ello, en el considerando 6 de la sentencia, indicó que: «El procedimiento de consulta popular que se intenta interrumpir no causa estado por sí mismo, ni tampoco conlleva una vulneración actual de derechos subjetivos que autorice a sostener que se presenta una controversia concreta en los términos tradicionalmente entendidos por la jurisprudencia de este Tribunal (cfr. arg. Fallos, 328: 3573)».

La decisión final del caso supuso la habilitación a la consulta popular en la provincia de La Rioja. Un dato relevante de la sentencia es que fue firmada afirmativamente por los ministros Lorenzetti, Rosatti y Highton de Nolasco (quien lo hizo por su voto) y que el presidente de la Corte, Rosenkrantz, se mostró disidente. Este último, en su argumentación, llegó a una conclusión diametralmente opuesta a la de los demás, señalando que: «En suma, el planteo constitucional central esgrimido en autos —nuevamente, referido al proceso de enmienda y no al contenido de la enmienda— es un agravio concreto y actual que, de no atenderse mediante un pronunciamiento jurisdiccional, se consumará definitivamente. Existe por ello un «caso» actual que da lugar a la intervención del Tribunal (artículo 116, Constitución Nacional; artículo 2, ley 27)». Además, resaltó que determinar la suspensión del acto electoral supondría seguir una línea doctrinal de la propia Corte, como ocurrió en *Barbeito*[13], *Ponce*[14], *Zavalía*[15] o en *Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia de*[16].

La decisión del Alto Tribunal abrió la puerta a una serie de comentarios doctrinales, alguno ambivalente y poco conciso como el de Pulvirenti (2019), que, sin compartir el proceder del gobierno riojano, aceptó que la Corte haya resuelto la causa como lo hizo, aplaudiendo el respeto que demostró hacia el federalismo. Gargarella (2019) ha sido más valiente al respecto y llegó a afirmar que, por primera vez desde su ingreso al Tribunal, estaba de acuerdo con el voto del presidente de la Corte, del cual resaltó su sensatez e interés, aunque al mismo

[11] Fallos, 307: 1379 y 310: 606.
[12] Fallos, 311: 421 (cons. 3), doctrina reiterada en Fallos, 328: 3573 (cons. 2).
[13] Fallos, 326: 1248.
[14] Fallos, 326: 1289.
[15] Fallos, 327: 3852.
[16] Fallos, 336: 1756.

tiempo recordó que era inconsistente con su propia pluma si se contrastaba esta decisión con otros votos escritos con anterioridad. Asimismo, el catedrático de la Universidad de Buenos Aires denunció la «judicialización de la política» y recordó que «en el contexto de democracias frágiles y defectuosas como la nuestra, la Corte tiene una responsabilidad extraordinaria, que puede asumir, o no, de cuidar las bases procedimentales del sistema democrático. Cuando no lo hace, como en este caso, nos abandona, y a la vez pone en riesgo los fundamentos de una organización institucional ya muy debilitada». La disidencia del ministro Rosenkrantz fue también aplaudida por Sammartino (2019), quien resaltó el valor que posee este voto para el conjunto de la causa.

En todo caso, respecto a este primer e interesante asunto, compartimos las palabras de apoyo a la disidencia del presidente de la Corte, ya que creemos que sí que existía un «caso» y que el ingreso al conocimiento de la causa podría haber resuelto el problema mucho antes, ahorrando así al Estado provincial un gasto público innecesario como lo es la celebración de comicios generales. Esto no hubiera significado un activismo judicial ni una intromisión en asuntos públicos del segundo nivel territorial, sino todo lo contrario: habría supuesto una verdadera defensa del republicanismo y del federalismo y habría sido un acto que, desde la óptica del análisis económico del derecho, podría haber resultado beneficioso para las arcas de la hacienda pública local, sobre todo en épocas de crisis económica como las que vive el país. En este parecer no nos encontramos solos, ya que nuestra posición ha sido sostenida, también, por Funes y Rivas (2019: 2), quienes criticaron este pronunciamiento desde el principio de escasez de los recursos económicos.

IV. EL RAZONAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA

Habiendo ya señalado algunos aspectos relevantes sobre la causa y su precedente próximo, es tiempo de entrar de lleno en el razonamiento que el tribunal desarrolló para resolverla. Para ello, se realizará un análisis en tres pasos: en primer lugar, el voto principal de los ministros; en segundo lugar, el voto particular del presidente de la Corte; y, en tercer lugar, el de la vicepresidenta de la Corte, Highton de Nolasco.

1. EL VOTO PRINCIPAL

1.1. Competencia originaria vs. *autonomía provincial*

El primer problema que tuvo que resolver el tribunal fue lograr conciliar dos conceptos que, *prima facie*, parecerían procesal y sustantivamente antagó-

nicos: la competencia originaria de la Corte y la autonomía provincial. Hay que recordar que, en principio, la causa responde a un problema que no iría más allá del territorio de La Rioja y que tiene que ver con asuntos propios de su Constitución provincial, la que fue dictada conforme al art. 5 de la Constitución nacional. Es por esta razón que la accionada denunció que se trata de una «cuestión política de índole provincial que atañe a actos cumplidos y normas aplicadas de índole eminentemente local»[17]. Nos encontraríamos, por lo tanto, dentro de un ámbito reservado a las provincias (arts. 121 y 122 de la Constitución nacional), que no irrumpiría —según su interpretación—, en las reglas principales del sistema republicano.

El planteo apuntado en el párrafo anterior no es baladí, por cuanto si la Corte ingresase de lleno al estudio de la causa sin tener competencia para hacerlo estaría actuando contra derecho y vulnerando así la autonomía que poseen las provincias. El problema en este sentido radica en determinar hasta qué punto las normas constitucionales del Estado secundario poseen relación de procedencia respecto de la Constitución nacional porque, si así lo fuese, el escudo protector que aísla su conocimiento se resquebraja y la Corte puede ingresar de lleno a su conocimiento sin quebrantar el principio federal. Ahora bien, esta situación se enfrenta a un problema: la Corte tiene bien definida su doctrina respecto de la competencia sobre asuntos provinciales que proviene de una nutrida jurisprudencia respecto del tema[18], que ha sido sintetizada por Perrino: «[...] a juicio del cimero tribunal, es preciso, para que proceda su competencia originaria, que la pretensión se funde directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en tratados con las Naciones extranjeras y en leyes nacionales, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa. Por tal motivo, es improcedente la intervención originaria de la Corte cuando en la pretensión se incluyan cuestiones de índole local, las cuales son propias de la jurisdicción de los jueces locales» (2010: 335). El motivo de esta apertura limitada es bastante sencillo: hay una *reserva de conocimiento* a favor de los jueces provinciales para que sean ellos los que examinen las causas que, sustancialmente, versen sobre cuestiones que atañen a instituciones provinciales. Con independencia de la regla, la propia Corte se ha excepcionado y ha ingresado en materia provincial cuando ha determinado que, más allá de existir cuestión local, prevalece la cuestión

[17] Considerando 3 del voto principal.

[18] Entre otras causas: *Ruiz, Segundo V.* (Fallos, 194: 18); *Cía. Ítalo Argentina de Electricidad, S.A.* (Fallos, 253: 263); o *Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A.* (Fallos, 326: 880).

federal[19], excepción a la que se suma el caso que comentamos. Por su naturaleza extraordinaria y por funcionar tan solo en casos contados, la carga de la argumentación no corre tanto por quienes pretenden que la Corte resuelva el caso, sino más bien por el propio tribunal, que lo debe dejar claro en los considerandos de la causa.

Aquel planteo de la accionada, entonces, fue resuelto por la Corte al comprobar que, en el caso puntual, sí que existe una cuestión federal predominante que la habilitaba de lleno a acceder a su estudio. Es que el meollo del asunto radica, ni más ni menos, en que existe un «nítido contenido federal consistente en la esencia de la garantía republicana del artículo 5º de la Constitución Nacional a través del goce y ejercicio efectivo y regular de las instituciones»[20]. Para aclarar la cuestión utilizó el mismo argumento por el cual ingresó al conocimiento restringido del precedente directo, al considerar que «si bien la Constitución Nacional garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal (arts. 5º y 122º), las sujeta a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (artículos 1º y 5º) y encomienda a esta Corte el asegurarla (artículo 116) con el fin de lograr su funcionamiento y el acatamiento a aquellos principios que todos en conjunto acordaron respetar al concurrir a la sanción de la Constitución Nacional»[21]. A partir de este pensamiento, consideró que no puede verse en su intervención una intromisión ni un avasallamiento de las autonomías provinciales, sino todo lo contrario: a través suyo se procura la protección de su funcionamiento pleno, asegurando que se acatan los principios superiores provenientes de la Constitución nacional que las mismas provincias han acordado respetar en el pacto constituyente de 1853-1860.

La Corte realizó una serie de precisiones importantes que no solo tienen que ver con materia procesal y con la existencia o no de su propia competencia para el estudio de la causa, sino también con aspectos de fondo,

---

19 Entre otras causas: *Olivares, Mariano* (Fallos, 205: 87); *Jewish Colonization Association* (Fallos, 209: 368); *Podestá y Pegasano, José Andrés y otros* (Fallos, 211: 1710); *Díaz, Ruth Inés* (Fallos, 329: 5814); *Asociación de Empresas de Correo de la República Argentina* (Fallos, 331: 382); *Comisión Vecinal Playas de Quequén* (Fallos, 330: 4851); o *Carlozzi, Domingo c. Tornese Ballesteros, Miguel* (Fallos, 207: 72), donde se recogió la llamada «doctrina de la arbitrariedad», a partir de la cual la Corte «'abrió las compuertas del dique', interpretando el derecho común y las normas de derecho provinciales, fijando criterios de interpretación que terminaron menguando la labor jurisdiccional de los tribunales provinciales» (Funes y Rivas, 2019: 2).

20 Considerando 4 del voto principal.

21 Fallos, 336: 1756.

relacionados íntimamente con la dinámica del federalismo argentino y con el régimen representativo y republicano que se establece en la declaración que proviene del primer artículo de la Constitución nacional. Según lo interpreta la Corte (pensamiento al cual nos adherimos), la Constitución sujeta la autonomía provincial al aseguramiento que se debe desarrollar por los poderes públicos del segundo nivel de descentralización política, respecto del ejercicio regular de sus instituciones, de manera tal que las decisiones que estos toman deben poner en evidencia que existe «la efectiva vigencia de la representatividad popular»[22]. Cuando esto no ocurriese, el gobierno federal debe garantizar su goce y, dentro de la órbita máxima del Estado, es la propia Corte la que debe asegurar el cumplimiento del orden institucional proveniente de la Constitución. De esta manera, los valores que supone el federalismo (en su dinámica diversidad-unidad) y el sistema republicano (evidenciado, por ejemplo, en la representatividad y la alternancia política) deben permanecer en equilibrio y, si así no lo fuese, es al máximo tribunal al que le corresponde traer nuevamente a la senda a la provincia descarriada.

En el caso sometido a análisis, el tribunal considera que existe una «pauta de excepcionalidad» que la habilita a analizar si, tal cual aducen los accionantes, se ha producido una lesión en la esencia del sistema representativo republicano a través del apartamiento del inequívoco sentido que deben tener las normas de derecho público local.

