TECNOLÓGICO DE MONTERREY®

Campus Ciudad de México

JuríPolis

REVISTA DE DERECHO Y POLÍTICA

AÑO 2014, VOL.3

Artículos

La justicia constitucional en un modelo mixto de origen dual y paralelo
Eduardo Andrés Velandia Canosa
Colombia

Los desafíos del Estado de Derecho: recursos e intervención jurisdiccional en la delimitación de los derechos fundamentales
Luis-Andrés Cucarella Galiana
España

15

Directorio

Profesor David Noel Ramírez Padilla
Rector del Tecnológico de Monterrey

Ing. Alfonso Pompa Padilla
Rector de la Zona Metropolitana de la Ciudad de México

Dr. Ricardo A. Ramírez
Director General, Campus Ciudad de México

Dr. Julio E. Rubio Barrios
Director de la Escuela de Humanidades y Ciencias Sociales

Dra. Iliana Rodríguez Santibáñez
Directora del Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales

JuríPolis

REVISTA DE DERECHO Y POLÍTICA

15

Año 2014, vol. 3

TECNOLÓGICO
DE MONTERREY®

Jurípolis, Revista de Derecho y Política del Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales de la Escuela de Humanidades y Ciencias Sociales del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, Año 2014, Vol. 3, núm. 15. Suscripciones: Calle del Puente 222, Col. Ejidos de Huipulco, Tlalpan, C. P. 14380, México D. F., 5483-2316. Correo electrónico: vff@itesm.mx

Certificado de licitud de título y de licitud de contenido en trámite en la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas.

Registro de derechos de autor ante la SEP en trámite.

ISSN: en trámite

Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor: 04-2014-041012312200-102.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización.

Impreso en México / *Printed in Mexico*

Comité Editorial

Director
Vicente Fernández Fernández

Consejeros
Iliana Rodríguez Santibáñez
Mario I. Álvarez Ledesma
Karen Sigmond Ballesteros
Gustavo López Montiel
José Heriberto García Peña
Margarita Palomino Guerrero

Contenido

EDITORIAL 9

La justicia constitucional en un modelo mixto de origen dual y paralelo 11
Eduardo Andrés Velandia Canosa

Los desafíos del Estado de Derecho: recursos e intervención jurisdiccional en la delimitación de los derechos fundamentales 45
Luis-Andrés Cucarella Galiana

La lid constitucional 65
Patricio Alejandro Maraniello

El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano. ¿Cambio de paradigma? 75
Pamela Juliana Aguirre Castro

El juicio político en el contorno del control de constitucionalidad y de convencionalidad 103
Pablo Darío Villalba Bernié

Los derechos humanos de índole convencional y su asentimiento por los tribunales mexicanos 137
Alfonso Jaime Martínez Lazcano

La génesis del Control de Convencionalidad (CCV) desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) 163
Jaime Alfonso Cubides Cárdenas

Editorial

En el Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales, del Tecnológico de Monterrey, siempre ha sido una constante la calidad académica en todas las actividades que se desarrollan; desde los cursos que conforman los programas de estudios de las carreras de derecho, los cursos de extensión que se imparten en diversas instituciones, pasando, desde luego, por *Jurípolis*, la revista que se viene publicando desde hace varios años y que ahora presenta su número 15.

A finales del mes de mayo de 2011, en el marco del Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, en la ciudad de Medellín, Colombia, se concretó un proyecto que se venía trabajando desde años atrás: la creación de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional (AMJC). Ahí, en Medellín, con el cobijo e impulso de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y su Presidente, Eduardo Andrés Velandia Canosa, se formalizó el nacimiento de esta asociación, que agrupa a profesionales y académicos vinculados con el estudio y práctica del derecho procesal constitucional, con la finalidad de organizar congresos, encuentros, publicaciones, que tengan por finalidad el análisis, discusión y promoción de los derechos humanos y la justicia constitucional.

Una vez conformada la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, el siguiente paso fue el de fijar las bases para la organización de su primer congreso, por lo que después de análisis y valoración de diversas propuestas, finalmente se decidió que el evento tuviera lugar en el Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, los días 28, 29 y 30 de agosto de 2013 y, de igual manera, que dicho congreso se llevara a cabo en homenaje a un gran jurista, el Doctor Jorge Carpizo, quien aportó durante toda su vida —y aun ahora que ya no está con nosotros, a través de su legado— sus conocimientos, estudios y experiencia al respeto de los derechos humanos, la democracia y la justicia.

De las ponencias presentadas en dicho congreso, se seleccionaron algunos de los trabajos para incluirlos para su divulgación en este número de *Jurípolis,* trabajos en los que se abordan distintas visiones, perspectivas y aportaciones sobre el estudio de la justicia constitucional, en el marco de un Estado de Derecho, que sobre todo para los países latinoamericanos les significa un cambio y progresión hacia el verdadero respeto de los derechos humanos.

Ojalá y esta obra que el lector tiene ahora en sus manos, cumpla con los objetivos trazados en su oportunidad, es decir, que abone al análisis minucioso, crítico y propositivo del derecho procesal y sea, a la vez, un detonante, un punto de partida para nuevos y posteriores estudios que vayan enriqueciendo y consolidando el Estado de Derecho, con una base sólida en la justicia constitucional.

Dr. Vicente Fernández Fernández

Director de *Jurípolis*

La justicia constitucional en un modelo mixto de origen dual y paralelo

Eduardo Andrés Velandia Canosa[1]

SUMARIO: I. Introducción. II. Tipología de los sistemas o modelos jurisdiccionales de justicia constitucional. 1. El modelo difuso. 2. El modelo dual y paralelo. 3. El modelo concentrado. 4. El modelo mixto. 5. Los modelos híbridos. III. El modelo de Justicia Constitucional en Colombia a partir de la expedición de la Constitución de 1991: paradigma del modelo híbrido. 1. Excepción de inconstitucionalidad. 2. Procesos de control de constitucionalidad de competencia objetiva. 2.1. Control automático de constitucionalidad. 2.1.1. Control previo de constitucionalidad. 2.1.2. Control previo a la ejecución de ciertos actos. 2.1.3. Control posterior de constitucionalidad. 2.2. Control de constitucionalidad por vía de acción. 2.2.1. Competencia de la Corte Constitucional. 2.3. Competencia del Consejo de Estado. 2.4. Competencia de los tribunales administrativos. 3. Procesos de control de constitucionalidad de competencia subjetiva. 3.1. Acción de hábeas corpus. 3.2. Acción de tutela. 3.3. La acción de cumplimiento. 3.4. Las acciones populares y de grupo. IV. El modelo integral: la Justicia Constitucional multidimensional o multinivel. 1. Jurisdicción constitucional especializada. 1.1. Competencia objetiva. 1.2. Competencia subjetiva. V. Control incidental de constitucionalidad o de convencionalidad. 1. Naturaleza objetiva del control incidental de constitucionalidad o de convencionalidad. 2. Naturaleza subjetiva del control incidental de constitucionalidad. 3. Trámite del incidente de control de constitucionalidad y/o de protección constitucional o convencional. 3.1. Iniciación del incidente. 3.2. Providencia que avoca el incidente. 3.3. Ejercicio del derecho de contradicción. 3.4. Decisión concentrada de decisión. 3.5. Impugnación de la decisión. 3.6. Trámite de la segunda instancia o del recurso extraordinario. VI. Conclusiones.

---

[1] Presidente de las asociaciones Mundial de Justicia Constitucional y Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; profesor de la Universidad Libre (Colombia), Honorífico de la UNAM, de especialización en la UBA, de la Maestría en Derecho Constitucional de la UEES (Guayaquil, Ecuador), de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina) y profesor invitado por la Universidad de Pisa, Italia.

I. Introducción

1. En el paradigma del Estado Constitucional de Derecho la justicia constitucional tiene una misión multidimensional: *(i)* defender la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho, *(ii)* tutelar jurisdiccionalmente los derechos humanos consagrados en la Constitución; y, *(iii)* proteger los derechos humanos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), reparando integralmente a las víctimas por la responsabilidad internacional del Estado.

2. El éxito de dicha misión dependerá del sistema o modelo de justicia constitucional adoptado, por lo que resulta imprescindible presentar una tipología de los mismos, para concluir con un análisis-propuesta del desarrollo y decisión judicial en el control incidental de constitucionalidad adoptado en los modelos de origen dual y paralelo.

3. En efecto, el Estado Constitucional de Derecho impone la fuerza normativa de la Constitución, es decir, su imperativo cumplimiento, lo cual exige teorizar sobre un modelo de justicia constitucional que permita cumplir con la visión del nuevo paradigma, alejado del temor por la congestión de la jurisdicción constitucional, pero brindando un método que permita un verdadero control de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, una verdadera tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales, dotando al juez ordinario de una competencia incidental para decidir sobre la inaplicación de la ley y la protección de los derechos fundamentales en los procesos a él asignados, logrando así la realización del proyecto constitucional adoptado por el constituyente. En efecto, esto podrá lograrse en un modelo integral de justicia constitucional multinivel o multidimensional, donde la competencia objetiva como la subjetiva de la justicia constitucional sea una realidad.

4. Por lo expuesto, se intentará responder al interrogante relacionado con el problema de la competencia constitucional del juez ordinario: objetiva y subjetiva y sobre la necesidad de teorizar sobre un método o procedimiento para la aplicación de la *excepción de inconstitucionalidad*, toda vez que se sabe en qué consiste: la inaplicación de la ley, pero no se sabe cómo se inicia, si tiene un procedimiento o debido proceso a seguir, si es incidental o de fondo, si es prejudicial a la sentencia o se resuelve en la misma, ni la manera de resolverse (la decisión judicial), ni los recursos procedentes.

II. Tipología de los sistemas o modelos jurisdiccionales de justicia constitucional

5. Los modelos jurisdiccionales de justicia constitucional determinan quién, cuándo y cómo realizar el fin de la justicia constitucional (el cumplimiento de la

Constitución). Pueden mencionarse tres modelos clásicos u originarios: *(i)* el difuso; *(ii)* el dual y paralelo;[2] y, *(iii)* el concentrado y dos derivados: *(i)* el mixto; y, *(ii)* el híbrido.[3]

1. *El modelo difuso*

6. Este modelo surge en el ámbito angloamericano y se caracteriza por no estar positivizado, ser de origen jurisprudencial, imponer a los jueces la obligación de efectuar una suerte de control de constitucionalidad sobre la ley aplicable al caso sometido a su competencia, defender el principio de supremacía constitucional de oficio o a petición de parte, produciendo la sentencia efectos *inter partes*. En este modelo son paradigmáticos: *(i)* el fallo proferido por el juez Edward Coke en Inglaterra (1610), dentro del caso Thomas Bonham;[4] y, *(ii)* el 1803 en los Estados Unidos de Norteamérica por el juez John Marshall en el caso Marbury vs Madison.[5]

2. *El modelo dual y paralelo*

7. Este modelo se consolidó en Colombia con el Acto Legislativo No. 3 expedido el 31 de octubre de 1910 (enmienda constitucional a la Constitución de 1886). En este modelo se concretaron paralelamente los siguientes sistemas de control de constitucionalidad: *(i)* uno que otorgó competencia al juez ordinario para inaplicar la ley (o sus apartes) contraria a la Constitución, en procesos no especializados de control de constitucionalidad; y, *(ii)* otro le atribuyó competencia a la

---

[2] *Cfr.* GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, p. 129.

[3] Sobre los sistemas y modelos de justicia constitucional, pueden consultarse a: Mezzetti, Luca, "Sistemas y Modelos de justicia constitucional en los albores del Siglo XXI", en GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coord.), *En torno al derecho procesal constitucional*, Lima, Adrus e IIDC Sección Peruana, 2011, pp. 127-159; PEGORARO, Lucio, *Derecho constitucional comparado*, Bogotá, Universidad Libre, 2011, pp. 287-305; CAPELLETTI, Mauro, "¿Jueces legisladores?", Lima, Communitas, 2010 y/o Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional,* México, Editorial Porrúa e IMDPC, 2011.

[4] *Cfr.* REY MARTÍNEZ, Fernando, "El Dr. Bonham's Case" y su aporte a la creación de la Judicial Review", en MANILI, Pablo Luis (Coord.), *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, México, Porrúa e IMDPC, 2011, pp. 1- 21. Edward Coke es considerado como el precursor de este modelo, al decidir el caso Thomas Bonham (Bonham's case) en 1610. *Cfr.* RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, *Temas de derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Grupo Ed. Kipus, 2007, p. 34.

[5] *Cfr.* CARBONELL, Miguel, "Marbury versus Madison: el 'descubrimiento' del control de constitucionalidad de las leyes", en VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Ed. Acad.), *Anuario de derecho procesal constitucional: 2010*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley y ACDPC, 2010, pp. 3-18.

Corte Suprema de Justicia como juez especializado para: *(a)* dirimir el conflicto suscitado entre el legislativo y el ejecutivo sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley; y, *(b)* para conocer de la acción pública (popular) de inconstitucionalidad contra la ley y los decretos reglamentarios de la misma expedidos por el ejecutivo (o sus apartes), dando inicio a sendos procesos especiales de control de constitucionalidad.[6]

8. En efecto, por un lado se otorgó competencia al juez ordinario de aplicar en cada caso concreto los principios de supremacía constitucional y de control de constitucionalidad, toda vez que se elevó a canon constitucional lo que en Estados Unidos de Norteamérica se conoció como modelo difuso de control de la constitucionalidad, es decir, contempló por primera vez en una Constitución la denominada excepción de inconstitucionalidad, al establecerse en el artículo 40 del citado acto legislativo que "*en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales*".[7] Éste es un claro instrumento que permitió la inaplicación de la ley y la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por el juez ordinario.

9. Paralelamente como se explicó, se otorgó competencia a un juez especializado, anticipándose diez años al modelo propuesto por Kelsen, conocido como el modelo concentrado, ya que contempló en el artículo 41 del citado acto legislativo lo siguiente:

> A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:
>
> Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.[8]

10. Lo expuesto significa que Colombia creó un modelo originario de control de la constitucionalidad dual y paralelo, toda vez que coexistieron, uno ante la Corte Suprema de Justicia (propio del sistema que diez años después diseñara Kelsen) y otro difuso pero de origen constitucional (que en Norteamérica se consolidó en el

---

6 *Cfr.* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, "Desafíos del derecho procesal constitucional", en VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, VC Editores y ACDPC, 2010, p. 35.

7 *Cfr.* POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín, *Constituciones de Colombia,* tomo IV, estudio preliminar y anexo, RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, 4ª ed., Bogotá, Banco Popular, 1986, p. 326.

8 *Cfr.* POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín, *Constituciones de Colombia, op. cit.*, p. 326.

caso Marbury versus Madison). Sin lugar a dudas, ésta ha sido uno de las más importantes contribuciones[9] de Colombia al desarrollo científico del derecho.[10]

3. *El modelo concentrado*

11. El tercer modelo clásico u originario de control de constitucionalidad es el conocido como "*concentrado*", de origen austriaco e ideado por el ilustre jurista vienes Hans Kelsen, quien pareciera realizar desde su perspectiva un perfeccionamiento a los modelos precedentes de justicia constitucional.[11] En efecto, los principales argumentos de su tesis podemos sintetizarlos así:

12. El control de constitucionalidad no se le puede confiar a cualquier juez y menos al ordinario, por no ser especialista en temas de justicia constitucional, por lo cual propone la creación del Tribunal Constitucional como juez especializado del control de la constitucionalidad de la ley, tesis que finalmente ha sido acogida por la mayoría de países del mundo. Pero adicionalmente indica que este juez especializado únicamente debe tener la competencia del control de constitucionalidad de la ley. El primer argumento critica el modelo difuso (y primer modelo del sistema dual) y el segundo argumento corresponde a una objeción (así no lo haya dicho expresamente) al modelo dual y paralelo que otorga a la Corte Suprema de Justicia además de la competencia civil y penal, la constitucional.

13. En este modelo la legitimación es restringida y no popular como en el dual y paralelo, y las decisiones producen efectos *erga omnes* o generales sobre las leyes federales y estatales.

4. *El modelo mixto*

14. A partir de los citados modelos han surgido los mixtos y los híbridos. Los primeros inician en un modelo (el difuso) y terminan en otro (el concentrado), tal

---

[9] Decimos una de las más importantes, porque no hay que desconocer que la primera Constitución hispanoamericana se expidió el 15 de agosto de 1910 en la entonces Provincia del Socorro, Colombia. *Cfr.* RODRÍGUEZ PLATA, Horacio, *La antigua Provincia de El Socorro y la independencia,* vol. XCVIII, Bogotá, Biblioteca de Historia Nacional, 1963. Igualmente debe resaltarse, que el derecho constitucional académico en Argentina fue creado por el ilustre jurista colombiano Florentino González, quien además publicó el primer libro sobre derecho constitucional de tal país: GONZÁLEZ, Florentino, *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1869.

[10] URIBE VARGAS, Diego, *Las constituciones de Colombia*, t. I, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1977, p. 217; VALENCIA VILLA, Hernando, *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010, pp. 64, 65; GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge, *Entre la ley y la Constitución*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 82.

[11] *Cfr.* KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

como ocurre con el control incidental de origen italiano, adoptado luego por Alemania y posteriormente por España donde se denominó la cuestión de inconstitucionalidad. En este modelo el control se inicia por cualquier juez, pero finaliza con la decisión de la Corte o Tribunal Constitucional.[12] Nótese que en esta hipótesis se mezclan el modelo difuso con el concentrado, a diferencia del modelo dual y paralelo, donde coexisten los dos modelos sin mezclarse, con la advertencia, que el modelo dual y paralelo fue anterior al concentrado, ya que aquél data de 1910 y éste de 1920. En el modelo italiano surgieron las sentencias interpretativas, como un claro avance de la justicia constitucional.

5. *Los modelos híbridos*

15. Los modelos híbridos son los que toman elementos de los tres sistemas, pero sin responder a coherencia alguna. En efecto, en estos modelos en la competencia objetiva se atribuye a más de un órgano el conocimiento de procesos de control de constitucionalidad, incluso siendo uno de ellos Corte o Tribunal Constitucional, deformando así el modelo de origen concentrado. Es el caso de Colombia, donde a pesar de haberse implementado desde 1991 una Corte Constitucional, simultáneamente se asignó competencia específica al Consejo de Estado para conocer de acciones de nulidad por inconstitucionalidad y a todos los jueces y funcionarios administrativos o de órganos de control extra-poderes para inaplicar la ley en procesos concretos (más adelante precisaremos su alcance).

16. En la competencia subjetiva, otorga competencia a todos los jueces para conocer de las acciones constitucionales, previendo la llegada de algunas de ellas a la Corte o Tribunal Constitucional, pero excluyendo su eventual revisión a algunas de ellas.

III. El modelo de Justicia Constitucional en Colombia a partir de la expedición de la Constitución de 1991: paradigma del modelo híbrido

17. Esto no significa que el modelo colombiano implementado a partir de 1991 sea obsoleto o deficiente, toda vez que tiene aspectos importantísimos que deben ratificarse, pero existen otros que deben afinarse, otros que deben implementarse y otros que deberán derogarse.

---

[12] *Cfr.* ROMBOLI, Roberto, "El derecho procesal constitucional: una reflexión en torno al significado y valor de las reglas procesales en relación al modelo de justicia constitucional", en GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coord.), *En torno al derecho procesal constitucional, op. cit.,* pp. 58 y 59.