1.2. La verificación de la existencia del «caso judicial» y la inexistencia de «cosa juzgada»

A diferencia de lo que ocurrió en el precedente, aquí la Corte sí que consideró la existencia de un «caso judicial», e interpretó que esto es así por cuanto se han cumplido ya las diversas etapas que supone el proceso de enmienda: la aprobación del proyecto de ley en la Cámara de Diputados provincial y la celebración de la consulta popular obligatoria a fin de verificar la ratificación del texto por el electorado. Esto último, por cuanto la ratificación no constituye un acto de control electoral, sino una confluencia de la voluntad del electorado con la del poder legislativo para completar el acto, tal cual lo dispone la propia Constitución provincial, que indica que la enmienda «sólo quedará incorporada al texto constitucional si fuere ratificada por consulta popular».

El «acto jurídico complejo» del proceso de enmienda ha sido cabalmente cumplido, entonces al momento de llegar la causa a la Corte, por lo cual no existe la posibilidad alguna de hablar de la existencia de «cosa juzgada», ya que

[22] Fallos, 338: 628 y 331: 866.

este proceso se sustenta no solo en una pretensión deducida en una situación de hecho sustancialmente distinta al precedente directo (por lo cual quedaría desplazada la «identidad *ad causam*»), sino porque también la acción ha sido deducida por más personas, lo que descarta la «identidad *ad personam*». Por todo ello, no existe —resalta la Corte—, una *reedición* del debate anterior, ya fenecido en términos estrictamente jurídicos, que no políticos.

1.3. El razonamiento sobre el proceso de enmienda

La Corte, a partir del considerando 21 de la sentencia, se adentra en el razonamiento que ha utilizado la provincia de La Rioja para entender que, en efecto, el proceso de enmienda ha quedado ratificado por el pueblo en la consulta popular obligatoria. Esta cuestión no es asunto menor, ya que representa el adentramiento a la interpretación específica de conceptos jurídicos que tienen peso suficiente para acercarse a la conclusión a la que finalmente llegará.

La pregunta que se hace el Tribunal es si el procedimiento llevado a cabo para lograr la enmienda respeta, en primer lugar, lo que establece la propia Constitución provincial al respecto o si, por el contrario, existen vicios jurídicos evidentes, constitucionalmente inadmisibles y no subsanables por actos posteriores. Y aquí reside una cuestión esencial que tiene como finalidad la expansión de efectos de la causa: la Corte resalta que las conclusiones a las que llegue respecto al análisis específico —en un contexto donde se encuentra en desarrollo un cronograma electoral con aplicación de enmienda— deben *orientar* procesos electorales futuros.

En primer lugar, existe una cuestión sustantivo-formal que radica en entender cuándo debería haberse realizado la consulta popular que finalmente se realizó. Para ello, hay que recordar que el art. 177 de la Constitución provincial señala que debe tener lugar en la primera elección general que se realice, y que no podrá llevarse a cabo sino con un intervalo de dos años. Ahora bien, ¿cómo debe entenderse la expresión «primera elección general que se realice»? Para tratar de responderlo, la Corte pone de manifiesto las tres interpretaciones que, considera, serían posibles: la primera consiste en equiparar esta expresión a «primera elección que se realice», independientemente que coincida con los actos eleccionarios que la Constitución provincial prevé; esta sería la posición que sostiene la provincia, la Ley 10161 y el Superior Tribunal de la provincia. La segunda implica equiparar la expresión a «la siguiente elección general que se realice para cubrir los cargos que, de acuerdo a la Constitución provincial, provienen de la elección popular»; tal cual sería la posición que asumen los accionantes. Por último, la tercera posible interpretación sería equiparar la expresión a «la primera elección general que se realice para

cubrir el cargo cuya regulación constitucional se procura enmendar». La Corte precisa que, de una exégesis normativo-constitucional, esta última es la mejor forma posible de entender el contenido de la expresión.

Para llegar a su conclusión, el voto principal recuerda que el término «primera», según la RAE, refiere a aquella que «precede a las demás de su especie, en orden, tiempo, lugar, situación, clase o jerarquía». Por su parte, el término «general» apartaría la hipótesis interpretativa que procura avalar la implementación de una elección «en particular» destinada de manera exclusiva y específica a dirimir la consulta popular. Pero esto no se trata tan solo de una exégesis normativa, por cuanto la costumbre jurídica también cobra relieve en este asunto, por esto la Corte recuerda que la propia provincia de La Rioja celebró con anterioridad consultas populares por enmiendas constitucionales en los años 1987 y 2006 y en ninguna de ellas existió una consulta *ad hoc,* sino que tuvieron lugar en las elecciones generales subsiguientes a la sanción de las leyes que aprobaban la enmienda en sede parlamentaria.

Importa destacar que, en su interpretación, la Corte realiza —tal cual lo indica— una *recomendación*, ya que su entendimiento lleva a que se obvien como «elecciones generales» aquellas que no tengan *identidad directa* con el cargo determinado que se está modificando por medio de la enmienda. Así, en este caso, por ejemplo, solo sería posible efectuar la consulta en la próxima elección general a gobernador y vicegobernador y no a cualquier otra elección. Esto quedaría descartado en el caso de que la propia Constitución (como pasa, por ejemplo, con la provincia de Mendoza en su art. 223), dejase expresamente previsto cuál será la elección específica en la que tendrá lugar la consulta popular.

1.4. La interpretación sobre el porcentaje de votos para la ratificación de la enmienda

Otro punto crucial en la sentencia es la interpretación que la Corte brinda respecto de la forma del cómputo del porcentaje de votos necesarios para la ratificación de la enmienda constitucional. Es aquí donde reside una de las astucias interpretativas que realizó el Tribunal Electoral provincial para definir que, en la consulta popular realizada, llevada a cabo ha ganado el «sí» frente al «no».

El voto principal recuerda que el Tribunal Electoral dio la siguiente interpretación sobre el art. 84 de la Constitución provincial: «[...] nada dice de un porcentaje de votos que, como piso, debe reunir la Consulta Popular a los fines de su validez. Tampoco menciona un porcentaje de votos afirmativos o por el "SÍ". El texto se expresa en términos negativos […]. En concreto la Constitución regula las condiciones del 'rechazo' o de la "no aprobación"».

A partir de este razonamiento, según el Tribunal, la única forma de que la enmienda no prospere es que reciba más votos negativos que positivos y descarta totalmente la opción interpretativa según la cual lo que se requiere es, al menos, el 35% de los votos positivos.

La Corte considera que esta es una cuestión sustancial del proceso de enmienda, y no se equivoca, porque en toda consulta popular existen siempre dos parámetros esenciales a tener en cuenta: el *piso electoral*, esto es, la cantidad mínima de electores necesarios para que la consulta sea válida, y la *mayoría de votos*, algunas veces establecida con una barrera porcentual, para que, finalmente, prospere. Esta cuestión, en el caso de una reforma constitucional, resulta agravada, porque existen dos voluntades conjuntas: la del legislador y la del pueblo, y ambas deben ser coincidentes en una mayoría que se exprese afirmativamente para que el proceso llegue a su destino; de lo contrario, lo que pasaría es que se daría prioridad a una de ellas sobre la otra. Este defecto sobre el que insistimos es el que se recoge en la interpretación del Tribunal Electoral, porque allí se equipara el «no rechazo» (esto es, que una mayoría de electores voten negativamente) a la «aprobación».

La Corte conecta esta cuestión al principio republicano. Así, considera que su vigencia presupone de manera primordial la *fiabilidad* del mecanismo elegido para que se pueda considerar finalmente válida la voluntad del pueblo expresada en las urnas. La expresión del sentir popular por medio de las elecciones es una de las formas en las que se aprecia explícitamente la soberanía popular, de allí que sea absolutamente necesario que el procedimiento sea válido en forma y fondo. Es en este asunto donde mejor se aprecia la conexión entre diversos principios estructurales del sistema institucional argentino: el republicano, el representativo y el democrático, y de ello da cuenta la esencia que subyace en los textos constitucionales de todo el Estado, no solo el federal, sino también los provinciales y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por ello, la voluntad, el sentir colectivo del pueblo, no puede *presumirse*, sino que debe *cuantificarse*, y según la forma en que se lo haga dependerá que haya una concordancia lógica entre el proceso electoral y la interpretación correcta de la voz de la ciudadanía.

Así, a partir de una interpretación republicana del proceso democrático, la explicación que supone que el «no rechazo» equivale a la «aprobación» es totalmente errónea, porque lleva a interpretar que toda persona que no participó del proceso electoral de manera expresa, en definitiva, terminó participando de él. En este sentido, las palabras de la Corte son tajantes y no dan lugar a titubeo alguno: «La interpretación por la cual las autoridades de la provincia suponen que todos aquellos que no votaron o lo hicieron en blanco resultan ajenos al universo de aquellos «que no aprobaron la reforma» implica

contrariar el fin señalado de mantener la pureza del sufragio como base de la forma representativa de gobierno sancionada por la Constitución nacional»[23].

Para resolver el problema, la Corte Suprema indica que solo habría dos formas de interpretar la norma: o que la enmienda se tenga por ratificada cuando no es rechazada por una mayoría igual o superior al 35% del electorado, o que la enmienda se tenga por ratificada cuando recibe una respuesta afirmativa por una mayoría igual o superior al 35% del electorado. Entre estas dos posibles, termina optando por la segunda, y esto por diversos motivos: en primer lugar, porque resulta absolutamente obvio que se requiere una mayoría de votos afirmativos para que la enmienda prospere; en segundo lugar, porque esta interpretación ha sido la que consuetudinariamente se ha seguido en la provincia en las dos consultas populares previas; en tercer lugar, porque en el derecho público provincial argentino se ha utilizado generalmente la regla de la mayoría de los votos válidos emitidos al referirse, en sentido genérico, a las consultas populares[24], y de manera específica en el caso del proceso de modificación del texto por medio de enmiendas[25].

Esta argumentación sostenida por la Corte ha sido avalada por Pérez Corti (2019: 5), quien ha valorado negativamente las posibles interpretaciones que desde la política se han tratado de dar tanto al concepto de «elecciones generales» como a la forma del cómputo de los votos. Así, considera que la Constitución provincial ha establecido, al respecto, reglas claras y concisas y, de una forma poética, recuerda que: «Ese es, en definitiva, el mástil al que —cual Ulises— se ataran los constituyentes riojanos, y que los legisladores siempre respetaron —cual compañeros de viaje del Odiseo—, conservando sus oídos al margen de los cantos de sirena. Sin embargo, en esta oportunidad, pareciera que algunos Perímedes y Eurílocos provinciales, desoyendo la

[23] Considerando 36 del voto principal.

[24] Véanse el art. 60 de la Constitución de Salta de 1998; art. 129 de la Constitución de Formosa de 2003; art. 310 de la Constitución de Neuquén de 2006; art. 41 de la Constitución de Santiago del Estero de 2005; art. 38 de la Constitución de Corrientes de 2007; art. 50 de la Constitución de Entre Ríos de 2008; art. 2.2 de la Constitución de Chaco de 1994; art. 179 de la Constitución de Misiones de 1958; art. 119 de la Constitución de Río Negro de 1988, y art. 223 de la Constitución de Mendoza de 1916.

[25] Véanse el art. 206 de la Constitución de Buenos Aires; art. 271 de la Constitución de Chubut; art. 126 de la Constitución de Formosa; art. 223 de la Constitución de Mendoza; art. 178 de la Constitución de Misiones; art. 318 de la Constitución de Neuquén; art. 287 de la Constitución de San Luis; art. 277 de la Constitución de San Juan; art. 191 de la Constitución de Tierra del Fuego, y art. 155 de la Constitución de Tucumán.

voluntad de Ulises y traicionando su mandato, procuran desatar sus cuerdas constitucionales».

2. EL VOTO PARTICULAR DEL PRESIDENTE DE LA CORTE

A partir de octubre del año 2018, la presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó de estar en manos de Ricardo Lorenzetti y pasó a quedar bajo la órbita del poder de Carlos Rosenkrantz, uno de los ministros nombrados a propuesta del presidente Mauricio Macri hace menos de cuatro años. Este giro inesperado en la conducción del Alto Tribunal trajo consigo una serie de problemas que han dado cuenta de un posible quiebre en su seno, con expresiones de mayorías y votos disidentes que cada vez se hacen más recurrentes. Lo curioso del caso es que la disidencia, por lo general, no proviene de los ministros, sino del mismo presidente. Junto a ello, también se han tomado una serie de decisiones respecto del manejo de la superintendencia de la Corte que han puesto en una posición claramente inferior a quien debe conducir el tribunal, cuestión sobre la cual ya hemos expresado nuestro rechazo (2008).

Ahora bien, el parecer disímil del presidente de la Corte se expresa a través de dos formas específicas: por medio de *votos disidentes,* como el que se desarrolló en el precedente próximo de esta causa, y por medio de *votos particulares*, en los cuales quiere dejar en claro que, si bien comparte el resultado al cual la mayoría llega, no lo hace por las mismas razones. Es aquí donde su raciocinio cobra valor, y creemos que esto ha ocurrido por dos motivos: en primer lugar, porque su vocación y procedencia académica le llevan a querer dar cuenta de sus ideas y opinión y de demostrar la forma en que él mismo construye el voto; en segundo lugar, porque es una forma que permite su apartamiento expreso respecto de la mayoría del cuerpo. En el caso de esta sentencia, el presidente escribe un voto particular en el cual centra su lógica en dos cuestiones esenciales: cuáles son las facultades que posee la Corte y cómo se debe interpretar la oportunidad de la convocatoria de la consulta popular.

En relación con lo primero, el presidente no duda acerca de la competencia originaria que posee la Corte frente al caso, pero no se centra tanto en dar cuenta de la jurisprudencia existente al respecto o en esclarecer por qué la posee, sino que se preocupa por esclarecer el alcance de las facultades que posee el Tribunal, pues, por medio suyo, que tenga dicha competencia es una deducción totalmente posible.

La Corte Suprema —sostiene— posee facultades para revisar actos de las autoridades provinciales que se fundan en la autonomía local siempre y cuando afecten el sistema republicano de gobierno que las provincias mismas deben garantizar *ex* art. 5 de la Constitución nacional. Por ello, quita el «velo»

de la autonomía, que sería algo así como un escudo procesal al que se acogen las autoridades provinciales para que la Corte no entre de lleno en el conocimiento de aquellas causas en las que terminan siendo parte por sus acciones u omisiones.

La interpretación que realiza sobre la norma que determina cuándo hay que convocar la consulta popular es absolutamente directa. Considera que: «Del texto del art. 177, interpretado en el sentido más obvio del entendimiento común […], surge con nitidez que se ha fijado con total claridad y exactitud la oportunidad en la que debe ponerse a consideración del electorado una enmienda para que ella pueda ser válidamente incorporada al texto constitucional»[26]. Esta oportunidad sería la primera elección general posterior a la consulta porque, si así no fuese, no tendría sentido la existencia misma de la previsión normativa del artículo. Así, su sentido es inequívoco y, según lo considera, ha sido transgredido claramente a través de una consulta popular convocada *ad hoc* para la ratificación de la enmienda.

3. EL VOTO PARTICULAR DE LA MINISTRA HIGHTON DE NOLASCO

La ministra de la Corte (y su vicepresidenta), Highton de Nolasco, expresó también su propia argumentación respecto del caso. Centra su parecer en dos cuestiones: en la falta de lógica común del procedimiento llevado a cabo para la ratificación de la enmienda y en por qué la causa no afecta de modo alguno la autonomía provincial.

La forma en que se ha llevado adelante el proceso electoral para la ratificación de la enmienda ha quebrado, según la ministra, el principio republicano que reside en el art. 5 de la Constitución nacional; esto, por cuanto la interpretación que ha dado la provincia al caso da cuenta del carecimiento de toda lógica y sentido. La norma está en la Constitución por un sentido y se tornaría incongruente su contenido si la elección por medio de la cual se lleva adelante esta ratificación no fuese estrictamente la primera que se realice con posterioridad a la ley sancionada por la Cámara de Diputados provincial y, además, que esta sea una elección general y no específicamente convocada a tal propósito. Así, su conclusión es clara: «[...] no caben dudas entonces de que en el artículo 177 de la Constitución provincial se tuvo la clara intención de hacer coincidir la consulta popular con la primera elección que se celebre dentro del calendario electoral, esté fijado o no. Resultaría absurdo —y por tanto inadmisible y contrario a un elemental

[26] Considerando 5 del voto particular del presidente de la Corte.

principio hermenéutico […]— suponer que el constituyente redactó una norma vacía de contenido»[27].

Del voto de la vicepresidenta resulta interesante el *excursus* que hace en su cons. 9, por medio del cual aclara por qué esta sentencia no se entromete en la autonomía provincial. Considera que, si bien a través de los arts. 5 y 122 la Constitución permite que las propias provincias establezcan sus instituciones y elijan a sus autoridades sin injerencia alguna del gobierno federal, las sujeta tanto a ellas como a la Nación misma al contenido total que subyace en los principios representativo y republicano (arts. 1 y 5 de la Constitución nacional), y encomienda específicamente a la Corte su aseguramiento y garantía (art. 116 de la Constitución nacional). A través de este esquema de interrelaciones normativas, es a este tribunal al que le compete que se logre el funcionamiento y acatamiento de todos los principios que el pueblo argentino acordó respetar y que las propias provincias aceptaron al momento de sancionar la Constitución.

En el caso que se sometió a examen de la Corte, la situación de gravedad institucional ha excedido el mero interés de los litigantes, pues afectó a la comunidad en su conjunto, ya que comprometió no solo el mecanismo por medio del cual se reforma la Constitución provincial, sino, también, el sistema de renovación y alternancia de las autoridades provinciales. Por ello, la actuación del Tribunal, considera, ha sido ni más ni menos que la de ejercer correcta y concretamente sus facultades para lograr el efectivo cumplimiento del sistema constitucional, lo que afirma de manera tajante: «El imperio de la ley es esencial para el logro de una Nación con instituciones maduras […] y nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional»[28].

4. LA DECISIÓN FINAL

Finalmente, a partir del razonamiento expuesto, la Corte decidió declarar la invalidez de la enmienda a los arts. 120 y 171 de la Constitución de la provincia de La Rioja y, por ello, quedan sin efecto todos los actos normativos que se desarrollaron en el proceso en su conjunto. De la decisión es posible advertir una cuestión esencial: no hay una declaración de *inconstitucionalidad* específica, sino tan solo una declaración de *invalidez*. Esto es un punto trascendental de la decisión, por cuanto, al establecerlo así, todo el proceso termina cayendo por su propio peso, desde la sanción de la ley de enmienda

[27] Cons. 5 del voto particular de la ministra Highton de Nolasco.
[28] Cons. 9 del voto particular de la ministra Highton de Nolasco.

hasta el acto electoral en sí mismo, junto a todos los actos normativos y administrativos que han sido llevados a cabo para desarrollar el proceso. De esta forma, la Corte deja de lado la necesidad de acudir a una decisión que no solo resultaría normativa, sino también políticamente más comprometida. Ahora bien, llama la atención que no opte por la declaración, al mismo tiempo, de su *inconstitucionalidad* e *invalidez*, ya que ese es el resultado mínimamente lógico al que cualquier jurista atento a la dinámica del proceso llegaría con tan solo leer todos los argumentos vertidos en el seno de los considerandos.

V. UNA CLARA LIMITACIÓN AL FEUDALISMO

Más allá del caso en particular y, si se quiere, tomando en cuenta esta sentencia junto a las anteriores y a la que se dictó el mismo día sobre el caso de la provincia de Río Negro, surge una *doctrina pacífica* de la Corte respecto a la limitación del feudalismo en el seno del federalismo argentino.

Si se analizan transversalmente las causas, es posible identificar cómo se deja en claro que la Corte no está para nada a favor de la «eternización» en el poder de los caudillos provinciales, lo que se ha hecho explícito frente a tres gobernadores con mucho peso político en sus propios feudos: Gerardo Zamora, en Santiago del Estero; Sergio Casas, en La Rioja, y Alberto Weretilneck, en Río Negro. En este sentido, la Corte no se manifiesta en contra de los *sujetos,* sino de las *ardides políticas* que ellos o sus equipos llevan a cabo para tratar de maniobrar normativamente los sistemas constitucionales provinciales (y las leyes que de ellos derivan), con el solo objetivo de lograr permanecer sin plazo final como titulares de los Ejecutivos de sus territorios.

La noble tarea desplegada por la Corte Suprema ha tenido el objetivo de lograr que en el federalismo interior argentino prime el sentido último que proviene del sistema representativo-republicano que gobierna todo el Estado, no solamente a la órbita federal. Así, su defensa frente al personalismo ha resultado una constante, sobre todo en este último período democrático (el más largo de la historia argentina), donde los desafíos del autoritarismo deben ser derrotados por sus resabios dictatoriales y esto no tanto por el uso de la fuerza física, sino más bien por el grado de persuasión política que puede dejar de lado el alentar la sana competencia, la alternancia en el poder y la posibilidad de que la ciudadanía tenga más opciones. Piénsese, por ejemplo, que en algunas provincias existen jóvenes que, desde su nacimiento a estos días, han crecido bajo el mandato de una misma familia política en el poder, sean hermanos, esposos o íntimos socios del mismo color partidario.