18. En Colombia se sigue manteniendo su origen en un modelo dual y paralelo de justicia constitucional, ya que todos los jueces tienen competencia para inaplicar la ley,[13] pero se otorgó competencia para conocer de procesos constitucionales así: *(i)* a la Corte Constitucional para declarar la inexequibilidad de la ley, de los decretos con fuerza de ley, de los proyectos de ley estatutaria y de las reformas constitucionales por vicios de procedimiento en su formación;[14] *(ii)* al Consejo de Estado para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los decretos cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, es decir, de los decretos reglamentarios de la ley, en general otorgó una competencia residual;[15] *(iii)* a los Tribunales administrativos para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos de carácter general del orden departamental y municipal;[16] *(iv)* a todos los jueces y al Consejo Superior de la Judicatura para conocer de acciones de tutela protectoras de los derechos fundamentales;[17] *(v)* a todos los jueces para conocer de las acciones de hábeas corpus;[18] a los jueces civiles y administrativos para tramitar las acciones populares y de grupo[19] y a los jueces administrativos asignó la acción de cumplimiento[20] (en general es un modelo confuso y no difuso).[21]

19. Se profundizará en tal bosquejo general del ordenamiento jurídico (lo que debe estudiarse en el derecho procesal constitucional en Colombia), siguiendo la metodología y terminología empleada por el profesor Jairo Parra Quijano, con el objeto de precisar la competencia como si se tratara de una pieza dentro del gran rompecabezas normativo que tenemos, con el propósito de precisar su dogmática jurídica.

---

13 *Cfr*. Art. 4º de la Constitución Política.

14 *Cfr*. Art. 241 de la Constitución Política y Decreto 2067 de 1991.

15 *Cfr*. Art. 237 de la Constitución Política y Art. 135 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

16 *Cfr*. Inciso 2º y parágrafo del Art. 135 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

17 *Cfr*. Art. 86 de la Constitución Política y Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1282 de 2000.

18 *Cfr*. Art. 30 de la Constitución Política y ley 1095 de 2006.

19 *Cfr*. Art. 87 de la Constitución Política y ley 393 de 1997. Aunque debe advertirse que esta acción no es propiamente constitucional, mientras no sirva para controlar la inconstitucionalidad por omisión. Debe recordarse, que solamente sirve para cumplir la ley y el acto administrativo.

20 *Cfr*. Art. 88 de la Constitución Política y ley 472 de 1998.

21 *Cfr*. TOBO RODRÍGUEZ, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, p. 161.

1. *Excepción de inconstitucionalidad*

20. Mediante esta institución se le otorga competencia a todos los jueces para inaplicar la ley contraria a la Constitución, así como a todos los funcionarios que deban tramitar procesos o procedimientos que resuelvan situaciones concretas, ratificando el conocido modelo difuso de control de constitucionalidad, ampliando incluso su competencia a funcionarios diferentes de los jurisdiccionales. Como se advirtió, este instituto es un valioso instrumento para lograr la tutela efectiva de los derechos fundamentales.[22]

21. Este control de constitucionalidad se desarrolla a la luz del inciso primero del artículo 4º de nuestra actual Constitución, al decir que "*[l]a Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*".

22. Este control consiste en la inaplicabilidad de una norma jurídica en un caso particular, singular o concreto, en el cual se discuta un derecho, cuando tal norma contradiga un precepto constitucional, produciendo efectos en el caso debatido o *inter partes*. Por regla general el juez o el funcionario instructor o fallador debe aplicar la ley, pero si esta, en ese caso en particular, va en contra de la Constitución, por *excepción* debe aplicar directamente la norma de normas e inaplicar la ley; por ello podemos encontrar casos donde se inaplique la ley a pesar de haber sido declarada constitucional por la Corte Constitucional, pero que se convierte en inconstitucional para el caso concreto.

23. Por lo anterior, debemos resaltar que la excepción de inconstitucionalidad está reservada únicamente a los funcionarios encargados de aplicar la ley mediante un proceso, bien sea judicial o administrativo, entendiendo por aplicación la operación que se realiza para llevar al caso concreto una norma de carácter abstracto, la cual es objeto de decisión o pronunciamiento.

24. De lo dicho podemos concluir que los competentes para aplicar la excepción de inconstitucionalidad no son únicamente los jueces, ni tampoco todas las autoridades, sino únicamente aquellas autoridades que deban aplicar una norma general a un caso concreto, tales como los jueces, las superintendencias, ministerios, la DIAN, o las entidades que en momentos determinados deban aplicar sanciones disciplinarias.

25. Sin embargo, creemos que esta institución sustancial por naturaleza, carece de un método procesal o procedimiento para su aplicación, por lo que muchas veces no es utilizada, simplemente por no saber cómo puede aplicarse, o en otras

[22] Sobre este tema puede consultarse: BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto A., *De la interpretación legal a la interpretación constitucional*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, pp. 184-190; CHARRY UREÑA, Juan Manuel, *La excepción de inconstitucionalidad*, Bogotá, 1994.

ocasiones puede ser incluso la causa de la violación de los derechos fundamentales de las partes procesales por ser sorpresiva. Nuestra tesis es que debe mantenerse la competencia de todos los jueces para hacer uso de esta importante institución, pero a través de un incidente de control de constitucionalidad previo a la sentencia o de prejudicialidad constitucional, tramitado por el juez del conocimiento en primera instancia, pero si existe recurso de apelación, el mismo sea tramitado por la jurisdicción constitucional, tal como se explicará.

26. En cuanto a la decisión judicial de este modelo, no cabe duda que debe ser a través de autos y no de sentencias, habida cuenta que se trata de una decisión incidental, con carácter prejudicial a la sentencia proferida dentro del proceso ordinario.

2. *Procesos de control de constitucionalidad de competencia objetiva*

27. Cuando hablamos de competencia objetiva, nos referimos a los procesos cuya finalidad es determinar la constitucionalidad de una norma jurídica, es decir, se mira el objeto, mas no al sujeto.[23]

2.1. *Control automático de constitucionalidad*

28. Este control puede ser previo o posterior al acto, según lo determine la Constitución, y se le atribuyó su conocimiento exclusivamente a la Corte Constitucional, pero no tiene las características de una acción, habida cuenta de que no es necesaria una demanda para tramitar el proceso. Adicionalmente es importante resaltar que no se trata de un proceso de partes, es un claro proceso de jurisdicción voluntaria en materia constitucional. Por esta vía se tramita lo siguiente:

2.1.1. *Control previo de constitucionalidad*

29. (A) Los proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad por el presidente de la República, cuando el Congreso insiste en mantener el proyecto regulado en los artículos 167, inciso 3º. y 241, numeral 8º. de la C. N., así como por los artículos 23 a 35 del decreto 2067 de 1991.[24]

---

[23] Sobre los procesos constitucionales en Colombia, puede consultarse a BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto Augusto, "Los procesos constitucionales. Una primera aproximación a sus características", en *Competencias de consultorios jurídicos en los programas de derecho. Manual práctico*, Barranquilla, Ediciones Uninorte, 2004.

[24] *Cfr.* TOBO RODRÍGUEZ, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia, op. cit.*, pp. 200-203.

30. (B) Las leyes estatutarias. Se consagra en los artículos 153 y 241 numeral 8º de la Constitución, y por los artículos 39 y 40 del decreto 2067 de 1991.[25]

31. (C) Los tratados internacionales y las leyes que los aprueban. Este proceso se prevé en el artículo 241 numeral 10º de la Constitución. En estos procesos, indica el artículo 44 del decreto 2067 de 1991, que debe aplicarse lo ordenado para el control de los proyectos de ley estatutaria.[26]

2.1.2. *Control previo a la ejecución de ciertos actos*

32. (A) Las leyes de convocatoria a un referendo reformatorio de la Constitución. Se Contempla en el inciso 1º del artículo 378, en el numeral 2º del 241 de la Constitución y por el artículo 42 del decreto 2067 de 1991.[27]

33. (B) Acto de convocatoria a referendo de un acto legislativo. Consagrado en el artículo 377 de la norma superior.

34. (C) Leyes de convocatoria a una asamblea constituyente. Lo establece el inciso 1º del artículo 376 y numeral 2º del artículo 241 constitucional, así como el artículo 42 del decreto 2067 de 1991.[28]

2.1.3. *Control posterior de constitucionalidad*

35. Deben someterse a este control los decretos legislativos expedidos por el gobierno nacional en desarrollo de las facultades extraordinarias que le conceden los artículos 212 (estado de guerra exterior), 213 (estado de conmoción interior) y 215 de la Constitución (estado de emergencia económica, social o ecológica).[29]

2.2. *Control de constitucionalidad por vía de acción*

36. A esta acción la doctrina la ha denominado *pública*, aunque su denominación debió ser *"acción popular"*, ya que ella puede ejercerse por cualquier ciudadano en aras de mantener incólume el principio de supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho en nombre e interés de todos, y además sin

---

25 *Cfr*. TOBO RODRÍGUEZ, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, *op. cit*., pp. 209-215.

26 *Ibidem*, pp. 216-218.

27 *Cfr*. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 o de convocatoria a un referendo constitucional.

28 *Cfr*. REY CANTOR, Ernesto, *Referendo, asamblea constituyente y Congreso*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 2003.

29 *Cfr*. ORTEGÓN ORTEGÓN, Luis Gilberto, *Los estados de excepción y el control jurisdiccional en Colombia*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho y ACDPC, 2011 y Sentencia proferida por la Corte Constitucional colombiana, C-070 de 2009, M.Ps. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez.

término de caducidad (numerales 1, 4 y 5 del artículo 241 y numeral 1º del 242 de la Carta fundamental).[30]

37. Esta acción puede incoarse ante la Corte Constitucional o ante el Consejo de Estado y, en general, ante los despachos que conforman la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, así:

2.2.1. *Competencia de la Corte Constitucional*

38. (A) Conoce de las demandas contra los actos reformatorios de la Constitución. Establece el numeral 1º del artículo 241 que le corresponde a la citada corporación decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad, y contra estos actos solo por vicios de procedimiento en su formación.

39. (B) Conoce contra las demandas contra las leyes. Indica el numeral 4º del citado artículo que se pueden demandar por vicios de procedimiento en su formación y por su contenido material.

40. (C) Los decretos con fuerza de ley o decretos-leyes que dicta el gobierno en desarrollo del numeral 10º del artículo 150 superior, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación, tal como lo establece el numeral 5º del artículo 241 de la Constitución.

41. (D) Los decretos-leyes expedidos por el gobierno para poner en vigencia los proyectos de ley sobre el Plan Nacional de Inversiones Públicas, de conformidad con el artículo 241, numeral 5º, en concordancia con el inciso 3º del artículo 341 de la Ley fundamental.

2.3. *Competencia del Consejo de Estado*

42. Prevé el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, que corresponde al Consejo de Estado conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuya competencia no esté atribuida expresamente a la Corte Constitucional (competencia residual).[31]

2.4. *Competencia de los tribunales administrativos*

43. Conocen de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, tales como las ordenanzas departamentales, los acuerdos proferidos por los consejos municipales y los decretos proferidos por los gobernadores y alcaldes, según lo establecido por el código procesal administrativo y de lo contencioso administrativo.

---

30 *Cfr.* RODRÍGUEZ NAVAS, Jaime Enrique, *Dinámica del control de constitucionalidad en Colombia,* Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2006, pp. 55-113.

31 *Cfr.* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley y ACDPC, 2009, pp. 219-261.

3. *Procesos de control de constitucionalidad de competencia subjetiva*

44. Cuando hablamos de competencia subjetiva, nos referimos a los procesos cuya finalidad es proteger los derechos constitucionales de la persona, es decir, se mira al sujeto, mas no al objeto. Específicamente nos referimos a las acciones de tutela, hábeas corpus, popular, de grupo y de cumplimiento.

3.1. *Acción de hábeas corpus*

45. En Colombia, la denominada *jurisdicción constitucional de la libertad* o de las libertades, se dividió entre la acción de tutela y la acción de hábeas corpus, puesto que se consagraron individualmente. En efecto, el artículo 30 de la Constitución establece: "*Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el* hábeas corpus*, el cual debe resolverse en el término de 36 horas".*

46. Esta acción quedó establecida únicamente para proteger el derecho fundamental de la libertad, y los demás derechos fundamentales deberán garantizarse mediante la acción de tutela, incluidos los que en otras legislaciones, se protegen a través de la acción de *habeas data.*

3.2. *Acción de tutela*

47. Finalmente se consagró una acción encaminada a proteger, amparar o asegurar los derechos fundamentales de las personas naturales, jurídicas, patrimonios autónomos e incluso los nacituros.

48. No es éste el escenario adecuado para realizar un estudio sobre los derechos de las personas, pero se cree que es pertinente traer a colación una de las tantas clasificaciones que se han dado a los derechos subjetivos (la que tiene directa relación con el tema analizado). Es así como el profesor Jacobo Pérez Escobar indica que "desde el punto de vista de los medios especiales para su protección, los derechos se pueden clasificar… en fundamentales o esenciales y en derechos no fundamentales…"[32]

49. Sobre los derechos fundamentales no se conocen definiciones precisas, pero se ha sostenido que son aquéllos inherentes o esenciales a las personas, tanto es así que no son típicos, es decir, no es posible hacer una enumeración taxativa de ellos, ni siquiera se necesita que estén en la Carta fundamental, ya que la digni-

[32] *Cfr.* PARRA GUZMÁN, Mario Fernando y VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000, p. 77. *Cfr.* PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5ª ed., Santafé de Bogotá, Temis, 1997, p. 47.

dad no se encuentra como derecho en nuestra Constitución, pero nadie discute su calidad de fundamental, correspondiéndole al Estado el deber de reconocerlos.

50. El profesor Luis Carlos Sáchica, al analizar el tema, dice: "lo que importa destacar es que los catálogos en ese aparato son universales; son sus titulares todas las personas, cualesquiera y todo hombre, por ser hombre; basta que exista para que los tenga y pueda ejercerlos. Son inherentes a la personalidad, a su simple condición de criatura humana. Le son inseparables, le son inherentes, corresponden a su naturaleza. La ley no los otorga, apenas debe reconocerlos y garantizarlos. Y, por lo mismo, son de vigencia y aplicación inmediata, es decir, de realización directa, que no requieren regulación legal o reglamento alguno para hacerlos eficaces".[33]

51. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia No. T-002 de 1992, expresó que deben utilizarse dos tipos de criterios no concurrentes, para determinar qué derechos son fundamentales, indicando que unos son principales y otros secundarios, y que los primeros son dos: la persona humana (base material) y el reconocimiento expreso (base formal), y los segundos corresponden a los criterios auxiliares.

52. Según la Corte, el principal criterio para determinar qué derechos son fundamentales, "consiste en establecer si se trata, o no, de un derecho esencial de la persona humana", indicando además que "los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona", por lo cual la corporación constitucional define que inalienable es aquello "que no se puede enajenar, ceder ni transferir"; inherente lo que "constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto", y esencial es "aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser", y que los citados términos se deben entender así: "algo es inalienable por ser inherente y algo es inherente por ser esencial".[34]

53. En cuanto al reconocimiento expreso, no cabe duda de que se refiere a aquellos derechos que de manera inequívoca califique el constituyente como fundamentales, tal como los contemplados en el capítulo primero del título segundo de la Constitución colombiana (sin embargo, existen derechos allí contemplados que no tienen el carácter de fundamentales, tal como el de la paz, ya que éste es un derecho colectivo), en el artículo 44 constitucional o en cualquiera de los tratados internacionales ratificados por Colombia, tal como lo indica el inciso primero del artículo 93 de la Carta Política.

---

33 *Cfr.* PARRA GUZMÁN, Mario Fernando y VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 77.

34 Corte Constitucional, Sentencia No. T-002 de 1992.

54. Respecto de los criterios auxiliares, la Corte Constitucional dijo que "si bien los criterios principales son suficientes y vinculantes para efectos de definir los derechos constitucionales fundamentales, se reseñan a continuación algunos criterios auxiliares cuyo fin primordial es servir de apoyo a la labor de interpretación del juez de tutela, pero por sí solos no bastan".[35] Tales criterios son los siguientes:

55. (A) Los tratados internacionales sobre derechos humanos. Dijo la Corte que el artículo 93 de la Carta, en su inciso segundo, es el único criterio interpretativo con rango constitucional expreso. Obsérvese que este artículo tiene un doble carácter al interpretarse en relación con los derechos fundamentales, ya que el inciso primero debe tomarse como criterio principal y el segundo como auxiliar.

56. (B) Los derechos de aplicación inmediata. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que este concepto es diferente del de derecho fundamental y que, tal como lo indica la Corte Constitucional, es un criterio residual para la determinación de un derecho fundamental.

57. (C) Derechos que poseen un *plus* (o valor) para su modificación. Son los que tienen más fuerza que otros, ya que gozan de "una supergarantía que permite condicionar eventualmente su reforma, lo que hace pensar en la naturaleza especial de tales derechos, siguiendo en esto la orientación de la Constitución española de 1978 en su artículo 168".[36]

58. (D) Los derechos fundamentales por su ubicación y denominación (interpretación sistemática).

59. Finalmente, debemos reiterar que pueden existir derechos fundamentales que no se encuentren expresamente consagrados como tales en la Constitución, ya que los inherentes a la persona humana son por su naturaleza fundamentales; por lo tanto, conceptuamos que la presente investigación debe tener por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, sean constitucionales o no.

3.3. *La acción de cumplimiento*

60. Se ha incluido esta acción en el nuevo constitucionalismo colombiano, como uno de los mecanismos de protección y aplicación de los derechos y del orden jurídico, la cual fue consagrada en el artículo 87 de la Constitución y reglamentada mediante la ley 393 de 1997. El citado artículo dice:

> Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.
>
> En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

---

[35] *Cfr.* PARRA GUZMÁN, Mario Fernando y VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 77.

[36] *Ibidem*, p. 78.

61. Creemos que sin importar a qué jueces se le asigne su conocimiento o competencia (se le ha asignado a los jueces que componen la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en una defectuosa reglamentación), la acción forma parte de la jurisdicción constitucional, teniendo en cuenta su consagración directa en la norma superior. Sobre el particular ha dicho el profesor Daniel Suárez Hernández que esta acción "tiene el mismo rango constitucional y participa de muchos de los caracteres de la acción de tutela, amén de que constituye otro mecanismo de protección de los derechos constitucionales y particularmente de los derivados de la efectividad del orden jurídico, pues su objeto, de conformidad con una lectura exegética del texto constitucional, indicaría, *prima facie,* que se trata de una garantía constitucional tendiente a hacer efectivos los derechos derivados de las normas con fuerza material de ley y el cumplimiento de los actos administrativos, lo cual de entrada permite otear el amplio panorama de aplicación y utilización".[37]

62. No obstante lo expuesto, se considera que esta acción puede también controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, a pesar de que la Corte Constitucional autonegó su competencia.

3.4. *Las acciones populares y de grupo*

63. Esta acción no es novedosa en nuestro ordenamiento, por cuanto se había consagrado en los artículos 91, 992, 994, 1005, 2355 y 2359 del Código Civil, así como en el 36 del decreto-ley 3466 de 1982 o antiguo Estatuto del Consumidor, en el 8º de la ley 9ª. de 1989 o Ley de Reforma Urbana y en el decreto 2303 de 1989. Empero, se elevó en 1991 a rango constitucional tal como se evidencia de la lectura del artículo 88 de la Constitución, el cual fue reglamentado mediante la ley 472 de 1998.[38]

64. A pesar de ser civil el origen de esta acción, creemos que por la transformación de nuestro nuevo ordenamiento jurídico a partir del 4 de julio de 1991 en un Estado Constitucional, debe incluirse dentro del derecho procesal constitucional, por su naturaleza y por haberlo querido así el constituyente, al darle el calificativo de acción protectora directa de los derechos constitucionales, junto a la acción de cumplimiento y a la de tutela.[39]

---

[37] *Cfr.* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, "La acción de cumplimiento en Colombia", en MANILI, Pablo Luis (Direc.), *Tratado de derecho procesal constitucional*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 277-313.

[38] Sobre la acción popular puede consultarse a CORREA HENAO, Néstor Raúl, *Derecho procesal de la acción popular*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Javeriana, 2009.

[39] Sobre la acción de grupo puede consultarse a LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio, *La acción de grupo. Reparaciones por violación a los derechos humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.