Las diversas sentencias de limitación del poder de reelección de los gobernadores provinciales se entroncan en una línea de férrea defensa del sistema republicano y muestran dos características principales. En primer lugar, suponen un apartamiento respecto de la interpretación que algunos tribunales de la región han realizado sobre las cláusulas constitucionales que son proclives a mantener a los titulares de los Ejecutivos en su cargo de manera indefinida. En este sentido, las resoluciones que adopta la Corte Suprema limitan jurídicamente el impulso político no a nivel federal (ya que no han existido casos que hayan llegado a ser judicializados y a requerir una solución efectiva en el más alto nivel de la pirámide del sistema), sino a nivel provincial, pero sentando un precedente que no sería difícil de trasladar a la órbita nacional si así se lo pretendiese. Así, esta doctrina de la Corte puede servir como *freno anticipado* ante una posible pretensión presidencial de reelección indefinida, más allá de que la Constitución lo prohíbe expresamente, pues, como hemos visto, algunos tribunales latinoamericanos han desoído plenamente esta cláusula y han terminado declarando la inconstitucionalidad de la propia ley fundamental. En segundo lugar, la Corte deja en claro que la limitación de su competencia en materia local cede ante cuestiones de esta índole, ya que la reelección de un gobernador no es algo que afecte solamente a la provincia, sino que desequilibra el sistema republicano que deriva de la propia Constitución nacional.

VI. CONCLUSIONES

La reelección o no de un gobernador o de un presidente en territorios donde existe una acentuada vocación a creer que la persona que llega a la primera magistratura es una especie de semidiós que resolverá los problemas que aquejan a toda la sociedad, debe ser vista siempre con cautela, ya que la reelección consecutiva no es necesariamente algo negativo para el funcionamiento de la democracia (Ginsburg, Melton y Elkins, 2011). Esta visión prudente no implica que se impida que la voluntad popular que conduce las urnas pueda decidir quién será el candidato que acceda finalmente al cargo. Lo que implica es que hay que entender que la eternización pretendida por algunos puede suponer un atentado directo contra el principio republicano que deriva de la Constitución nacional. Cuando esto ocurre, es el texto de la ley suprema el que debe primar. Así, la reelección no debería significar un peligro para el republicanismo, pero para ello es necesario que la clase política sea consciente que no debe eternizarse en el poder.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo*, ha significado una apuesta clara por la vigencia de los principios

constitucionales que gobiernan todas las esferas de la distribución territorial del poder, derrumbando así aquellos muros que muchas veces se consideran una fortaleza que protege a los Estados secundarios: la «autonomía provincial». Nuestro parecer no importa para nada su desconocimiento, ya que consideramos que esa es una de las esencias del sistema federal argentino. Antes que ello, creemos que, a partir de casos como este, dicho concepto cobra fuerza y se erige como uno de los pilares de la distribución territorial del poder. Piénsese, por ejemplo, que es la misma Corte la que argumenta sobradamente por qué tiene competencia en el caso, lo que implica que es ella misma la que sabe que su estudio supone una excepción a la regla.

La Corte ha valorado que las normas provinciales deben respetar internamente los principios constitucionales que provienen de la Constitución federal, porque esa es una forma específica por medio de la cual se puede armonizar la unidad y la diversidad. Es el imperio de la ley lo que prima, ya que es la Constitución y su primacía la que gobierna cada rincón del vasto territorio argentino: desde la Quiaca hasta Ushuaia, desde los Andes a Puerto Madryn. Así, no hay ni debe existir punto específico ni persona alguna que quede al margen del derecho. En el caso en concreto se ha puesto un freno a una avanzadilla que quería que lo que reine no sea la norma, sino la política, por medio de la cual se pretendía que la persona se anteponga a las instituciones. Es una sentencia modelo, y debería (junto a otras que componen la saga) ser enseñada en universidades y escuelas como una muestra de que la Constitución existe por un motivo y para un propósito determinado, como lo es el limitar la soberbia política y el deseo ferviente del poder para recordar que el paso por una institución del Estado debe ser, siempre, para servir al pueblo y no para que el pueblo sirva a la persona.

Hay que reconocer que, de esta sentencia, de sus precedentes y de la dictada coetáneamente, surge una doctrina «rebelde» que aleja positivamente a la Corte Suprema de Argentina de otros tribunales de la región que admitieron inconstitucionalmente la inconstitucionalidad de la Constitución. Su apartamiento la hermana con la Corte Constitucional colombiana y, junto a ella, comparte la noble tarea de generar una interpretación que podría llegar a ser el referente para un cambio de rumbo en Latinoamérica.

En todo caso, no todo son laureles frente a esta decisión. Creemos que este proceso podría haber acabado antes, en la causa de enero, con una argumentación más sólida que tire por la borda la posibilidad misma de poder llevar adelante el proceso electoral de la consulta popular y que ahorre al Estado provincial la organización de comicios innecesarios, donde la respuesta era previsible y donde la participación política —dada la época del año— era previsiblemente baja. En épocas de crisis, las acciones de todos los actores del sistema del poder son importantes y no resulta del todo lógico autorizar

a que se proceda a dar un paso más hacia adelante si, de producirse, se va a terminar diciendo que todo ha sido inválido. En este sentido, acompañamos fervientemente el voto en disidencia del presidente de la Corte en la sentencia de enero de 2019 y no entendemos la falta de convencimiento de los demás ministros, sobre todo porque sus sentencias deben tener sentido de Estado, y parte de dicho sentido está formado, también, por el análisis de la realidad que aqueja hoy en día a millones de argentinos. Así, el dinero que se usó para las elecciones de todo un proceso de enmienda que, finalmente, fue declarado inválido, podría haberse usado para más escuelas, más hospitales y más bienestar del pueblo riojano.

Manifestada la discrepancia específica, no podemos estar más que de acuerdo con la sentencia que comentamos, tanto en su fundamentación como en su decisión y, como lo hizo la propia Corte en el cons. 41 del voto general, traemos a colación para cerrar este comentario las palabras que ella misma esbozó en la sentencia que resolvió la imposibilidad de que Gerardo Zamora, en Santiago del Estero, formalice su candidatura en las elecciones de 2013: «La historia política de la Argentina es trágicamente pródiga en experimentos institucionales que —con menor o mayor envergadura y éxito— intentaron forzar —en algunos casos hasta hacerlos desaparecer— los principios republicanos que establece nuestra Constitución. Ese pasado debería desalentar ensayos que […] persiguen el único objetivo de otorgar cuatro años más en el ejercicio de la máxima magistratura provincial a quien ya lleva ocho años ininterrumpidos en ella, desconociendo el texto constitucional, máxima expresión de la voluntad popular»[29]. Ojalá esta decisión, junto a las demás que conforman la doctrina de la Corte sobre el asunto, sirvan para limitar los deseos e intentos de convertir las provincias en feudos y de desconocer el sentido mismo del sentido republicano de la Constitución de Argentina.

Bibliografía

Carey, J. (2003). The Reelection Debate in Latin America. *Latin American Politics and Society,* 45 (1), 119-133. Disponible en: https://doi.org/10.1111/j.1548-2456.2003.tb00234.x.

Castro, P. (2007). El caudillismo en América Latina, ayer y hoy. *Política y Cultura*, 27, 9-29.

Funes, F. J. y Rivas, F. J. (2019). El federalismo y la República deben complementarse, no contraponerse. *La Ley Online*, 1-5.

[29] Fallos, 336: 1756.

García Belaúnde, D. (2012). Los vaivenes del constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas. *Revista elecciones*, 12 (13). Lima: Oficina Nacional de Procesos Electorales.

Gargarella, R. (2019). Consulta popular en La Rioja. *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*. Disponible en: http://seminariogargarella.blogspot.com/2019/01/consulta-popular-en-la-rioja.html.

Gervasoni, C. (2018). *Hybrid Regimes within Democracies. Fiscal Federalism and Subnational Rentier States.* Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: https://doi.org/10.1017/9781108590679.

Ginsburg, T.; James, M. y Zachary, E. (2011). On the evasion of executive term limits, *William and Mary Law Review*, 52, 1807.

González, L. (2014). El poder de los gobernadores. Conceptualización y análisis comparado de Argentina y Brasil. *Revista SAAP*, 8, 2, 339-373.

Hamilton, A. (1780): Artículo 69: El verdadero carácter del Ejecutivo. *El Federalista*, México: Fondo de Cultura Económica.

— (1780): Artículo 72: Continuación del mismo tema y examen de la reelegibilidad del Ejecutivo. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.

Hernández, A. M. (2008). Presidencialismo y federalismo en Argentina. *Anales: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 47, 67-106.

Penfold, M.; Corrales, J. y Hernández, G. (2014). Los invencibles: la reelección presidencial y los cambios constitucionales en América Latina. *Revista de Ciencia Política*, 34 (3), 537-559. Disponible en: https://doi.org/10.4067/S0718-090X2014000300002.

Pérez Corti, J. M. (2019). Reelección, enmienda constitucional y consulta popular. *La Ley Online,* AR/DOC/548/2019, 1-9.

Pérez Esquivel, A. (2004). Las provincias argentinas y los feudos medievales. *Rebelión*, 13-04-2019. Disponible en: https://www.rebelion.org/hemeroteca/argentina/040413esquivel.htm

Perrino, P. E. (2010). Alcance actual de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas en que son parte las provincias. En AA. VV. *Cuestiones de control de la administración pública: administrativo, legislativo y judicial*. Buenos Aires: Universidad Austral.

Pulvirenti, O. D. (2019). La reelección riojana: fallo controvertido y una cuestión aún no resuelta. *Microjuris,* MJ-DOC-14617-AR | MJD14617, 1-7.

Sanmartino, O. (2019). Consulta popular en La Rioja: un caso de realismo mágico constitucional. *Clarín*, 28-01-2019. Disponible en: https://bit.ly/2S58APY.

Schedler, A. (2004). Elecciones sin democracia: El menú de la manipulación electoral. *Estudios Políticos*, 24 (1), 137-156.

Serrafero, M. (2011). La Reelección Presidencial Indefinida en América Latina. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, 54, 225-259.

— (1997). *Reelección y Sucesión Presidencial. Poder y Continuidad: Argentina, América Latina y EEUU.* Buenos Aires: Fundación Editorial de Belgrano.

Silvert, K. H. (1976). Caudillismo. *Enciclopedia internacional de las Ciencias Sociales*. Madrid: Aguilar.

Sin autor. (1999). Menem volvió a instalar la reelección, *La Nación*. Disponible en: recuperado de: https://bit.ly/2VAahHc.

Sued, G. (2011). Veinte años casados con el poder, *La Nación*, edición del 21.08.2011. Disponible en: https://bit.ly/2VYYPUq.

Viciano Pastor, R. y Moreno González, G. (2018). Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes Constitucionales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 165-198. Disponible en: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.06.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Jorge O. Bercholc: *La producción del Tribunal Constitucional de España a través del control de constitucionalidad. El rol desempeñado por el tribunal en el sistema político-institucional español*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 390 págs.

El trabajo, que constituye el segundo doctorado del profesor Bercholc, resulta un aporte imprescindible para quien esté interesado en la producción del Tribunal Constitucional español. Y no solo eso, sino que ya desde su prefacio se erige en una hoja de ruta, en material obligatorio para quien desee realizar estudios de posgrado y/o doctorado en clave comparada. El autor exhibe a la comunidad académica el camino investigativo que ha transitado, sus actividades académicas y el capital social adquirido, por cierto vasto y sumamente pertinente para su objeto de estudio. Todo ello es el resultado de largos años de compromiso personal y familiar.

A través de un enfoque inter y multidisciplinario, alejado de prácticas prescriptivas y/o filosóficas, la obra presenta, con rigurosidad científica, el rol desempeñado por el TC en el sistema político e institucional de España desde su creación hasta diciembre del año 2011. Prescindiendo de la práctica de ideologizar, se ha logrado la producción de conocimiento estadístico, contrastable y novedoso con perspectiva no solo desde el plano normativo, sino, además, politológico y sociológico. Ello permite arribar a la descripción y corroboración del funcionamiento efectivo del Tribunal.

Al respecto, quiero detenerme en un ejemplo mencionado por el profesor Javier Díaz Revorio en el prólogo de esta obra y en su carácter de director de tesis del autor: las categorías de análisis elaboradas en el trabajo sobre la *performance* de los magistrados del TC (a saber, características técnicas, procedencia regional, género, filiación ideológica, entre otras) jamás podrían ser relevantes si se mantuviera una posición axiológico-normativa ligada a estrictos juicios de legalidad, ajenos a una mirada sociológica y politológica.

La inclusión de datos sobre otras cortes supremas y tribunales constitucionales conforman, en sí mismos, un gran aporte y justifican *per se* una investigación de tal magnitud. En este caso, con la utilización del método de estudios comparados, la perspectiva que se obtiene de la labor del TC obliga a tener en cuenta un panorama más amplio para el análisis, pues el lector dispondrá de información del funcionamiento de las cortes supremas de Estados

Unidos, Canadá y Argentina y del Tribunal Constitucional Federal alemán en clave comparada con el español. Esto conlleva por volumen, sofisticación y rigurosidad de la investigación a obtener una visión, al menos, en dos niveles: uno microscópico y otro macroscópico. El primero por el nivel de desagregación en los enfoques y temas abarcados, por la minuciosidad en cada periodo temporal y por la evaluación de resultados segmentados en diversas variables. Luego, la mirada macroscópica, que aporta sólidas conclusiones respecto del funcionamiento del TC en el sistema político e institucional, pero que también sitúa dichas conclusiones inescindibles de la práctica constitucional de otras jurisdicciones.

En el capítulo inicial se desarrollan los fundamentos teóricos y metodológicos en los que se basa la investigación. Así, se presenta expresamente el campo temporal de análisis, que abarca desde la creación e inicio de las actividades del TC a mediados de 1980 hasta el 31 de diciembre de 2011, donde finaliza el periodo trabajado.

En tal extensión temporal se abordó el estudio de alrededor de 3630 sentencias y autos, orientado específicamente a procesos en los que pudiera resultar una declaración de inconstitucionalidad. El volumen y la extensión del campo trabajado permiten detectar desde el inicio el valor de la obra como aporte al conocimiento sociojurídico e institucional.

Como es costumbre en los trabajos del doctor Bercholc, se podrá conocer la metodología de investigación con rigurosidad y minuciosidad. Del mismo modo la justificación de los enfoques que se presentan en 72 cuadros estadísticos a los que se agregan 18 gráficos explicativos con análisis desagregado. A esto debe sumarse un link a disposición del lector donde puede constatarse la información recolectada. En este aspecto, y en palabras del profesor Bercholc, su inclusión está justificada: «Siendo que el conocimiento como tal debe ser falseable y susceptible de refutación, y a fin de que la doctrina especializada puede tener a su alcance los materiales e insumos por los que se llegan a las conclusiones, hipótesis y datos estadísticos generados…»[1].

En el capítulo segundo se repasan los temas de debate permanente respecto de la jurisdicción constitucional. Modelos, perspectivas en pugna y sistemas políticos con una noción general, pero con especial consideración a cuestiones específicas del sistema español. La presentación de las históricas tensiones respecto de la legitimidad y el origen histórico de la revisión judicial están sintetizadas con extrema claridad y, al mismo tiempo, con profusa

[1] Bercholc, Jorge O. (2017), *Estudios comparados. El Tribunal Constitucional de España a través del Control de Constitucionalidad: el rol desempeñado por el tribunal en el sistema político-institucional español*, CABA: Ediar, p. 57.

investigación doctrinaria, evitando simplificaciones, superficialidades o tomas de posición ideológica.

Por mencionar aquí solo algunos de los temas y problemas que se indagan en la obra, en materia específica del rol y actuación del TC, se abordan los conflictos de competencia, disputas políticas entre mayorías y minorías parlamentarias o entre el Estado central y las comunidades autónomas. Por otro lado, la complejidad de la articulación entre el rol del TC y la jurisdicción ordinaria y, en sentido más amplio, la delimitación de competencias del TC. El desarrollo y la interpretación de los derechos fundamentales, especialmente a través de la vía del recurso de amparo y el rol fundamental de la justicia constitucional en las atribuciones de poder a los Estados descentralizados, cuestión de especial sensibilidad para la historia política de este país.

Otra de las cuestiones, a la que ya me referí antes, es la de los perfiles recomendables para magistrados de tribunales constitucionales o de una Corte Suprema. Es que la variedad de temas que deberán sentenciarse y el impacto en el sistema político e institucional es de tal envergadura que resulta un punto nodal para la ingeniería constitucional. Algunas de las dicotomías que aborda el doctor Bercholc son las siguientes: ¿son recomendables magistrados de carrera judicial o académicos? ¿Expertos en derecho público o privado? ¿Que reflejen la composición socioeconómica de la población? ¿Con representación proporcional por cuestiones de género? ¿Debe ser considerada la procedencia regional por nacimiento o por lugar de formación de las/los elegidos? En suma, y aun tomando posición en las dicotomías mencionadas, ¿tienen incidencia en la producción del Tribunal?

El capítulo 3 presenta el análisis cualitativo generado a partir de la información estadística. Cabe hacer especial mención a este tipo de rigor analítico, pues para cada una de las apreciaciones se antecede la fundamentación empírica. Gráficos que reflejan variables cuantitativas con desarrollo y explicación posterior, siempre con anclaje en los hechos. Así, una de las principales afirmaciones que pueden ser destacadas se cita a continuación: «El TC ha hecho un ejercicio intenso y consistente del control de constitucionalidad, que además implica que ha tenido una producción con un nivel relativamente importante de independencia respecto de los otros poderes políticos del Estado…»[2].

Se ofrece, en el mismo capítulo, la perspectiva comparada del desempeño del TC español con la Corte Suprema de Estados Unidos, Canadá, Argentina y con tribunales constitucionales europeos. Especialmente relevante es el contrapunto en el tratamiento de los reclamos autonómicos entre el TC y su par canadiense (y que diera lugar a la Ley de Claridad). En este orden, el

[2] *Ibid.*: 125.

profesor Bercholc cuenta con una sólida y relevante línea de investigaciones, entre las que puede mencionarse la que fuera su primera tesis doctoral en la Universidad de Buenos Aires: «La independencia de la Corte Suprema a través del Control de Constitucionalidad. Respecto de los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)».

En estos apartados pueden observarse comparativamente datos sobre declaraciones de inconstitucionalidades de leyes estaduales, provinciales, autonómicas y la frecuencia con que cada tribunal ha declarado inconstitucionalidades. Referido específicamente al TC español, el control de constitucionalidad ejercido contemporáneamente a la sanción normativa. Cuestión que supone una tensión mayor siendo que la declaración de inconstitucionalidad es aquí conocida durante la gestión del mismo gobierno que la promovió y, por tanto, se asume el interés por su puesta en vigencia.

La desagregación del trabajo del TC por materias o áreas del derecho en que se ha involucrado permiten echar luz sobre su comportamiento histórico. Y en este sentido se encuentra un hallazgo relevante al detectarse que el TC declara una mayor proporción de inconstitucionalidades sobre normas autonómicas que sobre normas nacionales, a pesar de que son cuestionadas en mayor cantidad las normas nacionales. El doctor Bercholc plantea aquí dos hipótesis posibles para la justificación de tal comportamiento: una de índole politológico y otra juridicista. Para el primer supuesto aplicaría el mayor temor o inferior poder relativo del TC respecto del gobierno nacional, mientras que la segunda opción, de orden estrictamente jurídico, puede entenderse por la calidad de la producción normativa y técnica legislativa de las comunidades autónomas o bien por la cercanía de las legislaturas autonómicas con los electores. Esta última perspectiva en línea con lo expuesto ya por Madison y Hamilton en «El federalista» sobre el comportamiento «pasional» e «irracional» de las mayorías.

El capítulo 3 se desarrolla a través de una muy intensa división que permite articular las variables que se propone analizar con un prisma microscópico, aunque, al mismo tiempo, es posible obtener conclusiones a nivel general. Cada uno de los subtítulos que lo componen son en sí mismos aportes de mayúscula relevancia.

La cuestión de la composición de los votos y el comportamiento de los miembros del TC es otra de las facetas trabajadas. A través de las sentencias esta variable es observada por medio de las unanimidades y disidencias que surgen de ellas. Aquí, nuevamente, el lector se encuentra ante un riguroso análisis comparativo y un pormenorizado detalle de la actividad del TC español. Entre los datos que se proveen se encuentran los porcentuales de sentencias unánimes, desagregados por formaciones del TC, se pone foco en el rol de los presidentes del tribunal en la búsqueda de consensos, tanto en su

perspectiva teórica, por la responsabilidad y jerarquía del cargo, como en el plano empírico, al constatar el grado de éxito en esa búsqueda.

Esto permite conocer, al mismo tiempo, el comportamiento de las disidencias, a tal grado de desagregación de conocer de modo certero los «Great Dissenter» de las cortes y tribunales que se comparan en el trabajo.

En el capítulo 4 se presenta consistente y acabadamente el soporte metodológico de la investigación. Con alto rigor científico, el lector podrá observar los insumos empírico-cuantitativos que son la base «dura» del análisis que desarrolla el capítulo previo. Se exponen 72 cuadros estadísticos que hacen a la recolección de información a disposición de la comunidad académica y todo aquel que desee conocer, a través de hechos y evidencia científica, el desempeño del TC en sus distintas conformaciones y materias resueltas. Cabe señalar este capítulo como una infrecuente costumbre para el estudio de las áreas aquí tratadas.

En el último capítulo se encuentran las conclusiones y verificaciones de hipótesis suficientemente contrastadas a modo de síntesis. Como se ha dicho ya, la hipótesis principal, confirmada, demuestra que el TC ha ejercido activamente la facultad del control de constitucionalidad de los actos normativos de los otros poderes políticos del Estado. A partir de allí se confirma la hipótesis accesoria, esto es, el nivel relativo importante de independencia del TC respecto de los otros poderes políticos del Estado. Esto permite luego corroborar una importante cantidad de afirmaciones posteriores que señalan el modo en que ha funcionado en términos reales el TC.

Se trata por lo expuesto de una obra de vital relevancia para el estudio del campo jurídico constitucional, en el ámbito de los estudios institucionales, de imprescindible lectura para todo aquel que desee conocer la labor de uno de los poderes políticos del sistema español y su interrelación con los restantes. Es, al mismo tiempo, esencial para quien proponga cambios o modificaciones en su estructura, pues solo puede transformarse del modo esperado aquello que se conoce exhaustivamente por su funcionamiento.

Sebastián Sancari
Universidad de Buenos Aires

Enrique Belda: *Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2019, 270 págs.