IV. El modelo integral: la Justicia Constitucional multidimensional o multinivel

65. Pensar en perspectiva la justicia constitucional para Colombia, implica partir del modelo originario que creamos, es decir, el dual y paralelo. Esto significa que debe implementarse: *(i)* la creación de una jurisdicción constitucional especializada por niveles, ante la cual se tramiten los procesos de control de constitucionalidad; *(ii)* la implementación de un control incidental de constitucionalidad, que se pueda tramitar ante todos los jueces o funcionarios que tramiten procesos judiciales o administrativos, para inaplicar la ley inconstitucional, con la posibilidad de una impugnación ante la jurisdicción constitucional; y, *(iii)* ratificar el modelo supranacional de justicia constitucional ejercido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

1. *Jurisdicción constitucional especializada*

66. La justicia constitucional responde a los principios de subsidiaridad, residualidad y complementariedad, es decir, si existen otros medios de defensa judicial, serán tales instrumentos los que previamente deberán utilizarse.

67. Si existen los procesos constitucionales (conocidos en Colombia como acciones), lo cual hoy no tiene discusión,[40] éstos deben tramitarse ante la jurisdicción constitucional (especializada, como ocurre con todas las ramas del derecho), con el objeto de la defensa de la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales, es decir, con una competencia objetiva y una subjetiva.

68. De conformidad con lo expuesto, debemos identificar los procesos constitucionales, luego la estructuración de una jurisdicción constitucional multinivel, la distribución del poder de decisión constitucional entre las diferentes autoridades de la jurisdicción constitucional y por supuesto el acceso a tal jurisdicción.

69. Los procesos constitucionales de competencia objetiva son (o deben ser) los derivados del ejercicio de: *(i)* la acción de inconstitucionalidad contra la ley; *(ii)* la acción de inconstitucionalidad contra los decretos de carácter general, impersonal y abstracto del orden nacional; *(iii)* la acción de inconstitucionalidad con-

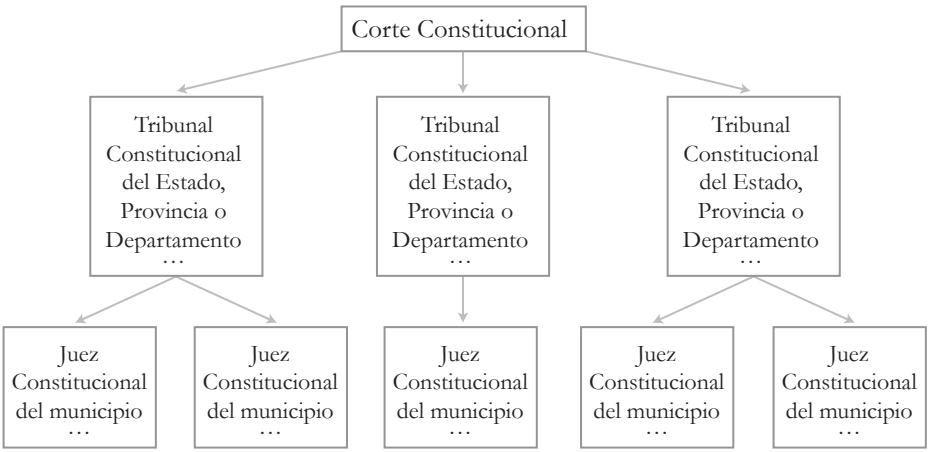
---

40 *Cfr.* PÉREZ TREMPS, Pablo, *Los procesos constitucionales. La experiencia española*, Lima, Palestra, 2006; BLUME FORTINI, Ernesto, *El proceso de inconstitucionalidad en el Perú*, Lima, Adrus e IIDC Sección Peruana, 2009; REY CANTOR, Ernesto, *El derecho procesal constitucional*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley y ACDPC, 2010, pp. 62-120; RUGGERI, Antonio, "En busca de la identidad del 'derecho procesal constitucional'", en GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coord.), *En torno al derecho procesal constitucional*, Lima, Adrus e IIDC Sección Peruana, 2011, pp. 19-25; BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto Augusto, "Los procesos constitucionales. Una primera aproximación a sus características", en *Competencias de consultorios jurídicos en los programas de derecho. Manual práctico*, *op. cit.*, entre otros.

tra los decretos de carácter general, impersonal y abstracto del orden departamental, provincial o estatal; *(iv)* la acción de inconstitucionalidad contra los decretos de carácter general, impersonal y abstracto del orden municipal y *(v)* la acción de cumplimiento constitucional cuando el legislador incurre en una omisión legislativa absoluta o relativa (luego aclararemos este punto); *(vi)* la acción de cumplimiento constitucional por la no implementación de políticas públicas del nivel nacional; *(vii)* la acción de cumplimiento constitucional por la no implementación de políticas públicas del nivel departamental, estatal o provincial; y, *(viii)* la acción de cumplimiento constitucional por la no implementación de políticas públicas del nivel municipal.

70. Los procesos constitucionales que pretenden defender los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (también derivados, creados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional) derivados del ejercicio de: *(i)* la acción de hábeas corpus que pretende proteger el derecho fundamental a la libertad; *(ii)* la acción de tutela, la cual sirve para proteger los derechos fundamentales, con excepción del de la libertad; *(iii)* la acción popular o protectora de los derechos fundamentales colectivos (denominada en otros países como amparo colectivo); *(iv)* la acción de grupo que pretende reparar los derechos fundamentales vulnerados (denominada en otros países como acción de clase).

71. Hablar de una jurisdicción constitucional multinivel, implica entender que la justicia constitucional no se limita a la decisión de la Corte Constitucional, toda vez que hoy se presentan conflictos constitucionales a nivel nacional, departamental (estatal o provincial) y municipal, por lo que en aras de lograr una verdadera justicia constitucional y una descongestión del Tribunal Constitucional, debe adoptarse además tribunales con competencia territorial a nivel estatal, provincial y departamental, así como jueces constitucionales con competencia municipal, quedando la estructura de la siguiente manera:



72. Por otra parte, esta jurisdicción constitucional especializada o concentrada, tendrá una competencia objetiva y otra subjetiva.[41]

1.1. *Competencia objetiva*

73. Esta competencia tiene por objeto defender la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho (primaria y secundaria), con efectos de la sentencia *erga omnes*. En efecto, siguiendo la tradición colombo venezolana, escuela a la cual nos adscribimos, consideramos acertado el modelo de legitimación popular de acceso a la justicia constitucional, en virtud del cual, cualquier ciudadano puede presentar una demanda de inconstitucionalidad contra cualquier disposición del ordenamiento jurídico de carácter general, impersonal y abstracto. Compartimos este esquema, como quiera que la misión de la jurisdicción constitucional es la de ser el guardián de la Constitución, sin importar la manera en que ella se pone en funcionamiento o actividad y porque si el pueblo puede ser constituyente primario, es decir, puede crear la Constitución, también debe tener el poder de plantear la fiscalización de su cumplimiento.

74. En este orden de ideas, si un ciudadano pretende iniciar el proceso de control de constitucionalidad de una norma del orden nacional, tal como sucede con: *(i)* la ley; *(ii)* el decreto-ley: lo profiere el Poder Ejecutivo, por delegación del legislador, con la misma fuerza vinculante de la ley; *(iii)* los decretos reglamentarios de la ley, expedidos por el gobierno nacional; *(iv)* la omisión absoluta del legislador frente a mandatos expresos del constituyente, para lo cual deberá aplicarse la acción de cumplimiento constitucional; *(v)* para controlar las omisiones legislativas relativas inconstitucionales, podrá iniciarse la acción de cumplimiento constitucional o a través de la acción de inconstitucionalidad; y, *(vi)* la acción de cumplimiento por la omisión constitucional en el diseño y aplicación de políticas públicas, instrumento que servirá para la efectividad en abstracto de los derechos económicos, sociales y culturales (conocidos como derechos humanos de segunda generación) deberá presentar la demanda ante la Sala de Defensa de la Supremacía Constitucional de la Corte Constitucional.

75. Ahora, si este conflicto sobre la vulneración del principio de supremacía constitucional se presenta a nivel departamental, estatal, provincial o regional, la competencia para conocer de estos procesos no debe ser la Corte Constitucional, sino tribunales con competencia territorial estatal, departamental, provincial o regional, debido a que la norma que vulnera el principio de supremacía constitucio-

---

41 *Cfr.* ROMBOLI, Roberto, "El derecho procesal constitucional: una reflexión en torno al significado y valor de las reglas procesales en relación al modelo de justicia constitucional", en GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coord.), *En torno al derecho procesal constitucional*, *op. cit.,* pp. 58-64.

nal no es nacional sino, como ya se dijo, local. En la experiencia colombiana puede expedirse: *(i)* ordenanzas departamentales por la Asamblea Departamental; *(ii)* decretos generales por el gobernador departamental; *(iii)* decretos o reglamentos de carácter general por entidades descentralizadas; y, *(iv)* la omisión por el representante de la entidad territorial local en el diseño e implementación de políticas públicas departamentales, para lo cual podrá utilizarse la acción de cumplimiento constitucional, cuyo funcionamiento es objeto de otro estudio. Nótese que este nuevo nivel propuesto de justicia constitucional, acerca la efectividad real de la Constitución, sin congestionar a la Corte Constitucional.

76. Este mismo conflicto frente a la defensa de la Constitución puede trasladarse a nivel municipal, lo cual se presenta cuando: *(i)* un consejo municipal expide un acuerdo municipal; *(ii)* el alcalde municipal o alguna entidad descentralizada profiere decretos generales; y, *(iii)* cuando el ejecutivo a nivel municipal omite el diseño e implementación de políticas públicas.

77. Asimismo deben adelantarse otros procesos de manera automática en los diferentes niveles. Esto se presenta cuando el constituyente de antemano dispone la activación de la justicia constitucional en casos especiales, de la misma manera explicada en el capítulo anterior.

78. Igualmente, esta jurisdicción especializada deberá conocer de las impugnaciones en los incidentes de control de constitucionalidad tramitados con ocasión de la competencia objetiva.

1.2. *Competencia subjetiva*

79. Esta competencia tiene por objeto proteger los derechos humanos vulnerados o amenazados en casos concretos. Lo expuesto significa que deben crearse algunos procesos (no en exceso) que permitan la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución, con excepción de los sociales vulnerados en abstracto por no diseñarse o no implementarse alguna política pública, por corresponder a la competencia objetiva, toda vez que corresponde a la concreción normativa del proyecto constitucional. Empero, si la ausencia de una política pública se concreta en la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, ahí sí deberá utilizarse un proceso que proteja un derecho individual.

80. En este orden de ideas, consideramos que deben mantenerse los siguientes instrumentos, procesos o garantías constitucionales: *(i)* la acción de tutela, utilizada para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados en casos individuales y concretos. Consideramos que ésta debe ser la única acción procesal constitucional para proteger los derechos fundamentales, para no convertir la vía procesal en un "laberinto procesal", toda vez que su esquema procesal permite proteger el derecho a la libertad, tradicionalmente defendido mediante

el hábeas corpus, o el derecho al buen nombre, información o libertad de expresión, garantizado con la acción de *habeas data*; *(ii)* la acción popular o amparo colectivo, utilizable para defender el derecho fundamental al medio ambiente, los derechos difusos y en general los denominados derechos humanos de tercera generación; y, *(iii)* la acción de grupo o acción de clase, necesaria para reparar los derechos humanos vulnerados definitivamente a grupos potencialmente superiores a veinte personas.

81. Así por ejemplo, si se vulnera un derecho fundamental por una autoridad nacional, deberá interponerse la acción de tutela ante la Sala que defiende los derechos fundamentales en la Corte Constitucional (si la parte pasiva es del orden nacional, el juez debe tener competencia en el orden nacional), con la posibilidad de interponerse un recurso extraordinario ante la Sala Plena de la misma Corte, bajo el esquema de causales taxativas. Si el derecho lo ha vulnerado una autoridad regional, estatal, provincial o departamental, será competente para tramitar esta acción de tutela el tribunal constitucional con competencia en el lugar donde se ha vulnerado o amenazado el derecho. Si el accionado es una autoridad del orden municipal, el competente será el juez constitucional con competencia en el lugar donde se ha vulnerado el hecho. Consideramos que también podrá utilizarse esta garantía para defender los derechos fundamentales vulnerados a particulares, evento en el cual el competente será el juez constitucional, con apelación ante el tribunal constitucional y con la posibilidad de un recurso extraordinario ante la Corte Constitucional.

82. En tratándose de derechos colectivos, el amparo colectivo (denominado en Colombia acción popular) deberá interponerse de la siguiente manera: *(i)* si el accionado es una autoridad del nivel nacional, será competente la Sala que defiende los derechos colectivos de la Corte Constitucional; *(ii)* si el demandado es autoridad del orden departamental, será competencia del tribunal constitucional del lugar donde se vulnera o amenaza el derecho; *(iii)* si la violación o amenaza del derecho es una autoridad municipal, será competencia del juez municipal del lugar; y, *(iv)* si el accionado es un particular, será competencia del juez. En todos los casos con posibilidad de apelación y recurso extraordinario ante la Corte Constitucional.

83. Finalmente tenemos la acción de grupo o de reparación integral de los derechos humanos vulnerados definitivamente a grupos superiores en potencia a veinte personas. En estos casos la acción se interpondrá así: *(i)* si el responsable es autoridad nacional, la competencia será de la Corte Constitucional; *(ii)* si el accionado es autoridad del orden departamental, será competencia del tribunal constitucional del lugar donde ocurrieron las hechos; *(iii)* si por el contrario se demanda a una autoridad municipal, el competente será el juez constitucional del lugar donde ocurrieron las hechos; y, *(iv)* cuando se trate de acciones en contra de un parti-

cular será competencia del juez del lugar de los hechos. Igualmente con la posibilidad de recurso ordinario de apelación y extraordinario de revisión, que serán materia de otro estudio.

84. También deberá conocer de las impugnaciones en los incidentes de control de constitucionalidad tramitados con ocasión de la competencia subjetiva.

85. Finalmente deberá contemplarse también un nivel o dimensión supranacional de la justicia constitucional, cuya competencia se otorgue directamente en la Constitución y tenga por objeto proteger los derechos humanos contemplados en la CADH, cuando ello no se realice, no sea posible o su decisión se dilate injustificadamente o si su vulneración es irreversible, se obtenga una reparación integral. En el continente americano esta dimensión de la justicia constitucional le corresponde a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[42]

V. Control incidental de constitucionalidad o de convencionalidad

86. La doctrina del derecho procesal es unánime en considerar, que un incidente se tramita cuando debe resolverse algún asunto accesorio o diferente al planteado en la pretensión.[43] La controversia de competencia objetiva o subjetiva de constitucionalidad dentro de un proceso ordinario, a pesar de ser muy importante, no deja de ser accesoria a la pretensión del proceso, razón por la que deberá resolverse en una vía incidental prejudicial a la sentencia. Esto significa que deberá adelantarse antes de la sentencia definitiva, so pena de precluir la oportunidad, a menos que la vulneración constitucional se produzca en la sentencia o se declare la nulidad de la misma por el juez superior, quien deberá ordenar el trámite incidental, para que cumplido lo anterior se profiera la sentencia de mérito.

---

42 *Cfr.* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés y BELTRÁN GRANDE, Diana Johanna, "La justicia constitucional y su modelo transnacional", en VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Direc. Cient.), *Derecho procesal constitucional*, t. III, vol. I, Bogotá, VC Editores y ACDPC, 2012, pp. 101-137.

43 *Cfr.* FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Santiago de Querétaro, Fundap, 2002, p. 33; CAPPELLETTI, Mauro, *La pregiuzialitá constituzionale del processo civile*, Milán, Giuffré, 1957, pp. 50-59. El profesor mexicano citado indica que "…siempre que la cuestión respectiva sea planteada por las partes o por el juez que conozca de una controversia concreta, lo que de manera incorrecta se ha calificado como 'vía de excepción', pero que los procesalistas italianos han denominado con mejor técnica como 'cuestión prejudicial' (incorpora la misma cita de Cappelletti) si se toma en cuenta que el problema de la inconstitucionalidad debe considerarse como un aspecto incidental (desde el punto de vista procesal) de la controversia principal en la cual se plantea".

87. Este incidente se caracteriza por ser competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria y/o de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (en adelante jueces ordinarios), los funcionario del Poder Ejecutivo e incluso particulares responsable de tramitar un proceso jurisdiccional o administrativo.

88. Jurisdiccionalmente, este incidente tiene por objeto tramitar una cuestión de constitucionalidad dentro de los procesos tramitados ante la jurisdicción ordinaria y/o de lo contencioso administrativo (en adelante proceso ordinario) e incluso de la constitucional. Dicho de otra manera, este incidente tiene por objeto efectuar una suerte de control concreto de constitucionalidad, por el juez ordinario, cuando surja una controversia constitucional de carácter objetivo o subjetivo.

89. Resulta imprescindible tramitar este incidente de control de constitucionalidad, ya que determinar si una ley es inaplicable en el caso concreto, así como la vulneración de los derechos fundamentales de las partes en el proceso ordinario, debe ser prejudicial o anterior a la sentencia que le pone fin a tal proceso, es decir, se trata de una decisión "*incidenter tantum*".[44]

90. Sin embargo, en Colombia no se ha establecido un procedimiento o método claro de aplicación judicial, lo cual ha llevado a un escaso número de decisiones de excepción de inconstitucionalidad o de protección de los derechos fundamentales directamente en el proceso, toda vez que las partes no saben cómo proponerlo y el juez no sabe cómo iniciarlo, tramitarlo ni resolverlo. Esta ausencia de procedimiento ha impedido que se desarrolle un verdadero incidente de control de constitucionalidad como debería ser y ha generado una suerte de inseguridad para las partes, como quiera que la excepción de inconstitucionalidad (inaplicación de la ley inconstitucional) se decreta en la sentencia.

91. En tratándose de protección de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, también se ha desaprovechado este valioso instrumento procesal, por lo que se ha venido utilizando la acción de tutela contra providencias judiciales, la cual ha generado los denominados "*choques de trenes o guerras entre cortes*", inseguridad jurídica por atentarse contra el principio de la cosa juzgada, pero sobre

---

[44] *Cfr.* DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso,* 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Universidad, 2004, p. 489. El citado autor indica que "[s]e entiende por decisiones *incidenter tantum* las que deben ser adoptadas en el curso del proceso y antes de la sentencia que le pone fin a la instancia (entre nosotros mediante autos interlocutorios y en Italia por las llamadas sentencias interlocutorias) sobre cuestiones que las partes proponen y cuya decisión previa es indispensable para llegar normalmente a la sentencia, pero sin valor de cosa juzgada. Tales decisiones preparan el pronunciamiento de la sentencia para que sea posible. Es lo que Chiovenda y Menestrina llaman 'cuestiones prejudiciales', que se resuelven por incidente u otros trámites previos sin efectos de cosa juzgada".

todo ha puesto al juez, director del proceso, como demandado en otro proceso (constitucional). Por lo expuesto, la presente investigación tiene por objeto evidenciar la necesidad de adelantar el citado incidente en el proceso ordinario y analizar el carácter de su decisión.

92. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó que todos los jueces de derecho interno, deberán realizar una suerte de control de convencionalidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y las normas de derecho interno,[45] incluso *ex officio*.[46] De conformidad con lo expuesto, si una norma de derecho interno contradice la CADH, deberá preferirse ésta, razón por la cual, creemos que debe para tal efecto adelantarse el mencionado incidente de control, en este caso de convencionalidad.

En conclusión, la consagración de un incidente de control de constitucionalidad, equivale a dotar al proceso ordinario de un método o procedimiento necesario para lograr la efectividad de la justicia constitucional por los jueces no especializados en esta materia, el cual creemos debe ser sumario, oral y concentrado, con el fin de hacer de esta justicia una justicia real acorde con el Estado Social de Derecho[s].

1. *Naturaleza objetiva del control incidental de constitucionalidad o de convencionalidad*

94. El incidente de control de constitucionalidad será de carácter *objetivo*, cuando el objeto del mismo sea inaplicar una ley, exclusivamente en el caso concreto, cuya decisión final produce efectos *inter partes*.[47]

95. No debe olvidarse que la ley (en general las normas con rango de ley) están amparadas por el principio de presunción de constitucionalidad, según el cual se reputan constitucionales, mientras la autoridad competente no la declare inconstitucional.[48] Lo expuesto significa que todos los jueces o funcionarios debe-

---

[45] Caso *Almonacid Arellano contra Chile*, 2006. Allí se declaró la invalidez del decreto de amnistía (ley 2191 de 1978), que se refería al perdón de los crímenes realizados en la época de Pinochet, entre 1973 y 1978. *Cfr.* FERRER MAC-GREGOR, "La inconstitucionalidad por omisión", en MANILI, Pablo Luis (Coord.), *Marbury vs Madison*, *op. cit.,* p. 106.

[46] Caso *Trabajadores cesados del Congreso contra Perú.*

[47] Este incidente es diferente del modelo italiano. *Cfr.* ROLLA, Giancarlo, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lima, Grijley e IIDC (Sección Peruana), 2008, capítulo titulado "Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales", pp. 89-123.

[48] Corte Constitucional (Italia o Colombia), Tribunal Constitucional (Alemania, España o Perú), Salas Constitucionales en la Corte Suprema de Justicia o Tribunal Supremo de Justicia (Costa Rica, Venezuela o Colombia entre 1968 y 1991), Cortes Supremas que actúan como Tribunal Constitucional (México o Argentina). *Cfr.* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica,* Santiago de Querétaro, Fundap, 2002.

rán aplicar la ley que no haya sido declarada inconstitucional, so pena de incurrir en prevaricato por omisión. Incluso, la no aplicación de la ley es causal para adelantar los llamados recursos extraordinarios, tales como la casación.

96. No obstante lo anterior, puede suceder que una ley sea inconstitucional solamente en el caso particular o concreto, dadas las vicisitudes del proceso, o porque aún no ha sido demandada ante la Corte Constitucional (en el caso colombiano). En estos eventos el juez por excepción no aplica la ley que se presume constitucional, precisamente por ser inconstitucional en el caso concreto, por tal razón se le ha denominado "*excepción de inconstitucionalidad*".[49] Para llegar a esta conclusión, debe adelantarse un debido proceso que permita a las partes y terceros presentar argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley objeto del incidente, así como una decisión específica y especializada de constitucionalidad, donde los argumentos y razonamientos sean contundentes.

97. En efecto, cuando no se toma una decisión prejudicial "*incidenter tantum*", en materia constitucional dentro de un proceso ordinario, origina una falta de claridad o desorden jurídico en la sentencia. Recuérdese que la sentencia en el proceso ordinario, debe referirse a las excepciones y pretensiones (principio de congruencia), pero cuando se aplica la excepción de inconstitucionalidad directamente en la sentencia, el objeto de la misma será la inaplicación de la ley inconstitucional. Cuando esto sucede, se presentan varios problemas, que resaltaremos a continuación.

98. El primer problema jurídico procesal, es que la sentencia vulnera el principio de congruencia, por ello es que debe tramitarse previamente a la sentencia un incidente de control de constitucionalidad, en el cual el juez realice dicho control de constitucionalidad de la ley para el caso concreto, de tal suerte que cuando deba proferir la sentencia, la misma únicamente se refiera al problema ordinario definido por la pretensión y excepción, toda vez que la controversia constitucional o cuestión de confrontación de constitucionalidad de la ley ya fue resuelto. Ahora, si resuelve la cuestión de constitucionalidad primero y luego las pretensiones y excepciones, ¿la apelación se referirá a los dos problemas?, ¿quién los resuelve? Por ello es que previamente deberá resolverse el problema constitucional.

99. El segundo problema presentado, es que no existe (al menos en este modelo) la posibilidad de ejercer una defensa de la constitucionalidad de la ley, toda

[49] En el derecho italiano o español, al decir de Piero Calamandrei, "el juez ordinario es la puerta de entrada a la jurisdicción constitucional", es decir, no tiene poder de decisión, sino el poder de accionar la jurisdicción constitucional. En Colombia en cambio, el juez ordinario sí tiene poder de decisión.

vez que en la sentencia solamente declaran la excepción de inconstitucionalidad, pero al ser en la providencia final, resulta imposible defender la constitucionalidad de tal ley.

100. El anterior problema es el origen del tercero de los evidenciados, el cual se presenta cuando la excepción de inconstitucionalidad se aplica en una sentencia susceptible de apelación. ¿Qué se apela: *(i)* el tema ordinario; o, *(ii)* el tema constitucional? En esta hipótesis el apelante en principio descuida el tema ordinario, porque tendrá que argumentar por qué la ley inaplicada sí era constitucional. ¿Si lo expuesto llega a prosperar, qué pasa con el tema ordinario, es decir, con el tema relacionado con la pretensión-excepción? La respuesta es evidente, se profiere una sentencia que no resuelve el problema jurídico planteado en el proceso. ¿Debe el juez de segunda instancia resolverlo? Creemos que no, porque en definitiva no habría en realidad una sentencia de primera instancia, ya que ella no se fundamentaría en la ley aplicable al caso, es decir, nunca se resolvió el problema y el juez de segunda instancia sería en realidad el de primera, lo cual vulneraría otro derecho fundamental constitucional: el de la doble instancia, toda vez que esta última decisión tendría el carácter de segunda instancia, pero en verdad sería de primera. Ello si se acepta la apelación, como quiera que la doctrina especializada indica que "*la decisión no se podrá recurrir ante juez o tribunal superior*",[50] tesis que no podemos compartir.

101. Un cuarto problema lleva a confundir el tema de la excepción de inconstitucionalidad con el principio *iura novit curia*. En efecto, este principio permite al juez cambiar el fundamento jurídico de la pretensión y será constitucional, cuando el fundamento jurídico de la sentencia es constitucional, mientras que el fundamento de la pretensión es legal e inconstitucional. Esto puede suceder cuando se demanda la nulidad de un acto administrativo con fundamento en la ilegalidad de la ley base del acto administrativo, pero el juez resuelve declarar la nulidad del acto con fundamento en su inconstitucionalidad y no en la supuesta ilegalidad argumentada en la demanda. Esto es posible, toda vez que la Constitución es ley de leyes, a pesar de enseñarse que la justicia administrativa es regada; cuando la Constitución pueda fundamentar una decisión, la misma debe aplicarse, pero reiteramos, aquí hablamos de la aplicación constitucional del principio *iura novit curia*, no de una "*excepción de inconstitucionalidad*".[51]

---

50 Rey Cantor, Ernesto, *El derecho procesal constitucional*, *op. cit.*, p. 116.

51 Es necesario reiterar que, cuando en aplicación directa de la Constitución se varía el fundamento indicado por el actor, no hablamos de un control de constitucionalidad por vía de excepción, sino de la aplicación del principio *iura novit curia*.

102. Asimismo, alguna parte de la doctrina concibe a la excepción de inconstitucionalidad como "*un medio de defensa*", tal vez porque desde la teoría general del proceso así se identifica el concepto excepción.[52] Esta tesis no la podemos compartir, toda vez que dejaría sin posibilidades constitucionales al demandante y a los terceros en un proceso y restringiría su ejercicio al término establecido para el traslado de la demanda.

103. Por ello reiteramos que la excepción de inconstitucionalidad, debe ser el fundamento de una decisión prejudicial que permite remover un obstáculo legal, que conduzca a una decisión inconstitucional, tal vez una sentencia inhibitoria, la cual negaría derechos constitucionales como el de acceso a la justicia o el de primacía del derecho sustancial.

104. Por ejemplo, en el proceso civil de pertenencia es obligatoria la diligencia de inspección judicial en el predio objeto del proceso, pero si tal proceso versa sobre un inmueble que esté cubierto de agua o inundado por existir allí una represa, cuando se deba realizar la diligencia mencionada, salta a la vista la imposibilidad fáctica para ello, por estar el terreno objeto del proceso en la profundidad de las aguas. ¿Qué pasa si la diligencia no se puede realizar? Frente a esta situación el juez podrá proferir una sentencia inhibitoria, argumentando que le ley obligaba a realizar la diligencia de inspección judicial previa a la sentencia y que como fue imposible no podrá resolver de fondo la pretensión formulada.

105. Éste sería un ejemplo donde debe tramitarse el incidente de control de constitucionalidad, toda vez que deberá removerse el obstáculo que impide dictar sentencia, es decir, debe inaplicarse únicamente en este caso la ley (artículo 407 del Código de Procedimiento Civil) y aplicando directamente la Constitución en lo referente al acceso a la justicia y la primacía del derecho sustancia sobre las formalidades (art. 229 de la Constitución), pero previamente a la sentencia y mediante trámite incidental.[53]

106. Ahora, si el proceso de confrontación es entre la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y una norma de derecho interno, también deberá tramitarse este incidente y su nombre será incidente de control de convencionalidad; en realidad también de constitucionalidad, debido al bloque de constitucio-

---

[52] *Cfr.* BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto A. *De la interpretación legal a la interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 184; ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, 5ª reimp., Bogotá, Legis, 2012, pp. 429-434.

[53] Se denomina excepción de inconstitucionalidad, ya que por regla general el juez siempre deberá aplicar la ley, so pena de verse involucrado en un prevaricato por omisión, pero excepcionalmente podrá inaplicar la ley inconstitucionalidad. Se considera que para no incurrir en una vía de hecho, debe adelantarse tal incidente y en el fallo del mismo argumentarse razonadamente la decisión.

nalidad, pero si la controversia es entre una norma constitucional y una convencional, ahí sí será propiamente un incidente de control de convencionalidad.

2. *Naturaleza subjetiva del control incidental de constitucionalidad*

107. El incidente de control de constitucionalidad será de carácter *subjetivo*, cuando se pretende proteger algún derecho fundamental de las partes en el proceso ordinario, cuya decisión final produce efectos *inter partes*.

108. Este incidente puede ser la solución al traumático problema relacionado con la acción de tutela (amparo) contra providencias judiciales, causa de una metamorfosis nefasta: "*se pasa de un juez director del proceso ordinario a un juez demandado en un proceso constitucional*".

109. Y es nefasta esta metamorfosis, toda vez que se induce al juez a pensar como demandado y para nadie es un secreto que las partes en un proceso defienden su causa incluso en contra de la verdad, es decir, se ha puesto al juez a presentar argumento falaces e incluso mentirosos, hipótesis que ni siquiera puede analizarse sobre el juzgador. Por ello ningún juez en una acción de tutela ha reconocido haber vulnerado alguno de los derechos fundamentales del accionante y menos se preocupa por su protección, a pesar de la contundencia de las pruebas, lo cual es lógico, toda vez que ha sido acusado de arbitrario y si lo reconoce, deberá compulsársele copias para que se investigue penal y disciplinariamente. Y decimos que es nefasto, porque "*no puede inducirse al juez a pensar como litigante, ni al litigante podrá convertirse en juez transitoriamente*", como lo proponía la fracasada reforma a la justicia en Colombia.

110. Igualmente, ha sido desafortunada la posición que debe asumir la parte accionante, toda vez que para que prospere una acción de tutela contra una providencia judicial, debe presentarse una arbitrariedad judicial, lo cual lleva a todo accionante a argumentar en su escrito introductorio, que el juez ha sido arbitrario y que ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, es decir, incluso se induce y permite al litigante faltarle al respeto al juez, lo que contribuye a la degeneración del sistema judicial; pueden discutirse los argumentos presentados por el juez en sus providencias, pero no faltársele al respeto.

111. Por lo expuesto, si una parte ve que se le está vulnerando o amenazando uno de sus derechos fundamentales o humanos en el proceso ordinario, deberá solicitar su protección, tutela o amparo mediante la presentación de un escrito introductorio del incidente de protección constitucional o convencional, en vez de iniciarse una acción independiente de tutela, se tramitará y decidirá en una audiencia oral y concentrada, cuya decisión podrá impugnarse ante la jurisdicción constitucional especializada.

112. La competencia subjetiva, reiteramos, se presenta cuando una de las partes o un tercero en el proceso en el ordinario, ve vulnerado o amenazado uno de sus derechos fundamentales (generalmente el derecho al debido proceso), por lo que podrá formular dicho incidente para solicitar al juez como director del proceso su protección, cumpliendo los términos que se explicarán. Si no se protege los derechos en el auto que decida el incidente en primera instancia, podrá formularse una impugnación, la cual será tramitada y resuelta en segunda instancia por la jurisdicción constitucional especializada.

113. Si se acoge nuestro planteamiento, se acabarán las acciones de tutela contra providencias judiciales, ya que el instrumento procesal de protección de los derechos fundamentales en el proceso ordinario, será el incidente de protección constitucional.

3. *Trámite del incidente de control de constitucionalidad y/o de protección constitucional o convencional*

114. De conformidad con lo expuesto, el incidente de control de constitucionalidad o de convencionalidad deberá contemplar dos fases: *(i) escrita*, contentiva de la iniciación del incidente, avocación de la competencia y contradicción; y, *(ii) oral*, correspondiente a una audiencia concentrada de decisión, donde se exhibirán las pruebas, se presentarán los argumentos de conclusión y se proferirá la decisión interlocutoria que resuelva de fondo el incidente.[54] Este incidente deberá ajustarse a los siguientes actos procesales:

3.1. *Iniciación del incidente*

115. Podrá iniciarse de oficio o a petición de parte en cualquier etapa del proceso, anterior a la terminación del proceso, es decir, antes de proferirse sentencia de primera o segunda instancia, o antes de proferirse un auto interlocutorio que le ponga fin al proceso de forma anormal o alternativa.[55]

116. Se iniciará de oficio cuando el juzgador considere que va a inaplicar una ley o proteger un derecho no contemplado en otros trámites especiales (por ejemplo, los previstos en las nulidades procesales). De conformidad con el art. 129 de la ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, da a entender que solo puede

[54] Esto lo exige el artículo 1º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

[55] Sobre las formas anormales, excepcionales o extraordinarias de terminación del proceso, tales como la transacción o el desistimiento o la perención (así esta última se haya derogado), puede consultarse su concepción teórica en LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. I, parte general, 6ª ed., Bogotá, Ed. ABC, 1993, pp. 769-809.

iniciarse el incidente a petición de parte, por lo que deberá aclararse tal artículo, en el sentido que su iniciación también podrá ser de oficio.

117. En esta hipótesis deberá proferir un auto de apertura, donde indicará el objeto del incidente (si es de naturaleza objetiva o subjetiva). Si es de naturaleza objetiva, sucintamente deberá indicar la norma legal objeto de controversia y la supuesta norma constitucional vulnerada. Si es de naturaleza objetiva, los hechos u omisiones objeto de vulneración de los derechos fundamentales.

118. También podrá iniciarse a petición de parte. En este evento la parte incidentante, deberá presentar un escrito cumpliendo unos mínimos requisitos formales:

(i) Determinación del objeto del incidente: si es de naturaleza objetiva (control de constitucionalidad o de convencionalidad) o subjetiva (protección de derechos fundamentales o humanos);

(ii) si es de naturaleza objetiva, deberá transcribir la norma legal acusada o adjuntar prueba de su existencia, así como la norma constitucional o convencional que considera vulnerada;

(iii) Si es de naturaleza subjetiva, formular los cargos o argumentos sobre la inconstitucionalidad o inconvencionalidad;

(iv) La petición de lo que se pretenda hacer valer;

(v) Si es de naturaleza subjetiva, deberá indicarse el acto u omisión que vulnera o amenaza el derecho fundamental o humano;

(vi) La anunciación de las pruebas que se pretende hacer valer, si las hay.

3.2. *Providencia que avoca el incidente*

119. Si se ha iniciado de oficio, además de lo indicado, deberá correr traslado a las partes por tres días, para que presenten sus argumentos o anuncien las pruebas conducentes, pertinentes, útiles, etc., si las hay, para que sean presentadas en la audiencia concentrada de decisión.[56] La audiencia concentrada de decisión deberá señalarse dentro del término improrrogable de diez días contados a partir de este auto, so pena de ser causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo.

120. Si el incidente se inició a petición de parte, esta providencia deberá proferirse dentro de un término improrrogable de tres días, so pena de ser causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo y en ella se correrá traslado a la contraparte y terceros, para que dentro del término de tres días den respuesta al escrito de iniciación, si lo consideran necesario, y anuncie las pruebas que presentará en la audiencia concentrada de decisión, sin ninguna exigencia formal.

121. Ahora, si el incidente no reúne los mínimos requisitos formales exigidos, podrá inadmitirse, para que dentro del término de tres días se subsane por inci-

[56] Esto lo exige el artículo 1º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

dentante y se pueda proferir una decisión de fondo, proscribiéndose cualquier tipo de decisión inhibitoria. Si se subsana se avocará el conocimiento y se dará aplicación a lo indicado en el párrafo anterior.

122. Esta providencia debe notificase por estado, de conformidad con las reglas generales.

3.3. *Ejercicio del derecho de contradicción*

123. Dentro del término de tres días indicado en la providencia que avoca el conocimiento del incidente, las partes y terceros podrán presentar argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley objeto del incidente. Si es de naturaleza subjetiva, podrán presentarse los argumentos pertinentes y anunciar las pruebas que exhibirán en la audiencia concentrada de decisión.

124. Dada la informalidad que debe inspirar este incidente, junto a la celeridad, no se exige el cumplimiento de ninguna formalidad, simplemente quien desee ejercer el derecho de contradicción lo hará de la manera que considere pertinente. Tampoco debe exigirse la presentación de pruebas, únicamente que se indiquen o anuncien las que se utilizarán o presentarán en la audiencia concentrada de decisión.

3.4. *Decisión concentrada de decisión*

125. Como se indicó, esta audiencia debe realizarse imperativamente dentro de los diez días siguientes al auto que avoca el conocimiento del incidente, debiendo ser concentrada y oral, ello implica que una vez iniciada debe terminar.

126. Esta audiencia de decisión tendrá tres subetapas: *(i) probatoria*, donde se presentarán o exhibirán las pruebas anunciadas, si las hay, y se ejercerá el derecho de contradicción sobre las mismas, es decir, una vez presentadas se pondrán en conocimiento de la contraparte para que se pronuncie sobre las mismas, debiendo en todo caso, tomarse la decisión sobre cualquier tipo de objeción en la misma audiencia; *(ii) argumentos de conclusión*. En esta subetapa, las partes y terceros podrán concretar sus argumentos en una presentación oral que no exceda de veinte minutos. Esto es necesario, ya que sea cual fuere el argumento presentado por las partes, el juez de viva voz lo recepcionará, lo cual permite al juez tener un concepto claro de los hechos y argumentos, permitiéndole a su vez decidir en la misma audiencia; y, *(iii) decisión interlocutoria*. En la misma audiencia el juez resolverá de fondo el incidente, para lo cual podrá suspender la audiencia hasta por dos horas.

127. La decisión también será oral, pero concretará por escrito la parte resolutiva la decisión cuya parte considerativa o motiva se entenderá incorporada de manera virtual y de conformidad con lo dicho en la audiencia. La notificación de esta providencia será en estrados.

3.5. *Impugnación de la decisión*

128. Proferido el fallo puede suceder: *(i)* que las partes lo acepten, evento en el cual no vemos por qué no aceptar la competencia constitucional del juez ordinario en temas constitucionales; y, *(ii)* que alguna de las partes (o las dos) e incluso un tercero legitimado, no comparta la decisión que resuelve de fondo el incidente, evento en el cual debe aceptarse la procedencia de un mecanismo de impugnación, formulado ante el mismo juez que profirió la decisión, en la audiencia dada su notificación en estrados, pudiendo del término de tres días, fundamentar dicha impugnación. El juez del conocimiento o el funcionario administrativo se pronunciará sobre su concesión. Si no lo concede, se aplicarán las reglas ordinarias del recurso de queja; pero si se concede, deberá ser en efecto suspensivo, para lo cual remitirá el expediente al juez o tribunal competente de la jurisdicción constitucional para el trámite de la segunda instancia (no lo conoce su superior jerárquico). Esta providencia se notificará por estado.