1. La presente obra del profesor Enrique Belda ofrece al lector una visión novedosa y enriquecedora de los derechos que amparan a las personas con discapacidad, con el objetivo de analizarlos desde el prisma de los derechos

humanos. Al considerar iguales a todas las personas, sean cuales sean sus condiciones físicas y psíquicas personales, estima necesario ofrecer y garantizar un tratamiento digno a la persona discapacitada, lo que requiere utilizar un concepto de dignidad humanizado. El prólogo del profesor Roberto Romboli, catedrático de la Universidad de Pisa, aporta un bello pórtico a una obra llena de sabiduría jurídica y sentimiento humano.

2. En el *capítulo introductorio*, el autor nos adentra en la cuestión de la igualdad y de la dignidad, con atención a los derechos de las personas con discapacidad. Tal como apunta, la constitucionalización de derechos de grupos específicos, junto a las acciones positivas o medidas de discriminación positiva, es muy reciente, circunscrita además a países con cierto nivel de desarrollo económico y estructural.

En orden a calificar un Estado como «social y democrático de derecho», el autor afirma que los colectivos minoritarios «demandan una protección adicional, preventiva, paliativa y promotora». Dentro de este panorama, se han afrontado protecciones legales «partiendo de la igualdad como derecho, principio y valor». En aras a una igualdad real y efectiva de todos, resulta trascendente la exigencia de una remoción de obstáculos mediante medidas de discriminación inversa. Se traduce, en la práctica, en favorecer las oportunidades de la persona con discapacidad, a través de medidas normativas múltiples, «con la participación activa de los implicados». En suma, el objetivo es la igualdad. En palabras del autor: «El Derecho constitucional debe procurar hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad desde una perspectiva que mantenga, pero también supere, la igualdad como valor (art. 1.1 CE), principio (art. 9.2 CE) y derecho (art. 14 CE)», con la concurrencia imprescindible de la dignidad, que no siempre se atiende. En síntesis, como pone de relieve el profesor Belda, el objetivo de la obra es que la dignidad concurra con la igualdad y los demás derechos modelando con su presencia resultados más efectivos.

El autor, en las líneas sucesivas de este apartado, sugiere que la dignidad ha de utilizarse más allá de lo puramente filosófico, realizando una función de respaldo a los derechos fundamentales. De esta manera, sin las condiciones generadas por los poderes públicos para realizar un amparo legislativo en beneficio de las minorías (complemento protector), los derechos quedarían paralizados (no le situarían en posición de igualdad). Sin embargo, aunque expresa la necesidad de un estatuto jurídico especial o medidas especiales de promoción, alerta de la posibilidad, ante su ausencia por falta de promoción o iniciativa por parte de los poderes públicos, de que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de los derechos y libertades que ya tienen indubitadamente como personas. La operación de igualación trasciende a la

igualdad semántica cuando se garantiza el derecho digno de la persona discapacitada, con el mismo contenido sustancial que el resto.

3. A continuación, en el *capítulo segundo*, explica las diversas concepciones doctrinales de la dignidad, optando por considerar la misma como «una cualidad personal que el ordenamiento jurídico debe tener presente», pero en la que converge también un carácter social. Tras un repaso doctrinal, entre los que consideran la dignidad como derecho fundamental y los que, por el contrario, defienden su carácter de principio constitucional superior, el autor señala que —en su instrumentalización— puede reforzar los derechos, incluso más allá de marcar su finalidad. En líneas sucesivas, el profesor Belda analiza, exhaustivamente, la relevancia de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, de 13 de diciembre de 2006; en especial, su contenido (con un reforzamiento de la dignidad como principio general) y sus consecuencias prácticas. Tras ello, une la dignidad de la persona discapacitada con la autonomía individual y vida independiente. Así, el autor considera que el texto brinda «elementos sustanciales para concretar la consideración de la dignidad en el estatuto jurídico de las personas con discapacidad» con más fuerza que en otras personas y colectivos.

En el último apartado de este capítulo expone cómo la práctica jurisprudencial resulta ser un elemento de extraordinaria relevancia para plasmar doctrinalmente la dignidad. En definitiva, una practicidad del concepto de dignidad. Con todo, la práctica jurisprudencial no construye de forma uniforme un uso práctico o una función protectora de la dignidad, como sí sucede —a menudo— con los derechos clásicos. A juicio del profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ante el uso de la dignidad, parece preocupada por «los riesgos que entraña precisar, de cara a la aplicación del derecho, un elemento tan abierto y trascendente». Pese a ello, concluye que los derechos ya son determinados en su contenido, pero los principios como la dignidad pueden recordar la pretensión última que se persigue. En su estudio reconoce una *fundamentalidad* jurídica de la dignidad, con una connotación referida al estatuto de mínimo vital, donde se exigiría un reconocimiento obligado del poder público para implicarse en la protección de esos ciudadanos.

4. El *capítulo tercero* versa sobre el tema primordial que atiende el autor, la relación entre dignidad y discapacidad. Al inicio de su exposición, Belda considera que la tradicional visión de la autonomía individual —propia capacidad— como base de los derechos, ha de verse completada «por un acompañamiento de los poderes públicos y de la sociedad». Continúa advirtiendo que han primado en la construcción doctrinal de los derechos del hombre, unos valores que no pueden reconocerse para todas las personas. De ahí, el reto del autor: que la dignidad de las personas con discapacidad se materialice,

en una incorporación presente en las que estas sean objetos normalizados de las reflexiones científicas, y sujetos afectados por interpretaciones jurídicas. El autor aspira a una aplicación a los contenidos genéricos de los derechos fundamentales, con carácter previo, pero no excluyente de la ejecución de acciones positivas. Una lectura adecuada del marco del Estado social y democrático de derecho, según Belda, nos llevaría: en primer lugar, a que las personas dentro de este colectivo deberían considerarse como sujetos con especial atención, con medidas de acción positiva, dentro de la generalidad que integran en la sociedad; en segundo, a que la misma diversidad integrada en la sociedad enriqueciera la pluralidad personal del conjunto. De modo sucesivo, alude a una necesidad de acompañar el punto de partida sobre los derechos como acciones de cada persona frente al Estado, a las relaciones entre particulares. En resumidas cuentas, una extensión del valor de la dignidad sobre las relaciones entre particulares a todos por igual, sin operaciones interpretativas discriminatorias.

En el último apartado de este capítulo tercero nos señala, con una valiosa argumentación, determinados ejemplos que reivindican el uso efectivo de la dignidad. El primer ejemplo refiere a la participación política —derecho de sufragio— de las personas con discapacidad. En este punto, el autor expresa que una evaluación individualizada, y siempre atendiendo al derecho de participación y la dignidad, nos permite aproximarnos a una solución garantista. A su juicio, la privación del voto debe ser una consecuencia de un razonamiento jurídico-civil, donde la exploración del demandado por incapacidad, para discernir si se le priva o no de este derecho, debe traducirse en un examen específico. Con buen criterio, sostiene que, desde postulados proteccionistas, el contenido del derecho de participación —interpretación favorable— no puede verse excluido «sin una particularización, analizada por los jueces competentes, a los discapacitados intelectuales». Como anota, los indicios de discriminación no se producen por la privación del derecho a quien no pudiera ejercerlo, sino por la exclusión sistemática del censo por incapacidad general, o por decisiones judiciales discrepantes que carecen de una legislación sustancial-constitucional para reducir el riesgo de afectación.

En el segundo ejemplo menciona el tratamiento educativo de las personas con discapacidad. En la casuística, nos recuerda cómo convergen dos grandes conjuntos: los problemas de acceso al contenido de la educación por dificultades sensoriales, y, por otro, los problemas derivados de la mera asimilación del contenido. En el primer caso, tras los ejemplos, destaca que, una vez conseguido el derecho, en su aplicación, la dignidad no parece materializarse en todos los casos. En el segundo, explica cómo la puesta en juego de prevalencia de la regla general de inclusión permite en muchas ocasiones relegar la opción de la educación especial, pero en otras esta sigue siendo la más adecuada curricularmente, en contenidos y posibilidades. La concurrencia de

esta última nunca puede ser una opción de los poderes públicos para evitar su principal obligación, que es la de la educación inclusiva, y cuando se escolariza en educación especial se requiere una precisa motivación de ello.

Prosigue con un breve análisis respecto a la dignidad en las operaciones reproductivas relacionadas con la discapacidad, junto a, otros problemas específicos de derecho transversal, entre otros: la eutanasia, las ayudas sociales, la capacidad de obrar, o el acceso a la función pública, etc.

5. En el último capítulo, el autor recapitula la monografía, abogando por una dignidad que permita una interpretación extensiva de los derechos, unida al contenido de los mismos. Considera que una faceta inmaterial de la dignidad se construye con la satisfacción de todos, por ende, «hace falta una implicación o complicidad colectiva sin la cual las pretensiones espirituales de cada cual quedarían en un comportamiento estanco inaprensible al conocimiento del resto de la comunidad política». El profesor Belda expresa las virtudes objetivas del derecho para saber a qué atenerse con carácter general, si bien no debe obstaculizar una interpretación avanzada. De ahí la necesaria entrada de la dignidad como valor y fin último. Como expresa al finalizar la monografía: «La dignidad es el recuerdo permanente de que la persona es el centro del derecho».

Amir Al Hasani Maturano
Universidad de las Islas Baleares

Francisco Javier Matia Portilla: *Los Tratados Internacionales y el principio democrático,* Madrid, Marcial Pons y Fundación Manuel Giménez Abad, 2018, 152 págs.

La relación entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos nacionales se ha planteado siempre como una cuestión poco pacífica entre la doctrina. Además, en algunas ocasiones esta problemática ha quedado sin resolver en las constituciones, y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales ha resultado, y resulta, indispensable para intentar llegar a una conclusión adecuada. La solución no es sencilla, pero Francisco Javier Matia Portilla se adentra en esta materia para arrojar luz sobre los dilemas que se presentan en torno a ella.

El libro examina pormenorizadamente los tratados internacionales y su interacción con nuestro marco jurídico. Este tema, de tanta actualidad, posee una trascendencia mayor ya que, como bien apunta el autor en el título, concierne al principio democrático. La posición del poder legislativo y del ejecutivo o la supremacía de la Carta Magna son algunas de las claves vincu-

ladas a este asunto. Consciente de la importancia y de la complejidad que ello supone, Matia efectúa una exquisita labor recorriendo los elementos más relevantes que afectan a nuestro Estado de derecho. Estamos ante una obra contemporánea cuyo análisis es muy completo y clarificador. Es un estudio donde el profesor Matia introduce acertadamente todas aquellas alusiones históricas necesarias para una comprensión íntegra, tanto en el recorrido constitucional de nuestro país como en lo sucedido durante el proceso constituyente vivido a partir de 1977. Asimismo, también se realiza un gran trabajo en cuanto al derecho comparado (Gordillo, 2019). Siendo el derecho de la Unión parte fundamental de la interrelación de las normas jurídicas internacionales y comunitarias en los sistemas nacionales de fuentes, la apuesta por exponer lo que sucede en diversas constituciones europeas le otorga una mayor prestancia al texto. Cabe añadir también la investigación detallada de la doctrina, de la jurisprudencia constitucional y de los dictámenes del Consejo de Estado.