129. Ahora, si la violación a la Constitución, vulneración o amenaza del derecho fundamental se presenta o evidencia en la sentencia, al no poderse tramitar el incidente de control o protección de constitucionalidad, podrá interponerse un recurso extraordinario ante el juez del conocimiento, quien como se explicó, se pronunciará sobre su concesión siguiendo las mismas reglas, pero se remitirá al funcionario jurisdiccional en materia constitucional de un grado superior al de su par jurisdiccional así: *(i)* si la sentencia la profirió un juez ordinario, el recurso extraordinario lo conocerá el tribunal constitucional competente; *(ii)* si la sentencia la profirió un tribunal ordinario, el recurso extraordinario lo conocerá la Sala correspondiente de la Corte Constitucional así: si es de naturaleza subjetiva, será la sala de garantía de los derechos fundamentales, pero si es de naturaleza objetiva, será competencia de la sala de garantía de la supremacía constitucional; y, *(iii)* si la sentencia es proferida por una alta corte, el recurso extraordinario en materia constitucional será competencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional.

130. Si la sentencia se pronunció de fondo en materia ordinaria y en materia constitucional, o simplemente se dieron los presupuestos indicados en esta última materia, podrán interponerse y tramitarse simultáneamente el recurso de la jurisdicción ordinaria y el recurso constitucional, bien sea ordinario o extraordinario.

3.6. *Trámite de la segunda instancia o del recurso extraordinario*

131. Recibido el expediente por la jurisdicción constitucional especializada, el juez, tribunal o Corte, decidirá si admite el recurso en un término imperativo de tres días. Si admite el recurso, convocará a una audiencia de decisión en segunda instancia, dentro de un término no superior a diez días, so pena de ser causal de mala conducta y destitución del cargo. Esta providencia se notificará por estado.

132. Dentro del término de ejecutoria de tal auto, las partes podrán solicitar las pruebas necesarias, de conformidad con las reglas establecidas por el actual art. 361 del C.P.C.

133. La audiencia de decisión de segunda instancia o la que resuelve el recurso extraordinario, será concentrada y oral, debiéndose tramitar las siguientes subetapas: *(i) pruebas* si se reúnen los presupuestos indicados en el numeral anterior; *(ii) argumentación de conclusión*, para la que las partes podrán exponerla oralmente durante máximo veinte minutos; y, *(iii) decisión oral*, para lo cual podrá suspenderse la audiencia hasta por dos horas. Esta decisión es definitiva, pero no hace tránsito a cosa juzgada.

134. En efecto, la segunda instancia del incidente de control de constitucionalidad o de convencionalidad, se conocerá por la jurisdicción constitucional así: si el incidente se adelantó por una alta Corte, la segunda instancia la conocerá la Corte Constitucional en la Sala de Defensa de la Supremacía Constitucional (si el incidente es de competencia objetiva) o la Sala de Defensa de los Derechos Fundamentales (si el incidente es de competencia subjetiva). Si el incidente se tramita ante un tribunal, la segunda instancia se tramitará ante el Tribunal Constitucional (regional, provincial, estatal o departamental), pero si se tramitó ante un juez, la segunda instancia la conocerá el juez constitucional.

VI. Conclusiones

135. Lo primero que debe resaltarse es que no debemos temer a tener una verdadera justicia constitucional y para ello debe implementarse un modelo multidimensional, tal como se ha sustentado.

136. Este modelo debe reglamentarse en un Estatuto de Justicia Constitucional (Código Procesal Constitucional), que precise el acceso a la justicia constitucional, sus alcances, modelo de jurisdicción constitucional base de nuestra propuesta, una parte especial dedicada a los procesos constitucionales e incidente de control de constitucionalidad o convencionalidad y una parte final dedicada a la jurisdicción constitucional supranacional.

137. Es necesario implementar la oralidad en la justicia constitucional y celeridad, toda vez que se requiere una justicia de cara a la realidad y acorde con el Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho, ordenado por el art. 1º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.[57]

[57] Dicho artículo prevé en la parte pertinente: "…las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Ésta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias en procura de una unificación de los procedimientos judiciales y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos…"

138. Es necesario implementar un modelo mixto de origen dual, que permita una justicia constitucional integral, en su naturaleza objetiva y subjetiva. En este orden de ideas, se requiere implementar una jurisdicción constitucional especializada y paralelamente implementar procedimentalmente un incidente de control y protección constitucional en la jurisdicción ordinaria.

Su redacción final se concluyó en Pisa, Italia, en enero de 2013

Los desafíos del Estado de Derecho

Recursos e intervención jurisdiccional en la delimitación de los derechos fundamentales[1]

Luis-Andrés Cucarella Galiana[2]

SUMARIO: I. Introducción. II. La Jurisdicción es la llamada constitucionalmente a tomar la decisión sobre la esterilización de disminuidos psíquicos: exclusión de la intervención administrativa. 1. Incidencia del texto constitucional. 2. Derecho fundamental a la integridad física y su limitación judicial. III. Garantías constitucionales para la limitación del derecho. 1. Primera garantía: Intervención judicial. 2. Segunda garantía: Necesaria solicitud de parte. 2.1. Concreción del momento. 2.1.1. En el proceso de incapacitación. 2.1.2. En expediente de jurisdicción voluntaria posterior al proceso. 2.2. Determinación de los sujetos legitimados activamente. 2.2.1. Cuando la esterilización se solicita en el proceso de incapacitación. 2.2.2. Cuando la solicitud de esterilización se presenta con posterioridad al proceso de incapacitación. 3. Tercera garantía: la concesión no tiene carácter automático. 4. Cuarta garantía: la necesaria intervención del Ministerio Fiscal. 5. Otras garantías: 5.1. Intervención de dos especialistas. 5.2. Exploración del incapacitado. 6. Recursos contra las decisiones adoptadas en el procedimiento.

I. Introducción

Uno de los desafíos básicos del Estado de Derecho, es el delimitar correctamente el papel que en el mismo desempeñan los tribunales. Vamos a poner de manifiesto que una de sus funciones básicas es la de proteger, delimitar y en su caso, limitar, los derechos fundamentales. En este punto, el Estado de Derecho se juega mucho de su credibilidad y buen funcionamiento. Deben ser los jueces, con las debidas garantías de independencia e imparcialidad, los que decidan sobre los aspectos que hemos señalado.

---

[1] El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación número de referencia DER2008-03240, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

[2] Profesor Titular de Universidad. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y Valencia, Área de Derecho Procesal. Universidad de Valencia (Estudio General)

Así, en este punto, vamos a prestar atención a un supuesto de limitación de un derecho fundamental que se regula en el ordenamiento jurídico español. En concreto, nos referimos a la posibilidad de que un juez pueda autorizar la esterilización de una persona disminuida psíquica, cuando ésta sea incapaz de auto determinarse en el plano sexual, y dicha medida se adopte en interés de dicha persona.

Para ello, debemos prestar atención al artículo 155 párrafo[3] primero de la Ley Orgánica 5/1995, 23 noviembre, del Código Penal español.[4] En él se prevé que en los delitos de lesiones "si ha mediado consentimiento válida, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados". Con esta previsión, se reconoce eficacia atenuatoria al consentimiento del sujeto pasivo en el caso de las lesiones,[5] estableciendo que "no será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz" (art. 155 párr. segundo CP).[6]

Sin embargo, el artículo siguiente contempla una serie de supuestos en los que el consentimiento del sujeto pasivo tiene eficacia eximente. En particular, el artículo 156 CP, en su primer párr., señala que "no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales".[7]

---

[3] A partir de ahora párr.

[4] A partir de ahora CP.

[5] No deben pasarse por alto las voces críticas en el seno de la doctrina penal respecto a la solución acogida en este artículo. En concreto, CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I (AAVV), VIVES ANTÓN, T. (coord.), Tirant lo Blanch, 1996, p. 805, afirman que "la solución no puede resultar más insólita: o la salud es un bien disponible y entonces el consentimiento ha de eximir de responsabilidad penal o no lo es y entonces no se explica la atenuación".

[6] Sobre la eficacia penal del consentimiento en las lesiones, véase, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de lesiones*, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 118-143; MARTÍNEZ RUIZ, J., "La problemática jurídico-penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual y de las esterilizaciones de incapaces", *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina* (Libro Homenaje al Prof. Dr. D. FERRANDO MANTOVANI), BENÍTEZ ORTÚZAR, I.; MORILLAS CUEVA, L.; PERIS RIERA, J. M. (coords.), Dykinson, 2005, pp. 409-416; SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J., "Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)", SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coord.), Granada, 1998, pp. 989-996; FERRERO HIDALGO, F. y RAMOS REGO, M. A., *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, Bosch, 1998, pp. 179-193.

[7] Sobre esta consideración, FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., "La autorización judicial para la esterilización de incapacitados. Factores legales y razón teleológica de la norma", *Actualidad Civil*, 1993, núm. 2, p. 379; CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al Código Penal…*, *op. cit.*, pp. 809-810; MARTÍNEZ RUIZ, J., *La problemática…*, *op. cit.*, p. 416.

En relación con el tema que va a ser objeto de análisis en esta ponencia, la citada disposición establece la norma general de que el consentimiento para ser esterilizado exime de responsabilidad penal. A dicha norma, se introducen varias excepciones. En concreto, que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, mediando precio o recompensa, o que el otorgante del mismo sea un menor o un incapaz. Para el supuesto de estas personas, ni ellas ni sus representantes pueden otorgar un consentimiento eficaz.

En este contexto, el artículo 156 párr. segundo CP prevé que "sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz".

Como puede apreciarse, esta disposición regula la posibilidad de que un juez pueda autorizar la esterilización de una persona que adolezca de una grave deficiencia psíquica. En este caso, la esterilización no será punible.

No pretendemos entrar en el análisis de las diferentes cuestiones o controversias que puede suscitar esta regulación.[8] Nuestro objetivo es centrarnos en el análisis de las cuestiones procesales más relevantes que suscita la lectura e interpretación del artículo 156 párr. segundo CP. En particular, y centrándonos en el objeto de las garantías en la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la mesa en la que presentamos esta ponencia, pretendemos profundizar en el estu-

[8] En este sentido puede verse SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La esterilización de disminuidos psíquicos (un informe de Derecho penal comparado)*, PPU, Barcelona, 1988, pp. 11-14; JUANES PECES, A., "La esterilización de los deficientes mentales: aspectos sustantivos y procesales. Análisis del artículo 428 del Código Penal", *La Ley,* 1991-2, pp. 1165; FLORES PÉREZ, A., "Problema ético y jurídico en la esterilización del deficiente psíquico", en *La persona con retraso mental (incapacitación, tutela, matrimonio, esterilización, testamento, integración* (AAVV), Recopilación de las ponencias de las II Jornadas sobre Fundaciones Tutelares, Sevilla, marzo 1997, pp. 75-95; SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, Dykinson, 1998, pp. 5-13; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F. C., "La esterilización de incapacitados mentales y su calificación moral objetiva", *Cuadernos de Bioética,* 1994/4, pp. 361-367; CABANYES TRUFFINO, J., "La esterilización en los enfermos mentales. Casos clínicos y consideraciones éticas", *Cuadernos de Bioética,* 1995/2, pp. 1701-172; DOMPER BARDAJÍ, A.; MARTÍNEZ LEÓN, M.; VEGA GUTIÉRREZ, J., "La esterilización", *La Ley*, 1996-5, pp. 1411-1413; CAMARERO SUÁREZ, M., "Esterilización de incapaces y derecho a la integridad física", *Estudios en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, tomo I, Diputación de Castelló, 1999, pp. 159-167; SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "Aspectos éticos y jurídicos de la esterilización de personas con Síndrome de Down", *Anuario da Facultad de Dereito da Universidad de Coruña,* 1998, núm. 2, pp. 503-510; TEJEDOR MUÑOZ, F. J. y MARTÍNEZ BAZA, P., "Problemática de la legitimación activa en la esterilización de incapaces: el derecho de objeción de conciencia", *La Ley,* 2000-2, pp. 1702-1705.

dio del procedimiento y las garantías legalmente establecidas. Se trata de un supuesto en que la Jurisdicción ordinaria está llamada a proteger o limitar un derecho fundamental, y consideramos esencial concretar las garantías previstas, así como los recursos que proceden contra dichas decisiones.

II. La Jurisdicción es la llamada constitucionalmente a tomar la decisión sobre la esterilización de disminuidos psíquicos: exclusión de la intervención administrativa

1. *Incidencia del texto constitucional*

Como se ha podido apreciar, el artículo 156 párr. segundo CP atribuye a la Jurisdicción la decisión sobre la posible esterilización de un disminuido psíquico. Una primera cuestión que queremos tratar es la de si a la hora de regular esta cuestión, el legislador podría haber encomendado la decisión a un órgano de la Administración Pública, siendo posible, obviamente, su posterior revisión por un órgano jurisdiccional, o si por el contrario, debe ser la Jurisdicción la que en exclusiva sea la que decida al respecto.

Para resolver esta cuestión, podemos acudir a diferentes preceptos de la Constitución de 1978,[9] que fijan el contexto dentro del cual debemos encontrar la solución. Por un lado, el artículo 103.1 CE indica que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho". Por otro lado, el artículo 117 CE atribuye a los órganos jurisdiccionales la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), sin perjuicio de que estos órganos puedan ejercer otras funciones distintas siempre que se les atribuya por ley y en garantía de un derecho (art. 117.4 CE).

De acuerdo con el artículo 103.1 CE al que nos hemos referido, es evidente que la Administración Pública cuando actúa al servicio de los intereses generales, aplica el Derecho al caso concreto.[10] Dicha aplicación se lleva a cabo también por los órganos jurisdiccionales cuando juzgan *ex* artículo 117.3 CE o cuando se les encomienda otra función distinta a la de juzgar, *ex* artículo 117.4 CE. En este punto, por tanto, la actuación administrativa y la de la Jurisdicción coinciden.[11] Esta

[9] A partir de ahora CE.

[10] En este sentido, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción* (con JUAN SÁNCHEZ, R. y CÁMARA RUIZ, J.), Edisofer, 2006, pp. 160-162.

[11] Para un análisis de esta cuestión, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción* (con JUAN SÁNCHEZ, R. y CÁMARA RUIZ, J.), *op. cit.*, pp. 157-160.

situación es lo que ha conducido a los estudiosos del Derecho Procesal a intentar establecer las diferencias entre la actuación del Derecho llevada a cabo por la Jurisdicción y por la Administración Pública. La razón es clara. De acuerdo con el texto constitucional, la labor de juzgar y la de administrar son diferentes y se atribuyen a distintos poderes políticos del Estado. Por ello, debe concluirse que aunque la Administración y la Jurisdicción apliquen el Derecho al caso concreto, hay diferencias esenciales entre un actuar y otro.[12]

Una de las diferencias que se apuntan guarda estrecha relación con el tema que nos ocupa. Cuando nos enfrentamos a la posible esterilización de un disminuido psíquico, estamos hablando de la limitación de un derecho fundamental de esa persona y de acuerdo con la CE, la aplicación del Derecho al caso concreto cuando se trata de este tipo de limitación, necesariamente debe llevarse a cabo por la Jurisdicción. Es decir, se trata de un supuesto clarísimo en el que la Administración no puede actuar, ni siquiera permitiendo que posteriormente la Jurisdicción controle la aplicación del Derecho llevada a cabo por el órgano administrativo.[13] La aplicación del Derecho al caso concreto debe necesariamente llevarse a cabo *ab initio* por la Jurisdicción.

Es cierto que la CE no contiene ninguna previsión expresa acerca de si el derecho fundamental a la integridad física puede ser limitado mediante esterilización, ni tampoco hay referencia a quien habría que atribuir esa decisión. Sin embargo, la CE nos ofrece el contexto normativo adecuado en el que podemos ubicar esta limitación del derecho fundamental. En concreto, la lectura de los artículos 17.2, 18.2, 18.3, 20.5 y 22.4 CE, pone en evidencia que en los casos en los que se pretenda la limitación de algún derecho fundamental, la decisión solamente puede tomarla la Jurisdicción.[14]

---

[12] Para un estudio de estas diferencias, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción* (con JUAN SÁNCHEZ, R. y CÁMARA RUIZ, J.), *op. cit.*, pp. 163-174.

[13] Existen una serie de materias, entre ellas las relativas a la posible limitación de derechos fundamentales, que conforman el núcleo irreducible de asuntos en los que la Jurisdicción es la que necesariamente debe aplicar el Derecho al caso concreto. Véase en este sentido, PEDRAZ PENALVA, E., "Sobre el Poder Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial", en *Constitución, Jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, p. 178, en la que afirma que "existe un núcleo de atribuciones constitucionalmente fijado, que supone un límite para el poder legislativo ordinario —y consecuentemente para el ejecutivo en todo caso—, integrándose tal núcleo, genéricamente, por las materias relativas a la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 24 CE y 7 LOPJ), control de la potestad reglamentaria y legalidad de la actuación administrativa (arts. 106 CE y 8 LOPJ), y protección de derechos e intereses legítimos (arts. 24 CE y 7.3 LOPJ, explicitándose en este último tanto individuales como colectivos)".

También, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción* (con JUAN SÁNCHEZ, R. y CÁMARA RUIZ, J.), *op. cit.*, pp. 169-170.

[14] Véase en este sentido, ORTELLS RAMOS, M., "Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional", en *Medidas restrictivas de*

El contexto determinado por estos artículos permite adoptar la interpretación acertada cuando se trata de limitar cualquier otro derecho fundamental para el que la CE no prevé expresamente si puede ser objeto de limitación o en su caso, qué tipo de órgano es el que deba decidir sobre la misma.[15] De este modo, si el legislador ordinario toma la decisión de permitir la esterilización de disminuidos psíquicos —como así ha ocurrido— la decisión debe corresponder con carácter exclusivo y excluyente a los órganos jurisdiccionales, dado su papel garantista.[16]

2. *Derecho fundamental a la integridad física y su limitación judicial*

Como ya hemos apuntado, el derecho que se limita cuando se pide a la Jurisdicción autorización para esterilizar a una persona, es el de su integridad física. El derecho se prevé en el artículo 15 CE. En concreto, este artículo dispone que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra". Nada prevé este artículo sobre la naturaleza del órgano —judicial o administrativo— al que pueda encomendar la decisión sobre la posible esterilización de una persona, sin embargo, no cabe ninguna duda, a la vista de las consideraciones realizadas, de que esta atribución exclusivamente puede hacerse a la Jurisdicción.

---

derechos fundamentales (AAVV), Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, pp. 13-66. También ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción* (con JUAN SÁNCHEZ, R. y CÁMARA RUIZ, J.), *op. cit.,* p. 169.

[15] Así ocurre, por ejemplo, en el caso de limitación del derecho a la libertad deambulatoria en los supuestos de internamiento de personas por razón de trastorno psíquico (art. 763 Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil —a partir de ahora LEC—). Si el internamiento no es urgente, la autorización judicial debe ser previa. Ahora bien, si existen razones de urgencia, una vez realizado "el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal" (art. 763.1, segundo párrafo LEC).

Sobre este procedimiento, ORTELLS RAMOS, M. y CUCARELLA GALIANA, L. A., "Proceso Civil Práctico", t. IX, *La Ley*, 2001, pp. 2-145/2-152.

[16] Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El consentimiento y la esterilización de los incapaces", *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, núm. 44, p. 344; SOBREMONTE ANDRÉS, B. C., "Comentario al artículo 156 del actual Código Penal. Esterilización de incapaces", *Revista General de Derecho*, 1998, núms. 646-647, p. 8853.

Si prestamos atención a la sentencia del Tribunal Constitucional[17] 215/1994, 14 julio,[18] en la misma se pone de manifiesto los aspectos que estamos analizando. Esta sentencia recayó como consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad promovida en su día respecto del artículo 428.2 último inciso del CP, introducido por la LO 3/1989, 21 junio.[19] Ahora bien, las afirmaciones que realiza sirven para la actual regulación.

El TC reconoce que la esterilización autorizada judicialmente afecta al derecho fundamental a la integridad física reconocido en el artículo 15 CE. En concreto, en el fundamento jurídico cuarto afirma:[20]

> Es indudable que la esterilización cuya autorización contempla la norma que examinamos afecta, en cuanto no puede existir el ejercicio de una voluntad propia, al derecho fundamental a la integridad física que consagra el art. 15 CE a los deficientes psíquicos concernidos por aquélla, puesto que se trata de una intervención corporal, resuelta y practicada sin su consentimiento, ablativa de sus potencialidades genéticas e impeditiva, por tanto, del ejercicio de su libertad de procreación, que se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10,1 CE.

III. Garantías constitucionales para la limitación del derecho

La STC 215/1994 a la que nos hemos referido, fija una serie de garantías que deben cumplirse en los casos en que se pretenda la esterilización de un incapacitado. Esas garantías son, en primer lugar, que sea la Jurisdicción y no otra autoridad

---

17 A partir de ahora STC.

18 Base datos El Derecho EDJ 1994/10563.

Dicha sentencia tiene además un voto particular del magistrado Gabaldón López, otro del magistrado González Campos al que se adhiere el magistrado Cruz Villalón, y otro más del magistrado Mendizábal Allende. Presenta, además, un voto concurrente del magistrado Gimeno Sendra.

19 En su día se publicaron diferentes comentarios a dicha sentencia. Al respecto, puede verse, SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "Alcance y significado de la constitucionalidad de la esterilización de incapaces (Exposición y comentario crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio)", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 12, 1994, pp. 333-401; VIDAL GIL, E. J., "Límites, notas y garantías de los Derechos fundamentales. La Sentencia 215/94 (TC) sobre la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica", *Anuario de Filosofía del Derecho,* XII, 1995, pp. 127-148; GARCÍA ARÁN, M., "Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos (Comentario a la STC 215/1994, de 14 de julio)", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 94, núm. 3, pp. 683-704; ASTUDILLO POLO, F. J., "El derecho a la integridad física y la esterilización de personas discapaces: comentarios a la sentencia 215/1994 del Tribunal Constitucional", *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas 1995, núm. 4, pp. 513-520; CAMBRÓN, A., "Acerca de la esterilización de deficientes", *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 1995, núm. 5, pp. 413-424; JAÉN VALLEJO, M., "Constitucionalidad de la esterilización de deficientes psíquicos graves", *Revista de Ciencias Jurídicas*, 1996, núm. 1, pp. 189-196.

20 A partir de ahora FJ.

a quien se encomiende la decisión sobre la esterilización. En segundo lugar, que esa intervención judicial esté supeditada a la petición que formule un tercero, sin que la Jurisdicción pueda adoptarla de oficio. En tercer lugar, que la decisión sobre la autorización de la esterilización no sea automática. Y en cuarto lugar, que en el procedimiento intervenga el Ministerio Fiscal.[21] Éstas son las garantías básicas, una vez concretadas las mismas, expondremos otras adicionales.

1. *Primera garantía: la intervención judicial*

El TC subraya el hecho de que la esterilización de un incapaz solamente puede ser autorizada por la Jurisdicción, en todo caso, reducida a supuestos concretos y excepcionales. Las razones en las que se apoya son las garantías de independencia e imparcialidad que rodean la actuación jurisdiccional, y en el hecho de que solamente podría haberse encomendado a la Jurisdicción esta decisión. En concreto, el TC afirma:

> Sobre las garantías que la norma establece, lo primero que hay que decir, saliendo al paso del recuerdo de las esterilizaciones abominables que apunta el auto, es que tal disposición, referida siempre a un supuesto concreto y excepcional, excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos, ya que la prevista en el precepto sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el Juez, es decir por la única autoridad a quien la Constitución confiere el poder de administrar justicia que, dotada de independencia y de imparcialidad, reúne no sólo las mayores garantías constitucionalmente exigibles, sino que son las únicas a quienes podría encomendar el legislador tan trascendente como delicada misión. La intervención judicial, por tanto, es inexcusable para que pueda otorgarse la autorización, no para que tenga que otorgarse, constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás.

2. *Segunda garantía: necesaria solicitud de parte*

Como se indica en la STC 215/1994, 14 julio, FJ 3º, la esterilización "sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima", añadiendo que ello es una de las garantías que rodean al procedimiento de esterilización. Si bien el TC se pronuncia en relación con la regulación anterior, sus palabras pueden aplicarse *mutatis mutandi* a la regulación actual. En concreto, afirma:

> La solicitud de quienes ostenten la representación legal del incapaz, sin la cual no se puede iniciar el procedimiento de autorización judicial, es la segunda garantía o requisito necesario que contempla el precepto: «cuando aquélla —la autorización— haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz». Por tanto,

[21] A partir de ahora MF.

sea cual fuere la gravedad de la deficiencia, ninguna esterilización ha de acordarse judicialmente de no existir la solicitud mencionada.

La doctrina también ha subrayado el hecho de que sea necesaria la petición de parte para que la Jurisdicción pueda autorizar la esterilización de un incapacitado.[22] El hecho de que la decisión judicial requiera el planteamiento previo de una solicitud de esterilización, nos lleva a analizar las cuestiones relativas al momento en que puede presentarse, y a las personas que tienen legitimación activa.

2.1. *Concreción del momento*

Estamos viendo que el artículo 156 párr. segundo CP permite que la solicitud de autorización para la esterilización pueda presentarse y acordarse en el mismo procedimiento de incapacitación, o bien, en un expediente de jurisdicción voluntaria tramitado con posterioridad a aquél. Por lo tanto, una mera interpretación literal de este precepto nos permite sostener que la solicitud de autorización puede presentarse de manera acumulada a la pretensión de incapacitación, o bien, una vez que haya recaído sentencia de incapacitación, a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

2.1.1. *En el proceso de incapacitación*

El primer supuesto está contemplado en el artículo 156 párr. segundo CP, al indicar que la solicitud puede presentarse "en el mismo procedimiento de incapacitación". Ahora bien, esta regulación debe hacerse compatible con la regulación procesal general.

De conformidad con la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil,[23] que es la ley procesal civil por excelencia en España, la pretensión de incapacitación debe sustanciarse por los trámites del juicio verbal "pero el Secretario judicial dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal […], y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente Ley" (art. 753 LEC).

Al permitir que junto con la pretensión de incapacitación pueda acumularse la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria, se introduce una excepción a la norma general prevista en el artículo 1823 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881,[24] que es la ley procesal civil anterior a la LEC, pero que en los aspectos relativos a jurisdicción voluntaria sigue todavía en vigor. En ese artículo se

---

22 Puede verse al respecto FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., "La autorización judicial para la esterilización…", *op. cit.*, p. 383.

23 A partir de ahora LEC.

24 A partir de ahora LEC/1881.

prevé que "los expedientes sobre actos de jurisdicción voluntaria no serán acumulables a ningún juicio de jurisdicción contenciosa".[25]

2.1.2. *En expediente de jurisdicción voluntaria posterior al proceso de incapacitación*

El artículo 156 párr. segundo CP no impone la obligación de que la solicitud de autorización para la esterilización se presente junto con la pretensión de incapacitación. Nada obsta a que aquella petición sea presentada una vez que se haya dictado la correspondiente sentencia, siempre y cuando, obviamente, la misma sea favorable a la incapacitación y ésta sea debida a graves deficiencias psíquicas en los términos que ya hemos estudiado.

2.2. *Determinación de los sujetos legitimados activamente*

De la mano de la concreción de los momentos en los que puede presentarse la solicitud de esterilización, debe ir el estudio de los sujetos que pueden solicitarla.

2.2.1. *Cuando la esterilización se solicita en el proceso de incapacitación*

Desde nuestro punto de vista, desde el momento en que el legislador permite la solicitud de autorización para que la esterilización pueda presentarse de manera conjunta a la pretensión de incapacitación, es posible sostener que las mismas personas que pueden instar esta declaración, pueden pedir la esterilización. La referencia al representante legal del incapaz que se hace en el artículo 156 párr. segundo CP solamente puede entenderse referida a los casos en los que haya tenido lugar la declaración de incapacidad y el subsiguiente nombramiento de dicho representante. Por este motivo, entendemos que la concreción de la legitimación activa para pedir la esterilización solamente se hace en el artículo 156 párr. segundo CP para el caso en que haya habido ya una declaración de incapacidad. En el caso en que dicha declaración no se haya producido, entendemos que rigen las normas generales aplicables al proceso en materia de capacidad.

De este modo, y a los efectos de concretar la legitimación activa, basta con remitirse al artículo 757 LEC. Así, siempre y cuando presenten de manera conjunta la demanda de incapacitación, podrán pedir la esterilización de un presunto incapaz, esta misma persona, su cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes y hermanos del presunto incapaz (art. 757.1 LEC). De igual modo, esa autorización puede instarse por el MF[26] (art. 757.2 LEC).

---

[25] Esta excepción no es algo extraño, pues el artículo 759.2 LEC también permite que a la pretensión de incapacitación pueda acumularse la solicitud de nombramiento del representante legal del incapaz.

[26] No compartimos la posición de FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., "La autorización judicial para la esterilización…", *op. cit.,* p. 383, en la que niega la posible legitimación del MF al tomar como único referente para concretar la legitimación activa, la referencia al representante legal del incapaz que se contenía en el derogado artículo 428 CP en relación con la esterilización de esta persona.

2.2.2. *Cuando la solicitud de esterilización se presenta con posterioridad al proceso de incapacitación*

Como hemos apuntado, en este caso la legitimación se concreta en el artículo 156 párr. segundo CP al señalarse que dicha esterilización podrá acordarse "a petición del representante legal del incapaz".[27] Sobre este requisito, se pronuncia la STC 215/1994, 14 julio, en el FJ 3º, con las siguientes palabras:

> La solicitud de quienes ostenten la representación legal del incapaz, sin la cual no se puede iniciar el procedimiento de autorización judicial, es la segunda garantía o requisito necesario que contempla el precepto: "cuando aquélla —la autorización— haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz" […]. En suma, pues, la necesaria iniciativa de los representantes legales del incapaz asegura que la medida no responderá a intereses o directrices exclusivos de los poderes públicos; la autorización del Juez garantiza que no responderá a intereses espurios de los referidos representantes.

3. *Tercera garantía: la concesión no tiene carácter automático*

Esta solicitud, obviamente, no tiene carácter automático, sino que el juez debe apreciar en el sujeto cuya esterilización se pretende "la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal"[28] que se pretende.

Si prestamos atención a la STC 215/1994, 14 julio, que hemos citado, el TC indica que la esterilización no estaría justificada, y por lo tanto, la limitación del derecho fundamental a la integridad física, cuando dicha esterilización pudiera comprometer de manera grave la salud o la vida del sujeto.[29] Es decir, esos aspectos exigen que en cada caso concreto, y atendidas las circunstancias personales, familiares y de cualquier tipo del disminuido psíquico, se valore si procede o no autorizar su esterilización.

También es interesante sobre esta cuestión las palabras del voto concurrente emitido a esta STC por parte del magistrado Gimeno Sendra, en el que se afirma que

> […] debe el Juez comprobar la existencia o no de una alternativa menos gravosa para el derecho a la integridad física, porque, si pudieran alcanzarse aquellos fines median-

---

Con todo, en la jurisprudencia puede encontrarse algún pronunciamiento en el que se admite la legitimación activa del MF para pedir la esterilización junto con la pretensión de incapacitación. Así puede verse en la SAP Islas Baleares (Sección 5ª), 210/1999, 30 marzo (BDAW AC 1999\4617).

[27] Sobre esta cuestión, JUANES PECES, A., "La esterilización de los deficientes mentales…", *op. cit.*, pp. 1168-1169; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., "La autorización judicial para la esterilización…", *op. cit.*, p. 383.

[28] STC 215/1994, 14 julio, FJ 3º.

[29] STC 215/1994, 14 julio, FJ 4º *in fine*.

> te medidas que no conlleven el sacrificio del derecho fundamental o que lo limiten en menor medida, no se justificaría la esterilización o habría el Juez de disponer, con carácter preferente, las intervenciones quirúrgicas reversibles frente a aquellas que producen la ablación total de la función reproductora.

Hemos querido hacer referencia a las palabras de este magistrado en la medida en que hemos encontrado en la jurisprudencia menor española, resoluciones en las que escudándose en el criterio de la proporcionalidad de la medida de esterilización, se deniega la misma. En este sentido, se sostiene que existen otros métodos anticonceptivos menos gravosos para el incapacitado. No obstante, recurridas esas resoluciones, y analizado el caso concreto, el recurso ha sido estimado, acordándose la esterilización que inicialmente se había denegado.

Así, por ejemplo, en ocasiones se ha desestimado la esterilización solicitada argumentándose que ese mismo objetivo puede alcanzarse mediante la ingesta por vía oral de los anticonceptivos, o su aplicación por vía parental. Sin embargo, cuando esas resoluciones se han recurrido en apelación, la AP ha acordado la esterilización inicialmente solicitada, al descartar que el tratamiento hormonal pueda ser la solución, al requerir la colaboración de la incapacitada que no siempre se da, o la misma no acontece con la periodicidad requerida.[30]

Así puede verse en la SAP Islas Baleares (Sección 5ª), 210/1999, 30 marzo,[31] FD 2º, en donde se afirma que:

> […] la Sala discrepa del razonamiento de la juzgadora de instancia sobre el particular y coincide con el sostenido por el Ministerio Fiscal y la recurrente, en el sentido de que es difícil hipotéticamente prever si en el futuro doña Rafaela R. mantendrá o no relaciones sexuales con su «novio», pero tal situación es perfectamente posible, atendida la forma en que dicha persona describe su relación con el mismo, con la consecuente posibilidad de embarazo. En cuanto a los anticonceptivos que actualmente toma, no cabe olvidar que doña Rafaela desconoce su finalidad y los considera como pastillas contra el dolor de estómago, y por tanto también de que deben tomarse de una forma periódica, precisando de una persona que controle su toma, pues probablemente de cesar en tal vigilancia podrían perder su efecto y producirse un embarazo, y más en el caso concreto en que la madre y representante legal del incapaz ya es muy mayor. Por tanto el riesgo de embarazo sin tal vigilancia es muy elevado en una persona en las circunstancias antedichas, aludiendo tal Sentencia del Tribunal Constitucional, a que en abstracto la anticoncepción por dicha vía puede resultar insuficiente por la vigilancia que implica, aparte de la posibilidad de que una represión absoluta de la sexualidad de la incapaz por parte de los vigilantes en atención a tal riesgo pueda lle-

[30] También puede verse el auto de la Audiencia Provincial (a partir de ahora AAP) Zaragoza (Sección 2ª) 205/2001, 9 abril, FD 4º (BDAW AC 2001\1068), AAP Barcelona (Sección 18ª) 15/2006, 19 enero, FD 2º (BDAW AC 2006\127).

[31] BDAW AC 1999\4617.

gar a oponerse a los principios constitucionales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE), al impedirle el ejercicio de su sexualidad.

También se ha tenido en cuenta en otras ocasiones, que la persona incapacitada no puede administrarse correctamente ese tratamiento. Así ocurre en al asunto sobre el que se pronuncia el AAP Barcelona (Sección 18ª) 125/2005, 14 junio,[32] FD 3º, en el que se afirma que:

> […] tampoco se comparte el razonamiento de la sentencia que estima suficiente la toma de pastillas anticonceptivas para evitar el riesgo de embarazo, pues como indica tanto el informe psiquiátrico como forense, la incapaz puede realizar determinados actos sin la ayuda de terceros, pero no puede realizar otros entre los que se destacan la toma de medicamentos y que se hace extensiva a la toma de cualesquiera otras pastillas, lo que requeriría un control continuado e indefinido en el tiempo hasta que perdiera su capacidad física de procreación. Por último, destacar que la enfermedad que padece y que ha conducido a su incapacidad no tiene carácter reversible, ni es susceptible de evolución positiva, de manera que resultaría injustificado someter a la incapaz a la ingesta de pastillas cuando existe un medio más eficaz y seguro que evita el riesgo de forma definitiva para el propio bien de la incapaz. En consecuencia, procede revocar el auto impugnado y acordar la autorización de la esterilización quirúrgica de la incapaz, todo ello de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal que se ha adherido al recurso planteado.

A estas dificultades también se ha añadido que sea adecuado este sistema, atendidos a los efectos secundarios que puede tener. Así puede apreciarse en el AAP Girona (Sección 2ª) 86/2005, 11 mayo,[33] FD 4º, en el que se afirma que:

> […] finalmente, la proporcionalidad de la medida de esterilización quirúrgica, ante la posibilidad de métodos de anticoncepción hormonal, bien sea oral o parenteral, es ponderada convenientemente por este Tribunal, ante el hecho de que determinadas alteraciones psíquicas graves suponen un importante obstáculo para la planificación anticonceptiva de la persona afectada, que en el presente caso no mantiene una orientación de tiempo y espacio. A este óbice de control personal de la planificación, se añaden los efectos secundarios de un tratamiento hormonal anticonceptivo, que dada la edad de Dolores, debería mantenerse durante más de veinte años hasta alcanzar la época de infertilidad; estos efectos secundarios que abarcan desde cefaleas y trastornos de peso, a otros menos frecuentes como dolor mamario, acné, alopecia, cambios emocionales…etc., unido a las contraindicaciones de su uso, como trastornos tromboembólicos, tumores hormono-dependientes, alteraciones hepáticas graves…etc.,

---

[32] BDAW JUR 2005\181199. También puede verse el AAP Bizkaia (Sección 3ª) 202/1998, 8 mayo, FD 2º (BDAW AC 1998\1074); SAP Asturias (Sección 4ª) 65/2000, 14 febrero, FD 7º (BDAW AC 2000\247).

[33] BDAW AC 2005\1203.

> hacen que, ante la perspectiva real de la situación, se considere más adecuada la esterilización quirúrgica, que en la actualidad se puede efectuar por métodos endoscópicos (laparoscopia) con limitado riesgo físico, que no presentan contraindicaciones, ni efectos secundarios, ni requieren controles específicos posteriores a la intervención, lo cual, a juicio de la Sala enerva las dudas sobre una eventual afectación de la normalidad física de la incapaz, que ha constituido el motivo de la denegación de la autorización en primera instancia.

También pueden verse otras resoluciones en las que se estima el recurso interpuesto contra la resolución en la que no se había acordado la esterilización y en la que se argumentaba que el mismo objetivo podría lograrse mediante la implantación de un chip en el incapacitado.

Al respecto, puede verse el AAP Álava (Sección 2ª) 15/2004, 10 marzo,[34] FD 1º, en el que se afirma:

> […] sus representantes legales son partidarios de un método irreversible como la ligadura de trompas que consiste en una única intervención con duración ilimitada, y que según el ginecólogo no provoca lesiones ni tiene porqué causar problema alguno en el futuro. Para implantar el método anticonceptivo de «chip» es necesario realizar anestesia local y después proceder al implante con una jeringuilla de gran tamaño, método que en una persona normal resulta sencillo, sin embargo, cuando se trata de personas incapaces, que no tienen lucidez en ningún momento resulta muy complicado, normalmente ponen obstáculos a la implantación por la forma de realizarlo. La alternativa sería poner anestesia general para que la paciente no fuese consciente de que el chip se le está implantando. El método del «chip» ya se intentó colocar en Remedios, desistiendo el ginecólogo ante la actitud nerviosa y negativa de la paciente, no consiguiendo el implante de forma adecuada. Así, el perito explicó que si es necesario realizar anestesia general para implantar el chip, sería más lógico aprovechar la circunstancia para realizar la ligadura de trompas, siendo este método de duración ilimitada y el único que puede resolver el problema de forma efectiva en el caso de Remedios. El ginecólogo declaró que en el caso de Remedios recomienda la ligadura de trompas, por tener una duración ilimitada, se trata de un método que dura toda la vida, Remedios no se tendría que preocupar más de un posible embarazo, ni tampoco sus padres. El método chip resulta de difícil aplicación como ya hemos dicho en casos de deficientes, y además, su duración es de tres años en el mejor de los casos, si la paciente no se lo mueve, lo que exigiría obligatoriamente dentro de tres años una nueva implantación y de nuevo con anestesia general por ser la única forma que se le puede colocar este método a Remedios debido a sus carencias.