Esta publicación centra sus esfuerzos en dos aspectos de una enorme profundidad y dificultad, como son, en primer lugar, el rol de las Cortes Generales en el trámite de aprobación de los tratados internacionales y, en segundo lugar, cuál es su posición en el conjunto de fuentes españolas. En consecuencia, el autor divide la monografía en dos grandes partes. Antes, en la interesante introducción, se proponen de modo generalizado algunos de los planteamientos que acompañan a los tratados y a su vínculo con los ordenamientos jurídicos y cuya discusión doctrinal todavía no ha finalizado. Así, la clasificación que los monistas y los dualistas hacen al respecto muestra una diferencia de criterio que se ha mantenido a lo largo de los últimos años. Lo cierto es que tampoco han conseguido solucionar el conflicto existente. Es por eso que la realidad ha puesto de manifiesto la necesidad de crear mecanismos viables para conservar el derecho internacional y llegar a soluciones prácticas (Virally, 1964; Legaz y Lacambra, 1977; Truyol, 1977: 115 y 116; Gordillo, 2017).

La primera parte, de largo recorrido y honda reflexión, ya posee un título sugerente: «La debilitada y eventual intervención del Parlamento en la conformación de los tratados internacionales». Aquí, Matia disecciona la triple clasificación que la Constitución española (CE) hace de los tratados y de la complicación que supone, ya que, dependiendo del tipo constitucional en el que encaje esta norma, la posición del Parlamento español varía. Además, es visible el destacado protagonismo que tiene el poder ejecutivo tanto en la tramitación como en la decisión de catalogar al acuerdo internacional, y es paradójico que el poder legislativo ocupe un lugar tan poco central en todo este proceso. Si se encuadra dentro del modelo recogido en el art. 93 y en el del art. 94.1 CE será necesario la autorización previa de las Cámaras para proceder a su firma, aunque este trámite no será el mismo. Sin embargo, si el tratado se

encauza a través del art. 94.2 CE entonces solo será necesario informar a las Cortes tras la celebración de dicho acuerdo. Esto provoca el aumento de poder del ejecutivo, aunque bien es cierto que podría parecer que la intervención del Consejo de Estado pudiera tamizar esta actuación. Se confecciona entonces un exhaustivo análisis de los dictámenes de esta institución y el profesor Matia elabora una firme crítica sobre cómo el Consejo ha exonerado al Gobierno de llevar a cabo una «consulta individualizada» de cada una de estas normas internacionales (Matia, 2018: 45-81).

Unido a lo anterior, el autor estudia la STC 155/2005, que trata sobre el acuerdo de adhesión de España al sistema del Fondo Monetario Internacional a través de un decreto ley (Matia, 2018: 32-41). Se muestra de acuerdo con la decisión del Alto Tribunal y manifiesta su discrepancia con los votos particulares. De la reflexión que Matia hace de esta sentencia se desprenden varias ideas fundamentales. En primer término, hay que limitar el poder del ejecutivo en la aprobación de los acuerdos internacionales para que se cumpla estrictamente con el respeto al principio democrático. Por ello, el papel del Parlamento español se debe reforzar, y para conseguirlo es necesario que su participación sea constante en todo el procedimiento (Izquierdo, 2015: 355ss.). Solo así podrá ejercer su función de control político de manera adecuada. Y finalmente, y no menos importante, la autorización previa que se necesita para aprobar las normas jurídicas previstas en los preceptos 93 y 94.1 CE es diferente a la legislación interna que puede ser asumida para completar, desarrollar o ejecutar ese tratado internacional.

Asimismo, Matia centra sus esfuerzos en delimitar la naturaleza jurídica del instrumento formal utilizado para contener la autorización previa de las Cortes Generales. Este examen pormenorizado resulta de suma utilidad porque en los dos casos en los que se necesita, el profesor detalla que no estamos ante una norma legislativa, sino ante un acto. A pesar de que el art. 93 CE mencione que se hará a través de ley orgánica, lo cierto es que no se encuadra en una norma de estas características. Es más, para acabar con este obstáculo se propone unificar este acto y acabar con la triple clasificación de los tratados (Matia, 2018: 20-21). A tal efecto, la autorización debe ajustarse al modelo del art. 94.1 CE y de sus preceptos de desarrollo. No solo se simplifica este trámite, sino que permite una participación más equilibrada de las Cámaras (Sainz y Herrero, 1989: 3916-3917), y el posicionamiento de la mencionada autorización como un acto que se encuadrará dentro de la función de control político, y no como una ley, es decir, dentro de la potestad legislativa.

Por último, esta primera parte habla sobre la aplicación provisional de los acuerdos internacionales y de todas las cuestiones ambiguas que proyecta. La Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, ha sido una de las claves en la evolución y clarificación en cuanto al

papel de estas normas en nuestro derecho nacional. No obstante, esta ley sigue teniendo deficiencias, como bien muestra el autor. Una de estas carencias se observa en la regulación de la aplicación provisional de estas normas. Desde luego, es una herramienta útil, pero no está desprovista de algunos riesgos, tales como abusar de su utilización por parte del Consejo de Ministros, que acarrea, a su vez, el debilitamiento de rol del Parlamento (Remiro, 1998: 567). En general, todas las contingencias que ocasiona esta herramienta se deben a que todavía no existe una legislación lo suficientemente prolija en este aspecto. Matia mantiene que la aplicación provisional de un acuerdo internacional tiene que preverse en nuestra estructura democrática, pero siempre y cuando cumpla con una serie de requisitos, como su utilización en caso de que se den razones excepcionales, la suficiente motivación por parte del Gobierno para justificar esta medida, y que el Tribunal Constitucional haga una interpretación restrictiva de estas exigencias.

La segunda parte de este libro, que es más breve pero de gran profundidad jurídica, se centra en la relación entre el derecho nacional y el internacional y, en concreto, en cuál es la posición de los tratados en nuestro ordenamiento. No estamos ante una problemática concluida y el debate todavía permanece abierto (Gómez Fernández, 2005). No existe una respuesta clara en nuestra Carta Magna, al contrario de lo que sucede en la Constitución francesa, entre otras. Por lo tanto, para abordar este aspecto el autor realiza un detallado examen de la doctrina y de la actuación del Tribunal Constitucional. El profesor Matia desarrolla aquí una aportación muy significativa e innovadora, ya que argumenta una tesis que ha sido después corroborada por la STC 140/2018. Hasta esta decisión el Alto Tribunal solo había distinguido, en su Declaración 1/2004, entre el principio de primacía reconocido en el derecho de la UE y el principio de supremacía que mantiene a la Constitución como norma suprema (Gordillo, 2012: 61-69). Pero la sentencia de 2018 matiza esta conclusión y alarga su doctrina sobre la posición de los tratados internacionales en nuestro marco jurídico.

Matia sostiene la idea de que el lugar que ocupan los acuerdos internacionales en España no hay que abordarlo desde el principio de jerarquía, sino que hay que afrontarlo desde su aplicación. Así, están por debajo de la Constitución, pero poseen una autoridad superior a las leyes, eso significa que en caso de conflicto se aplica el tratado. Este conjunto de disposiciones, introducidas válidamente en nuestro ordenamiento, están sometidas, además, al control de constitucionalidad que ha sido previsto para las normas con fuerza de ley. Otro de los argumentos utilizados en esta obra se sustenta en el propio art. 96. 1 CE, ya que los preceptos de estos acuerdos no podrán ser modificados, derogados o suspendidos más que por la forma que se haya previsto en el propio acuerdo. Y, como bien defiende el profesor Matia, esto

supone una limitación de la capacidad legislativa de las Cortes Generales en el futuro. En este sentido, «estamos ante una norma que se integra en el escalón de las normas con fuerza de ley aunque con una aplicación preferente sobre ellas» (Matia, 2018: 125).

Y de todo este razonamiento, el autor nos dirige hacia otra conclusión que supone una aportación esencial en esta monografía, y es que los encargados de hacer cumplir con la autoridad superior del tratado con respecto a las leyes son los jueces y tribunales ordinarios. No estamos ante un problema estrictamente de constitucionalidad, en cuanto estamos tratando la aplicación de la norma internacional, así que en este caso estamos ante un control de convencionalidad (Jiménez Quesada, 2019). Dicho control ya fue reconocido en Francia, en la Decisión 74-54 del Consejo Constitucional de 15 de enero de 1975 (sobre la Ley relativa a la Interrupción Voluntaria del Embarazo: IVG) y sustentada en el art. 55 y en el art. 61[1] de la norma suprema gala de 1958. Este control de convencionalidad permite a los jueces establecer la inaplicación de una norma legislativa si esta es contraria a un tratado internacional. El Alto Tribunal español ya encomendó esta tarea a los jueces ordinarios en sus Sentencias 49/1988, 28/1991 y 180/1993. En esta última decisión, en su Fundamento Jurídico tercero, se dice que: «Como ya quedó establecido de manera general en relación con los tratados internacionales, la supuesta contradicción entre estos y la leyes y otras disposiciones normativas posteriores —por lo que aquí interesa también las anteriores— no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de estas que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional, sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de que conozcan (STC 49/1988)» (Matia, 2018: 127).

El profesor reconoce que este control puede plantear problemas en cuanto a la posición del Tribunal Constitucional, ya que parece que se introduce un examen difuso por parte de los jueces sobre la validez de las normas legales, aunque el parámetro utilizado sean los propios tratados y no la Constitución. Tampoco hay que olvidar el papel ni la influencia del derecho de la UE en nuestro ordenamiento. Y así, estos elementos pueden intervenir en la labor del Alto Tribunal como órgano encargado de verificar la vigencia de las normas legales. Esa es la razón por la que esta institución ha incluido una garantía con

[1] «El Consejo Constitucional no es competente, según lo dispuesto en el artículo 61 de la Constitución, para examinar la conformidad de una ley a las disposiciones de un tratado o de un acuerdo internacional». Decisión 74-54 DC de 15 enero 1975, p. 19. Traducción propia. Consultado en https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/controle-de-conventionnalite-et-controle-de-constitutionnalite-en-france

respecto a la utilización del control de convencionalidad (propia también de otros tribunales constitucionales europeos). La STC 140/2018, en su Fundamento Jurídico sexto, establece que «el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE».

Finalmente, el autor sugiere que si se plantea el conflicto de convencionalidad, la ley debería ser derogada con urgencia para mantener intacto el principio de seguridad jurídica; no obstante, bajo este control, no se incide en nulidad. De este modo, se da prioridad a la inmediata aplicación del acuerdo internacional y no es necesario impugnar esa norma legal ante el Tribunal Constitucional (Matia, 2018: 128).

La monografía, de una importante enjundia jurídica, presentada por el profesor Matia, se centra en un tema de extraordinaria actualidad con incidencia directa en nuestra democracia representativa. El análisis íntegro de cómo afecta la aprobación y posición interna de los tratados a nuestro poder legislativo demuestra una gran visión conjunta del alcance que posee el sistema de fuentes para nuestros Estados democráticos de derecho. Esta significativa aportación se une a la crítica al procedimiento de aprobación de los tratados en España y a la percepción novedosa y compleja de cómo debe tratarse la ubicación de estas normas internacionales en nuestro ordenamiento. Y todo ello, sin olvidar las dificultades que proyecta el derecho de la Unión Europea en las interacciones con nuestro derecho nacional.