---

[34] BDAW AC 2004\1870.

En relación con esta misma cuestión, puede verse también el AAP Álava (Sección 1ª) 37/2004, 10 junio, FD 3º (BDAW JUR 2004\279187).

4. *Cuarta garantía: la necesaria intervención del Ministerio Fiscal*

Se establece la necesidad de que intervenga en dicho procedimiento el MF.[35] Sobre esta intervención, la STC 215/1994, 14 julio, FJ 3º, afirma:

> […] el procedimiento en el que ha de resolverse el otorgamiento o denegación de la autorización solicitada cuenta con la preceptiva intervención del Mº Fiscal, quien, como es obvio, debe pronunciarse acerca de la concurrencia o no de los requisitos formales (previa declaración judicial de incapacidad y nombramiento de representante legal, fehaciencia de la petición de esterilización formulada por el mismo, emisión de los dictámenes de los especialistas y exploración del incapaz por el Juez) y materiales que antes se han indicado.

Debemos señalar que la intervención del MF prevista expresamente en el artículo 156 párr. segundo CP ya se desprende de la aplicación de las normas procesales generales. En este sentido, podemos distinguir según la esterilización se solicite de manera acumulada en el proceso de incapacitación, o con posterioridad al mismo.

En el primer caso, la intervención del MF puede venir determinada por diversas circunstancias. La primera, que sea él el que haya solicitado la incapacidad y por lo tanto, también la esterilización. Como hemos analizado, el MF tiene legitimación activa para instar la incapacitación *ex* artículo 757.2 LEC.

En el supuesto en que la incapacitación la haya solicitado cualquier otro de los sujetos legitimados activamente *ex* artículo 757-1 LEC, debe tenerse presente que "en los procesos sobre incapacitación […] será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes" (art. 749.1 LEC). Por este motivo, el artículo 753 LEC prevé que se dé traslado de la demanda al MF, emplazándole para que la conteste en un plazo de veinte días.

Si la esterilización se insta tras la sentencia de incapacitación, son de aplicación las normas generales sobre jurisdicción voluntaria previstas en la LEC/1881. Al respecto, el artículo 1815, párrafo primero LEC/1881, prevé que se oiga al MF "cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad". Para ello, "el Ministerio Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente" (art. 1815 párr. segundo LEC/1881).

5. *Otras garantías adicionales*

5.1. *Intervención de dos especialistas*

La intervención de estos especialistas va dirigida a que valoren si el sujeto cuya esterilización se pretende puede "elaborar una idea de lo que es ser madre o

[35] Sobre esta intervención, López Barja de Quiroga, J, "El consentimiento y la esterilización…", *op. cit.*, p. 348.

padre, elaborar una idea de lo que es tener una relación sexual con otra persona".[36] O de modo más completo, se puede entender que dichos expertos deberán concretar "las posibilidades que la persona discapacitada tiene de realizar una vida sexual, los riesgos que existan de embarazo, los riesgos de transmisión de enfermedades, la posibilidad de acudir a los métodos anticonceptivos, las posibilidades que los especialistas crean advertir de asumir la paternidad o la maternidad por parte del afectado".[37]

En definitiva, como se señala en el FJ 3º de la STC 215/1994, 14 julio, la intervención de estos especialistas se establece con el objeto de que informen "sobre la gravedad de la enfermedad psíquica del incapaz y sobre las consecuencias que para su salud física y mental podrá producir la esterilización".

Creemos que con la intervención de estos especialistas, se deben ofrecer al juez las pautas para que pueda valorar mejor cuál es el criterio rector del mayor interés del incapaz tal y como se prevé en el artículo 156 párr. segundo CP. Al hacer referencia a este criterio, el legislador penal huye de este modo de un sistema de indicaciones sobre la base de las cuales se pueda adoptar la decisión tal y como sí que se ha hecho en otros ordenamientos jurídicos.[38] Dichas indicaciones podrían ser tanto la médica,[39] la eugenésica,[40] o la social,[41] pero como señalamos, el legislador no se acoge a este sistema. Ello no quiere decir, obviamente, que el juez pueda decidir la esterilización del incapacitado sin razón alguna. En todo caso, esa decisión debe tomarse atendiendo al criterio que hemos subrayado del mayor interés del incapaz.[42] En todo caso, este criterio es el que marca la diferen-

---

36 FLORES PÉREZ, A., "Problema ético y jurídico…", *op. cit.*, p. 84.

37 FLORES PÉREZ, A., "Problema ético y jurídico…", *op. cit.*, p. 91.

38 Véase el estudio comparativo realizado por SILVA SÁNCHEZ, J. M., "La esterilización de disminuidos psíquicos…", *op. cit.*, pp. 48-74.

Una postura crítica al respecto puede verse en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de lesiones*, *op. cit.,* p. 163.

39 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El consentimiento y la esterilización…", *op. cit.,* p. 335, señala que la indicación médica "supone admitir la esterilización cuando mediante la misma se pretenda evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica del incapaz".

40 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El consentimiento y la esterilización…", *op. cit.,* p. 335, indica que "mediante la indicación eugenésica se permite la esterilización cuando pueda presumirse que la descendencia del incapaz nacerá con graves taras físicas o psíquicas".

41 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El consentimiento y la esterilización…", *op. cit.,* p. 336, señala que "la indicación social aparece referida a la imposibilidad del incapaz de mantener una maternidad o paternidad integrada, con los problemas que además ello implica".

42 Al respecto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El consentimiento y la esterilización…", *op. cit.,* pp. 337-338, sostiene que "es posible afirmar, desde una óptica constitucional, que las indicaciones médica, eugenésica y social se encuentran amparadas por la Constitución […]. En definitiva, al Juez no le puede bastar con la presencia de los requisitos formales, sino que es preciso que concurra también alguna indicación que permita concluir que la esterilización es una medida adecuada y proporcionada".

cia entre la esterilización acordada judicialmente *ex* artículo 156 párr. segundo CP y otro tipo de "esterilizaciones masivas o indiscriminadas, fruto de políticas sociales, demográficas o eugenésicas".[43]

No señala el artículo que estudiamos, la naturaleza de dichos especialistas, generando la discusión doctrinal acerca del carácter de los mismos.[44] De todos modos, atendida la enfermedad que padece la persona sobre cuya esterilización se está decidiendo y el hecho en sí mismo de la esterilización, parece razonable que uno de esos especialistas sea un médico psiquiatra.[45] Las dudas doctrinales surgen sobre todo en relación con la condición del otro especialista, encontrándose posiciones que sostienen que debería ser un médico forense o especialista en medicina legal,[46] o en otros casos, un ginecólogo,[47] neurólogo, o incluso también un psicólogo o pedagogo.[48] Con todo, está claro que no basta con la intervención de uno solo, y por otro lado, su intervención debe ir dirigida a constatar la concurrencia de las circunstancias que justifiquen la esterilización.[49] De este modo, compartimos las posiciones doctrinales que sostienen que la intervención de los dos especialistas es un mínimo impuesto legalmente, y que por lo tanto, nada impediría que pudieran solicitarse más de dos dictámenes.[50] Por esta vía, podrían solucionarse los problemas relativos al carácter del especialista que interviene para que el

---

También puede verse, LETE DEL RÍO, J. M., "La esterilización del deficiente psíquico", *Actualidad Civil*, 2002, núm. 1, p. 127.

43 SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "Aspectos éticos y jurídicos…", *op. cit.*, p. 505.

44 Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El consentimiento y la esterilización…", *op. cit.*, p. 348; TEJEDOR MUÑOZ, F. J. y MARTÍNEZ BAZA, P., "Problemática de la legitimación…", *op. cit.*, p. 1704; LETE DEL RÍO, J. M., "La esterilización…", *op. cit.*, p. 130; TAMARIT SUMALIA, J. M., *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal* (AAVV), QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), MORALES PRAT, F. (coord.), Thomson Aranzadi, 2008, p. 143.

45 FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., "La autorización judicial para la esterilización…", *op. cit.*, p. 384; SOBREMONTE ANDRÉS, B. C., *Comentario al artículo 156*…, *op. cit.*, p. 8852; LETE DEL RÍOJ. M., "La esterilización…", *op. cit.*, p. 130.

No obstante, también encontramos posiciones que sostienen que los dos especialistas deben ser psiquiatras, FERRERO HIDALGO, F. y RAMOS REGO, M. A., *Delitos de lesiones*…, *op. cit.*, p. 197.

46 FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., "La autorización judicial para la esterilización…", *op. cit.*, p. 384; LETE DEL RÍO, J. M., "La esterilización…", *op. cit.*, p. 130.

47 SOBREMONTE ANDRÉS, B. C., "Comentario al artículo 156…", *op. cit.*, p. 8852.

48 LETE DEL RÍO, J. M., "La esterilización…", *op. cit.*, p. 130.

49 Como indica SOBREMONTE ANDRÉS, B. C., "Comentario al artículo 156…", *op. cit.,* pp. 8852-8853, "los aspectos que deben abordar los informes periciales son: La gravedad de la enfermedad padecida, su irreversibilidad, otras medidas subsidiarias menos gravosas para la integridad física del enfermo, estado de salud general e incidencia de la intervención en la salud del incapaz y por último en qué beneficia la medida esterilizadora al paciente".

50 LETE DEL RÍO, J. M., "La esterilización…", *op. cit.*, p. 130.

juez pueda tomar la decisión sobre la posible esterilización que tenga en cuenta mejor la situación del incapacitado.

Si acudimos a la jurisprudencia menor, podemos encontrar resoluciones en las que los dictámenes que se solicitan son de un médico forense y de un psicólogo forense,[51] o de un ginecólogo,[52] por ejemplo.

---

[51] En este sentido puede verse SAP Islas Baleares (Sección 5ª), 210/1999, 30 marzo, fundamento de derecho 2º (BDAW AC 1999\4617) en el que se afirma que "los dictámenes aportados de un médico forense y del psicólogo forense son muy claros en el sentido de que doña Rafaela a consecuencia de su deficiencia psíquica, reconoce las partes de su cuerpo propiamente femeninas pero no las identifica como tales; sus conocimientos respecto a lo que concierne a la sexualidad son prácticamente nulos; desconoce lo que son las relaciones sexuales; ignora el significado de la menstruación y su función, del concepto de anticoncepción y qué son los anticonceptivos, y de cómo se produce la procreación; presenta una incapacidad psíquica para atender sus propias necesidades vitales, y por ende, una incapacidad para asumir una maternidad responsable y no se encuentra en condiciones de hacerse cargo de una posible descendencia. El médico forense califica a su deficiencia mental como «leve», crónica e irreversible, y a los efectos de la Seguridad Social como deficiencia mental media. En tal situación es preciso recordar que el aludido precepto señala como requisito la existencia de una «grave deficiencia psíquica», concepto que en la aludida Sentencia del Tribunal Constitucional se considera como «generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuyo representante legal promueve». Si nos atenemos a dicha interpretación, el dictamen pone de relieve que la deficiencia es grave, al menos en el ámbito de la sexualidad, con lo cual reúne dicho requisito".

También puede verse el AAP Álava (Sección 2ª) 21/2004, 30 marzo, FD 4º (BDAW AC 2004\1871), en el que se afirma que "«el retraso mental moderado», reconocido en sentencia judicial de incapacidad (f. 8), al que igualmente hace referencia el informe médico-psiquiátrico (f. 11) en el que se asegura que Maite es incapaz de asegurar un método anticonceptivo autónomo, coincidente este con el emitido por el Dtor. Pedro Jesús (f. 12), ampliado en la vista de alzada, quien ve limitada la posibilidad de otras medidas anticonceptivas «por las características de la paciente que le impiden una adecuada responsabilización en el uso continuado de cualquier otro método anticonceptivo reversible». Informes que, a su vez, resultan también coincidentes con el del médico-forense (f. 19), que señala que con el retraso mental moderado que padece Maite no puede aseverar que pudiera seguir de forma segura un método anticonceptivo, y que desde el Servicio de Ginecología se han intentado métodos menos cruentos que han sido rechazados por aquella y su tutor, para terminar concluyendo «que puede ser necesaria la ligadura de trompas como método de anticoncepción» (f. 20), método que, a su vez, viene concluyentemente en recomendar el propio informe realizado ante la Sala por el ginecólogo Dtor. Pedro Jesús al ponderar las circunstancias personales de Maite. La deficiencia psíquica que presenta ésta genera la imposibilidad de comprender aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuya autorización su representante promueve, recomienda su ginecólogo y el médico-forense y apoya la Asociación de Personas Discapacitadas de Álava, centro ocupacional y de tiempo libre a la que acude Maite".

[52] En este sentido, AAP Álava (Sección 1ª) 37/2004, 10 junio (BDAW JUR 2004\279187).

También puede verse el AAP Girona (Sección 2ª) 86/2005, 11 mayo, FD 3ª (BDAW AC 2005\1203) en el que se afirma que "se han emitido dictámenes por dos especialistas, en psiquiatría y en ginecología y obstetricia, de los que se desprende que Dolores está afecta del llamado síndrome

En el caso en que la esterilización se pretenda juntamente con la incapacitación, será de aplicación lo previsto en el artículo 759.1 LEC, debiendo tener en cuenta que, en este caso de manera expresa, se prevé que al menos uno de esos dictámenes sea emitido por un médico, pues el artículo citado *in fine* dispone que "nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal".

5.2. *Exploración del incapacitado*

Esta exploración o reconocimiento también se prevé expresamente en el artículo 156 párr. segundo *in fine* CP.[53] Como se indica, "es imprescindible que por el Juez se tenga un contacto directo con la persona incapaz, en el cual y debido a la inmediatez pueda reconocer aquellos elementos que le aporten datos necesarios para la toma de la decisión".[54]

En el supuesto en que la esterilización se pretenda de manera acumulada en el proceso de incapacitación, no debe pasarse por alto que el artículo 759.1 LEC

---

de Down; que tiene reconocida por el ICAS una disminución con una minusvalía del 75%, con las deficiencias de retardo mental moderado, alteración de la conducta, escoliosis dorsolumbar severa y otros rasgos físicos y psíquicos que configuran el diagnóstico principal motivo de su enfermedad.

Del dictamen del especialista en psiquiatría, complementado a instancia de este mismo Tribunal en esta segunda instancia, se desprende que la examinada Dolores es incapaz de comprender los aspectos básicos de la sexualidad, así como de la trascendencia de las prácticas sexuales y de sus consecuencias; que es incapaz de interpretar el hecho de la maternidad y de llevar a cabo una maternidad responsable, al no disponer de capacidad para dispensar los cuidados y atenciones propias de la relación materno-filial. Tampoco es capaz de entender el alcance de la medida de intervención corporal (esterilización quirúrgica) promovida.

Por su parte el dictamen del especialista en ginecología y obstetricia, tras indicar que desde el punto de vista ginecológico no aprecia signos patológicos en el aparato genital, ni anomalías en la distribución de los caracteres sexuales secundarios, considera a la incapaz apta biológicamente para la procreación; efectúa una exposición de los diferentes métodos anticonceptivos, así como del grado de eficacia y reseña que las capacidades cognitivas de Dolores, falta de razonamiento y previsión, no parece que permitan discernir el tipo de relación, ni poner límite a situaciones de eventual riesgo de abuso sexual, ni tomar medidas anticonceptivas que requieran su participación activa en la aplicación del método.

Por su parte el médico forense, expone que la falta de razonamiento y por tanto de previsión, hace posible el mantenimiento de relación sexual completa, y considera del todo aconsejable la esterilización quirúrgica para evitar un embarazo que no sería fruto de la conciencia y que la deficiencia mental haría inviable el adecuado cuidado del hijo".

[53] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El consentimiento y la esterilización…", *op. cit.,* p. 348, afirma que "la exploración del incapaz va dirigida a que el Juez por sí mismo aprecie la capacidad de la persona cuya esterilización se solicita".

[54] SOBREMONTE ANDRÉS, B. C., "Comentario al artículo 156…", *op. cit.,* p. 8853.

dispone que el tribunal deba examinar por sí mismo necesariamente al presunto incapaz.

6. Recursos contra las decisiones adoptadas en el procedimiento

El artículo 156 párr. 2 CP no establece cuál es el régimen de los recursos contra las resoluciones dictadas en el procedimiento de esterilización de disminuidos psíquicos. Este silencio posibilita la aplicación supletoria de la regulación procesal general de la LEC/1881, en materia de jurisdicción voluntaria. Así, el artículo 1819 LEC/1881 dispone que "las apelaciones se admitirán siempre en ambos efectos al que hubiere promovido el expediente". Por su parte, el artículo 1820 LEC/1881 dispone que "las apelaciones que interpusieren los que hayan venido al mismo expediente, o llamados por el Juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación, serán admitidas en un solo efecto".

Por último, debe tenerse presente que la sustanciación de las apelaciones a que nos hemos referido, se acomodarán a los trámites establecidos para las de los incidentes.

La lid constitucional

Patricio Alejandro Maraniello[1]

SUMARIO: I. Introducción. II. La lid constitucional. 1. Concepto y características. 2. Lid entre artículos de la CN. 3. Lid entre la CN y los TIJC. 4. Responsabilidad internacional. 5. Procedimiento. III. La complementariedad de los TIJC. IV. Juicio de comprobación. V. Diferencias entre el control de constitucionalidad y la lid constitucional. VI. A modo de conclusión.

I. Introducción

Toda interpretación de la Constitución Nacional debe tener en cuenta la letra, la finalidad y la dinámica de la realidad.[2]

A los efectos de desarrollar una correcta interpretación de los puntos señalados en el párrafo anterior, uno de los temas más significativos es, sin duda, el relativo a la voluntad del legislador o del constituyente.

Ante ello, no debemos olvidar que la voluntad se encuentra protegida por la integralidad, es decir, toda norma materia de análisis debe ser considerada en forma total y no parcial para conocer con exactitud la intencionalidad del normativizador en sus objetivos y fines. Pues, ante todo, es importante recordar que es menester dar pleno efecto a la intención del legislador.[3]

Al respecto, existe una máxima latina que dice "*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*", es decir, no cabe al intérprete hacer decir a la ley lo que la ley no dice. Del mismo modo, no podemos obtener de ella conclusiones diversas a las que consagra en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que sean.

De igual manera, no podemos, por vía de interpretación, realizar suposiciones sobre la voluntad del legislador o del constituyente ni tomar las falencias normativas como un olvido; de allí que la inconsecuencia o falta de previsión no se supo-

---

[1] Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

[2] Fallos 320:2701 (10/12/1997).

[3] Fallos 234:482; 295:1001, y otros.

nen ni en el legislador ni en el constituyente, y por esto se reconoce, como principio, que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones y adoptando como verdadero aquel que las concilie y las deje a todas con valor y efecto.

Ahora bien, pero qué ocurre cuando existe: 1) Lid —controversia— entre diversos artículos de la Constitución, o 2) Lid entre algún artículo de la Constitución y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (en adelante TIJC).

II. La lid constitucional

1. *Concepto y características*

La palabra lid proviene del latín *lis* o *litis,* que significa combate, pelea, disputa, contienda de razones y argumentos. Y precisamente en derecho la lid es un choque normativo donde existen argumentos y razones de ambas partes, donde el juez deberá resolver por algunas de ellas dentro de un todo.

En el ámbito constitucional, denominamos lid a todo conflicto interconstitucional, es decir, a aquellos que surgen dentro de la propia Constitución. Dichos conflictos pueden ocurrir entre diversos artículos de la Constitución Nacional (en adelante CN) o entre alguno de sus artículos y los tratados internacionales con jerarquía constitucional. En este último caso, debemos tener en cuenta la responsabilidad internacional que tal extremo podría acarrear para nuestro país.