Bibliografía

Gómez Fernández, I. (2005). *Conflicto y Cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gordillo Pérez, L. I. (2012). *Constitución y ordenamientos supranacionales*. Madrid: CEPC.

Gordillo Pérez, L. I. (2017). Understanding the current fragmentation of the Law and the coexistence of supranational legal orders. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 21, 59-80.

Gordillo Pérez, L. I. (dir.) (2019). *Sistemas constitucionales europeos y comparados*. Sevilla: Athenaica.

Izquierdo Sans, C. (2015). Artículo 17. Trámites internos previos a la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado internacional. En P. Andrés Sáenz de Santa María, J. Díez-Hochleitner y J. Martín y Pérez de Nanclares (dirs.). *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)* (pp. 341 y ss.). Pamplona: Civitas.

Jimena Quesada, L. (2019). La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales. Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53.

Legaz y Lacambra, L. (1977). La primacía del Derecho de gentes sobre el Derecho interno como problema jurídico y político. *Revista de Política Internacional*, 152, 7-26.

Matia Portilla, J. (2018). *Los tratados internacionales y el principio democrático*. Madrid: Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad,

Remiro Brotons, A. (1998). Comentarios a los artículos 93 y 94. En Ó. Alzaga Villaamil. *Comentarios a la Constitución española de 1978,* 2ª ed., vol. VII (pp. 507 y ss.). Madrid: Edersa.

Sainz Moreno, F. y Herrero de Padura, M. (eds.) (1989). *Constitución española. Trabajos parlamentarios,* 2ª ed., 4 vols. Madrid: Cortes Generales.

Truyol y Serra, A. (1977). *Fundamentos de derecho internacional público*, 4ª ed. Madrid: Tecnos.

Virally, M. (1964). Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes. En H. Roling *et al. Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens* (pp. 488-505). Paris: Pedone.

Cecilia Rosado Villaverde
Universidad Rey Juan Carlos

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés

El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (AIJC) publica trabajos de investigación originales sobre la Constitución y el sistema de las fuentes, el control de la constitucionalidad y la justicia constitucional, la tutela de los derechos y libertades y el orden axiológico constitucional, así como la interpretación por los Tribunales Constitucionales u órganos equivalentes de las normas de la Constitución, con particularísima preferencia a los países del mundo iberoamericano.

Envío de originales

Los originales se harán llegar por correo electrónico a la dirección **evaluaciones@cepc.es**. Han de ser inéditos o, en todo caso, no haber sido publicados en lengua española. Será responsabilidad del autor informar sobre la situación de los derechos de autor. La publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad del autor.

El envío de trabajos presupone, por parte de los autores, el conocimiento y aceptación de estas Instrucciones. Mientras el manuscrito esté en proceso de evaluación por parte del AIJC, los autores no lo presentarán para su evaluación a otras revistas. Será obligatorio enviar dos versiones: una **anonimizada** para faciltar la evaluación anónima del texto, y otra sin anonimizar.

Idiomas de los originales

El AIJC acepta trabajos en español, portugués e inglés. Si se envía una versión en inglés, la calidad del inglés debe ser perfecta, por lo que el texto debe haber sido escrito o revisado por una persona nativa de lengua inglesa.

Formato de los originales

Los originales deberán presentarse en Word con letra Times New Roman tamaño 12 y un interlineado de uno y medio. La extensión total no deberá superar las treinta páginas (10000 a 12000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación institucional, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto, así como la indicación de quién es el autor destinatario de todas las comunicaciones con la revista.

Título

Los estudios doctrinales y jurisprudenciales llevarán el título en español e inglés. Tendrá un marcado carácter informativo y reflejará fielmente el contenido del artículo. Dentro de lo posible debe evitarse el uso de abreviaturas y acrónimos.

Resumen

Los estudios doctrinales irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés, cuya extensión debe estar comprendida entre 120 y 150 palabras. Su alcance debe ser estrictamente informativo no puede incluirse en los mismos información que no figure en el texto del artículo. También deben evitarse palabras o expresiones poco significativas, perífrasis y frases excesivamente largas.

Descriptores

En los estudios doctrinales, se incluirá un máximo de cinco descriptores o palabras clave, en español e inglés. Para favorecer su normalización se recomienda su extracción de tesauros y vocabularios normalizados.

Normas de citación

Notas

Se situarán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Únicamente contendrán texto adicional y solo excepcionalmente citas bibliográficas, y en ningún caso incluirán referencias bibliográficas completas, que se incluirán al final del artículo.

Citas bibliográficas

Aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto. Cada una de las citas bibliográficas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Deben evitarse las autocitas, restringiéndose su uso únicamente a los casos imprescindibles. Para las citas en el texto se empleará el sistema autor-año de Harvard (autor, año: página):

(Dahl, 1989: 323)
Los documentos con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por «y»:
(Telles y Ortiz, 2011)
Si se cita el trabajo de tres o más autores, es suficiente citar el primer autor seguido de *et al.:*
(Amador *et al.,* 1989)
Si se citan varios trabajos de un autor o grupo de autores de un mismo año, debe añadirse a, b, c… después del año:
(Franzen, 2012b)

Cuando el apellido del autor citado forma parte del texto, debe indicarse siempre entre paréntesis el año de la obra citada:
Como afirma Goldthorpe (2010)…

Bibliografía

Se incluirá al final del artículo o nota de investigación. Únicamente contendrá referencias citadas en el texto. Por tanto, queda expresamente prohibido incluir referencias adicionales. Se seguirá el sistema APA (American Psychological Association). A continuación adjuntamos ejemplos para las tipologías más usadas de documentos:

Monografías

— Un autor
Crouch, C. (2011). *The Strange Non-Death of Neoliberalism.* Cambridge: Polity.

— Dos o más autores
Anduiza Perea, E., Crespo, I. y Méndez Lago, M. (1999). *Metodología de la Ciencia Política.* Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

— Libro en línea
Sanmartín Cuevas, X. (2014). *Nuevas tecnologías, traen nuevas tendencias: viaje TIC con 80 entrevistas exclusivas.* Disponible en: http://catalogo.ulima.edu.pe/uhtbin/cgisirsi.ex e/6Yw1INoKGt/x/153460026/9.

Capítulos de monografías

Zea, L. (2007). América Latina: largo viaje hacia sí misma. En D. Pantoja (comp.). *Antología del pensamiento latinoamericano sobre la educación, la cultura y las universidades* (pp. 125-138). México: UDUAL.

Artículos de revistas científicas

Miguel, E., Shanker, S. y Ernest, S. (2004). Economic shocks and civil conflict: an instrumental variables approach. *Journal of Political Economy,* 112 (4), 725-753.

— Revistas electrónicas
Pifarré, M. J. (2013). Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política,* 16, 40-43. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882 8864004.

— Revistas electrónicas con DOI
Díaz-Noci, J. (2010). Medios de comunicación en internet: algunas tendencias. *El Profesional de la Información,* 19 (6), 561-567. Disponible en: http://dx.doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01.

Informes

— Autor institucional
Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. (2004). *Eficiencia energética y energías renovables* (Informes IDEA. Boletín IDEA; 6). Madrid : IDEA.

— Autor personal
Caruso, J., Nicol, A. y Archambault, E. (2013). *Open Access Strategies in the European Research Area.* Montreal: Science-Metrix. Disponible en: http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Policies.pdf.

Congresos

— Actas
Cairo, H. y Finkel, L. (coord.). (2013). *Actas del XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología.* Madrid: Federación Española de Sociología.

— Ponencias publicadas en actas
Codina Bonilla, L. (2000). Parámetros e indicadores de calidad para la evaluación de recursos digitales. En *Actas de las VII Jornadas Españolas de Documentación (Bilbao, 19-21 de octubre de 2000): la gestión del conocimiento: retos y soluciones de los profesionales de la información* (pp. 135-144). Bilbao: Universidad del País Vasco.

— Ponencias y comunicaciones en línea
Durán Heras, M. A. (2014). Mujeres y hombres ante la situación de dependencia. Comunicación presentada en el seminario *Políticas públicas de atención a personas mayores dependientes: hacia un sistema integral de cuidados.* Disponible en: http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/mujereshombres19_21mayo.pdf.

Tesis

— Publicadas
Llamas Cascón, A. (1991). *Los valores jurídicos como ordenamiento material [tesis doctoral].* Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: http://hdl.handle.net/10016/15829.

— Inéditas
De las Heras, B. (2011). *Imagen de la mujer en el Fondo Fotográfico de las Guerra Civil Española de la Biblioteca Nacional de España.* Madrid, 1936-1939 [tesis doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid.

Artículos y noticias de periódicos

Bassets, M. (2015). El Tribunal Supremo respalda la reforma sanitaria de Obama. El País, 25-6-2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145_474489.html.

— Sin autor
Drogas genéricas. (2010). *El Tiempo,* 25-9-2015, p. 15.

Blogs

Escolar, I. (2015). El falso mito de que los emprendedores de Internet son la solución al paro. *Escolar.Net* [blog], 25-6-2015. Disponible en: http://www.eldiario.es/escolar/falso-empresas-Internet-solucion-paro_6_402519746.html.

Foros electrónicos, listas de distribución

Pastor, J. A. (2014). Aspectos prácticos para proyectos de datos abiertos en las administraciones públicas. *IWETEL* [lista de distribución], 31-1-2014. Disponible en: http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=IWETEL;b361930a.1401e.

DOIS

En el caso de que los trabajos en formato electrónico contengan DOI *(digital object identifier),* será obligado recogerlo en la referencia bibliográfica. Se hará del siguiente modo:

Murray, S. (2006). Private Polls and Presidential Policymaking. Reagan as a Facilitator of Change. *Public Opinion Quarterly,* 70 (4), 477-498. Disponible en: http://dx.doi.org/10.1093/poq/nfl022.

Derechos de autor

Los autores conservarán sus derechos de autor y garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la **Licencia de reconocimiento de Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional** que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación esta revista.

Plagio y fraude científico

La publicación de un trabajo que atente contra los derechos de propiedad intelectual será responsabilidad de los autores, que serán los que asuman los conflictos que

pudieran tener lugar por razones de derechos de autor. Los conflictos más importantes pueden darse por la comisión de plagios y fraudes científicos. Se entiende por **plagio:**

a. Presentar el trabajo ajeno como propio.
b. Adoptar palabras o ideas de otros autores sin el debido reconocimiento.
c. No emplear las comillas u otro formato distintivo en una cita literal.
d. Dar información incorrecta sobre la verdadera fuente de una cita.
e. El parafraseo de una fuente sin mencionar la fuente.
f. El parafraseo abusivo, incluso si se menciona la fuente.

Las prácticas constitutivas de **fraude científico** son las siguientes:

a. Fabricación, falsificación u omisión de datos y plagio.
b. Publicación duplicada.
c. Conflictos de autoría.

ISSN-L 1138-4824
00024
9 771138 482402