Dejamos fuera de nuestro análisis los conflictos entre la Constitución Nacional y los tratados con rango superior a la ley (en adelante TSL) —enunciados en la primera parte del art. 75, inc. 22 y los tratados de integración del art. 75, inc. 24 de la CN—, pues a ellos, al estar en un rango inferior a la CN, los denominamos conflictos extraconstitucionales.

En el caso de no aplicar un artículo de la CN o de los TIJC alteraremos el antiguo pensamiento, en el que no puede presumirse que exista alguna cláusula de la Constitución que esté pensada para no tener efectos y, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisible, pero esta problemática la resolveremos en los puntos siguientes.

No cabe duda que deberá haber, como elemento esencial, un incontrastable y palmario argumento fáctico y jurídico para no tener en cuenta —en el caso concreto— una parte de la Constitución Nacional o de los TIJC. Allí los jueces deben considerar que el caso reviste una seria gravedad institucional que debe ser resuelta no ya de *ultima ratio* —como el control de constitucionalidad— sino de *extra ratio.* Y, precisamente, en todo argumento que no revista esta característica, la acción debería ser rechazada.

Los requisitos esenciales que debe tener una lid constitucional son los siguientes: 1) probar extrema necesidad, 2) tener una urgencia real y palmaria, 3) la decisión en el caso deberá ser necesaria, forzosa e ineludible —teoría de la inevitabilidad—, y 4) una contradicción entre artículos de la CN, de los TIJC, o entre la CN y los TIJC.

Ahora bien, controlados que fueran los requisitos esenciales de la lid constitucional, tendremos que efectuar una nueva y más renovadora visión a la inconsecuencia o falta de previsión, pues de algún modo ante un choque entre artículos constitucionales o entre la Constitución y los TIJC, estaremos siempre dejando de aplicar una parte de aquélla por ser contraria a otra de sus partes, cuya contradicción el constituyente no previó.

Estos choques constitucionales son más proclives que ocurran, precisamente, en países como la Argentina, donde se han realizado las reformas constitucionales como agregados o enmiendas y no como nueva Constitución; seguramente la contradicción puede darse, si tenemos en cuenta que a cada modificación constitucional se le incorporan pensamientos y opiniones que *aggiornan*[4] la Constitucion histórica.[5]

Esto se acentúa cuando las modificaciones constitucionales se elaboran sobre la base de las llamadas "cláusulas pétreas", donde no se permite una adaptación de los anteriores artículos constitucionales a los nuevos objetivos y designios.

2. *Lid entre artículos de la CN*

En cuanto a la lid entre artículos de la propia CN, debemos decir que en el camino hacia la solución no se pronunciará una derogación de un artículo de aquélla, pues esa tarea le atañe al Poder Constituyente, pero los Poderes Constituidos son quienes la interpretan y aplican sin ostentar facultades derogatorias constitucionales.

Pero en su función interpretativa y aplicadora un juez puede dejar de aplicar un artículo de la CN para aplicar otro; de hecho esto fue una tarea muy añosa realizada por la Corte Suprema de Justicia, en lo que hace a sopesar la aplicación de una parte de la Constitución. Tenemos por ejemplo, lo resuelto a mediados del

---

[4] *Aggiornamento* es una palabra italiana que significa "poner al día", "actualizarse", "renovarse". Fue uno de los términos clave que fueron utilizados durante el Concilio Vaticano II, tanto por los obispos y sacerdotes que asistían a las sesiones como por los medios de comunicación y vaticanistas que lo cubrían. Fue el nombre dado al programa pontificio de Juan XXIII en el discurso que pronunció el 25 de enero de 1959, y fue utilizado con espíritu de cambio y apertura de mente.

[5] Como lo es la Constitución histórica Argentina de 1853/60, considerada la quinta Constitución vigente más antigua del mundo.

siglo XIX en el *leading case* "Plaza de Toros", en el que existía un conflicto entre el derecho a comerciar libremente (art.14, CN) y la salud pública y el bienestar general (Preámbulo); allí la Corte se inclinó por este último.

3. *Lid entre la CN y los TIJC*

La CN y los TIJC forman parte de un todo, denominado "bloque constitucional", como una cadena sucesiva de elementos interconectados. De ahí que en materia de derechos humanos no exista más una pirámide constitucional en cuya cúspide esté la Constitución Nacional, sino un trapecio en cuyo punto más elevado se encuentran aquélla y los doce TIJC.

Sin perjuicio de ello, existen distinciones constitucionales enunciadas en el art. 75, inc. 22 (condiciones de su vigencia, complementariedad y no derogación de la primera parte de la CN), que nos llevan a separar la lid entre la CN y los TIJC de la lid entre la CN y los TSL.

Es decir, cuando estamos frente a una lid constitucional entre la CN y los TIJC debemos tener en cuenta las condiciones de la vigencia del tratado y que los tratados no derogan la Constitución, sino que son un complemento para mejorar los derechos humanos enunciados en ambos instrumentos.

Muy recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso del "aborto no punible" del 13/03/2012, en el considerando 7º ha dicho que

> …considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional)…

4. *Responsabilidad internacional*

Muchas veces se confunde esta problemática y se resuelve sobre la base de las jerarquías o de la supremacía, y esto resulta inexacto —como ya se dijo— si tenemos en cuenta que ambas tienen la misma condición.

Lo correcto en una lid constitucional sería resolverlo desde un análisis de armonización constitucional y no desde la supremacía constitucional, donde el juez debe decidir la inaplicabilidad del artículo de la Constitución o del tratado internacional con jerarquía constitucional al caso concreto planteado en la causa —al igual que el punto anterior—.

Mientras que si estamos frente al control de constitucionalidad se declara la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la norma infraconstitucional, con la sal-

vedad de que en algunas provincias dicha declaración produce la caducidad de la norma (Neuquén, Santiago del Estero). Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son *erga omnes*, ante una sola declaración que efectúe el tribunal, la norma queda derogada desde la publicación en el Boletín Oficial. En otros regímenes provinciales se exigen dos declaraciones consecutivas y la publicación de la sentencia en el mencionado Boletín (Chubut).

En la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 113, inc. 2º de la CN prevé que la declaración de inconstitucionalidad de la norma produce la pérdida de su vigencia, salvo que se trate de una ley y la legislatura la ratifique dentro de los tres meses contados a partir de la fecha de la sentencia declarativa, por el voto de los dos tercios de los miembros presentes; esta ratificación no altera los efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso.

Por otra parte, existe la posibilidad de una controversia entre la CN y los TSL; en este caso podrá declararse la inconstitucionalidad de la norma inferior por contradecir la Constitución Nacional, debiendo tener en cuenta la gravedad de la situación atento la responsabilidad internacional que ello traerá aparejada.

Como ya dijimos, muchos dudarán sobre la inaplicabilidad de los TIJC o sobre la inconstitucionalidad de los TSL por las consecuencias que ello irrogue, es decir, existe un problema en cuanto a la responsabilidad internacional de la Argentina frente al incumplimiento de un instrumento internacional, enunciado en el art. 27 de la Convención de Viena.

Pero no podemos paralizarnos, porque la consecuencia inmediata del miedo es la paralización, por ello, puesto que en este caso particular seguramente estamos frente a una doble responsabilidad: *a)* la interna (nacional) ante los tribunales nacionales y *b)* la externa (internacional) ante tribunales extranjeros o internacionales.

Esto resulta aplicable en todo tipo de tratado internacional, pues la responsabilidad externa no varía si estamos frente a un derecho internacional con jerarquía constitucional o de rango superior a la ley; lo que varía es el trato cuidadoso y minucioso que debe tener la cuestión, ya que estamos resolviendo temas atinentes a los derechos humanos.

Es por ello que el Poder Judicial debe velar por la protección de los derechos humanos y no por la irresponsabilidad estatal en la errónea incorporación de un tratado internacional. El juez debe cumplir las pautas constitucionales y, en su caso, no aplicar la CN o los TIJC en aras de un mayor realismo jurídico.

En sentido contrario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el considerando 12 del caso "Giroldi",[6] dijo expresamente: "…*que a esta Corte, como órgano su-*

[6] *La Ley*, 1995-D, 462.

premo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde —en la medida de la jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad frente a la comunidad internacional…" En otro caso la Corte ha dicho que "*reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales*".[7]

Este comentario podría llevar a que los jueces deban aplicar obligatoriamente los tratados internacionales por encima de la Constitución, sean éstos de jerarquía constitucional o de un rango superior a la ley, porque de lo contrario estarían incurriendo en responsabilidad internacional. Ello no resulta viable por ser una función que no les compete a los jueces, es decir, no deben evitar responsabilidades ni internas ni externas, sino aplicar en forma armoniosa el bloque constitucional.

Con esto no estamos diciendo que los jueces no deben valerse de los tratados internacionales, sino todo lo contrario, se deberán aplicar en forma armónica con la Constitución Nacional. Nunca se pensó que un juez debe aplicar un tratado internacional, aunque sea contrario a la Constitución, para evitar la responsabilidad del Estado, ello sería un verdadero desatino.

5. *Procedimiento*

La lid constitucional no se resolverá por medio de la aplicación de la supremacía o jerarquía constitucional ni se efectuará un control de constitucionalidad, sino un "examen o test de armonización constitucional". En dicho examen resulta también aplicable el control de convencionalidad, tomado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Mazzeo",[8] que sigue a su vez los lineamientos del caso "Almonacid" de la CIDH. Al respecto se deber tener en cuenta que dicho control no suplanta el examen o test de armonización constitucional, sino por el contrario, lo complementa y lo ayuda para una mejor utilización del derecho.

Para Sagüés[9] al haber colisión entre el articulado constitucional y el de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, el intérprete debe agotar todas las posibilidades en torno a una interpretación armoniosa entre unas y otras reglas. Eso es una norma de sentido común, universalmente aceptada y acorde con lo que se denomina interpretación orgánica o sistemática de la Constitución (en este caso, entre normas constitucionales propiamente dichas y normas con jerarquía constitucional). Ello obliga a compensar valores y derechos, a balan-

---

[7] CSJN, "Riopar S.R.L. *vs*. Transportes Fluviales Argenrio S.A.", sentencia del 15 de octubre de 1996, *La Ley*, 1997-A, 227.

[8] Fallos 330: 3248 (2007).

[9] SAGÜÉS, Néstor, "Constitucionalidad y extensión del 'derecho de réplica'", JA, 1998-IV-316.

cearlos —aun haciendo esfuerzos hercúleos—, a compatibilizarlos y a lograr que convivan.

La consecuencia ante dichas divergencias ya no es la declaración de inconstitucionalidad, como habitualmente se realiza cuando un instrumento está en contra de la Constitución (pues los TIJC son parte de ella), sino la inaplicabilidad, sea, en su caso, de la Constitución o de los TIJC.

La inaplicabilidad de los TIJC puede darse por dos motivos diferentes: cuando el Estado no prevé que al incorporar el tratado produce una contradicción con la Constitución o cuando aquélla surge posteriormente por una situación sumamente particular y específica que aparece en una causa determinada de muy difícil previsión.

En ambos casos el accionante tiene la carga de probar la falta de previsión o inconsecuencia de la ley, donde ello no se presume, sino que hay que demostrarlo fáctica y jurídicamente.

III. La complementariedad de los TIJC

El constituyente de 1994, en su art. 75, inc. 22, ha establecido que los tratados allí descriptos no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Por lo tanto, si los tratados no derogan ningún artículo de la Constitución, tampoco la aplicabilidad de aquélla en contra de un tratado los estaría derogando, sino que en ambos casos lo que estaríamos realizando sería la aplicación de la complementariedad. Cuando el inciso citado habla sobre la complementariedad de los TIJC quiere significar que éstos deben ayudar a mejorar la Constitución y no a entorpecerla ni limitarla, y menos a derogarla, si tenemos en cuenta que el complemento sirve siempre para mejorar al principal —la Constitución—.

IV. Juicio de comprobación

El juicio de comprobación es un control constitucional político previo realizado por el Poder Constituyente o por el Poder Legislativo, en ocasión de incorporar un tratado con los TIJC.

La misma Corte ha dicho en el caso "Monges"[10] que

[10] Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), *in re* "Monges, Analía M. *vs.* Universidad de Buenos Aires", del 26/12/1996.

Es pues, el Estado nacional el que ha de velar porque las normas internas no contradigan la norma del tratado internacional con jerarquía constitucional […] Que el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte, que aquéllos "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. […] Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer y contradecir. […] Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución, pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir…

V. Diferencias entre el control de constitucionalidad y la lid constitucional

LID CONSTITUCIONAL	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
• *Conflicto interconstitucional* (entre diversos artículos de la CN o entre algún artículo de la CN y los TIJC). • *Extra ratio* (probar extrema necesidad y la urgencia real y palmaria. Teoría de la inevitabilidad). • *Paso previo de la lid*, los TIJC deberán: *a)* tener plena vigencia, *b)* ser complementarios a la CN, y *c)* no derogar ningún artículo de la primera parte de la CN. • *Garantizar la armonización constitucional* (velar por la armonización y no contradicción dentro del bloque constitucional). • *Falta de armonización e inaplicabilidad de la norma constitucional o con jerarquía constitucional.* • *Responsabilidad interna y externa* (ante órganos internacionales*)* en los casos en los que la inaplicabilidad sea de alguno de los TIJC.	• *Control extraconstitucional* (entre la CN y cualquier norma infraconstitucional). • *Ultima ratio* (que no exista otro modo de resolver el conflicto —teoría de la evitabilidad—). • *Paso previo del control*, la ley deberá: *a)* tener vigencia y eficacia, y *b)* concentrar todo el plexo normativo. • *Garantizar la supremacía constitucional* (velar por el respeto y la vigencia del bloque constitucional). • *Inconstitucionalidad de la norma inferior e inaplicabilidad de la norma infraconstitucional* (en algunas provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), que siguen un sistema mixto, puede darse el caso de la derogación de la norma con efectos *erga omnes*). • *Responsabilidad del Estado,* en el orden interno.

VI. A modo de conclusión

Finalmente, la solución ante una lid constitucional que resulta más adecuada se inicia con un test de armonización, y de esta manera se deberá resolver la inaplicabilidad de la norma constitucional o de los TIJC que corresponda al caso concreto, teniendo en consideración el control de convencionalidad a tales efectos.

No debemos olvidar que frente a una lid constitucional debemos seguir, en primer término, la letra de la Constitución; luego, el fin y, por último, la dinámica. No cabe la interpretación en la que se considera que el conflicto haya sido por una falta de previsión o de conocimiento de las consecuencias que podría acarrearle a nuestro país la inaplicabilidad al caso concreto de una cláusula de los TIJC, pues la voluntad del constituyente no se presume, sino que se debe respetar.

Nuestro maestro Bidart Campos[11] ha establecido que

> …todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto —constitucional— tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro… […] A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante, porque cada uno y todos quieren decir algo; este "algo" de uno o de varios no es posible que quede neutralizado por el "algo" que se le atribuye a otro o a otros.

[11] BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ed. Ediar, t. VI, pp. 560-561. Citado por Pizzolo, *op. cit.*

El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano
¿Cambio de paradigma?

Pamela Juliana Aguirre Castro[1]

Resumen

No cabe duda que el nuevo modelo jurídico constitucional ecuatoriano, incorporado a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, importa nuevos paradigmas en el tratamiento de la materia constitucional y procesal constitucional. Las innovaciones previstas en la Constitución obedecen, entre otros aspectos, a la necesidad de desarrollar y fortalecer conceptos e instituciones jurídicas preexistentes, entre ellas la Corte Constitucional y las correspondientes acciones jurídico-constitucionales que son de su competencia. En esta línea, es el interés del presente trabajo reflexionar sobre uno de los paradigmas incorporados en nuestra Constitución, que dada su importante naturaleza jurídica no pueden pasar por alto quienes nos encontramos vinculados al derecho, nos referimos al valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Las funciones que desempeñan las altas cortes son esenciales dentro del *Estado Constitucional de Derechos y Justicia,*[2] toda vez que a partir del desarrollo de jurisprudencia vinculante —*horizontal y vertical*— genera la transformación en el sistema de fuentes ecuatoriano. En efecto, si es la jurisprudencia la llamada a convertirse en una de las principales fuentes de resolución de conflictos sociales, debería en-

---

[1] Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, profesora invitada de las universidades Católica Santiago de Guayaquil y Andina Simón Bolívar (UASB), sede Quito-Ecuador. Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, Presea Honorato Vázquez a la mejor egresada, por la Universidad del Azuay; Diploma en Derecho mención Derecho Constitucional, por la UASB-sede Quito; Magíster en Derecho mención Derecho Tributario, UASB-sede Quito, Master en Argumentación Jurídica, por la Universidad de Alicante; y Candidata Doctoral por la UASB-sede Quito.

[2] Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, Art. 1.

tonces constituirse en las razones excluyentes y definitivas de las resoluciones judiciales posteriores, esquema que sin lugar a duda trastoca los clásicos cánones del sistema de fuentes de la familia romano-germánica de la cual nuestro ordenamiento jurídico proviene.

Palabras clave: Estado Constitucional de Derechos y Justicia, argumentación jurídica, constitucionalismo, precedente judicial, *stare decisis*, jurisprudencia vinculante.

SUMARIO: I. Crisis del paradigma del Estado positivista, paso al Estado constitucional. II. Argumentación jurídica. III. Importancia de la jurisprudencia. IV. Jurisprudencia en el ámbito constitucional ecuatoriano. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Crisis del paradigma del Estado positivista, paso al Estado constitucional

El derecho constitucional de la segunda posguerra ha abandonado la idea según la cual el *Estado de Derecho* coincide plenamente con el *principio de legalidad;* las constituciones de los últimos cincuenta años han pensado que la democracia, los derechos humanos y el pluralismo jurídico se defienden mejor si el *Estado de Derecho* es caracterizado a partir de un *principio de constitucionalidad* y no a partir de un mero *principio de legalidad*. De hecho, las constituciones de la última mitad del siglo XX han adoptado aceleradamente el *principio de constitucionalidad* y en Latinoamérica, en los últimos treinta años, la mayor parte de países hispanoamericanos han sentido de alguna forma la llegada de este *nuevo constitucionalismo*.

En este contexto, el constitucionalismo ha venido efectuando un cambio fundamental en el derecho público, los textos constitucionales, y en especial aquellos que consagran derechos fundamentales/constitucionales[3] se han convertido en normas directamente aplicables[4] a todo tipo de conflictos jurídicos a resolver por los jueces y funcionarios administrativos. Se ha comenzado entonces a construir una teoría constitucional con cierto nivel de autonomía del derecho ordinario; así por ejemplo, frente al tradicional modelo de argumentación basada en la subsun-

[3] Bajo la concepción de la Constitución ecuatoriana de 2008, todos los derechos gozan de igual jerarquía, son exigibles y justiciables —"Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, individuales, interdependientes y de igual jerarquía", Art. 11.6, Constitución de la República del Ecuador—, a diferencia de otras constituciones que sí distinguen entre derechos constitucionales y fundamentales, razón por la cual me referiré a ellos como derechos fundamentales/constitucionales.

[4] Arts. 11.3 y 426, Constitución de la República del Ecuador.

ción, se han propuesto modelos alternativos en los que esta operación lógica pierde la centralidad.

Sin lugar a duda, el constitucionalismo de la segunda posguerra, cambio el paradigma del Estado legocéntrico y en su lugar se instituyó varias concepciones básicas que variaron la concepción del constitucionalismo clásico, entre las cuales debemos destacar, en primer lugar, la idea inequívoca de la supremacía constitucional, y consecuentemente se convirtió a ésta en la norma jurídica directamente aplicable. Por consiguiente, se posibilitó que los ciudadanos buscaran la protección de sus derechos constitucionales mediante acciones directas en las cuales sus argumentos podrían basarse en el mismo texto constitucional sin necesidad de intermediación legal. Así por ejemplo, en el Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se estableció que toda persona tiene derecho "…a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley".

En segundo lugar, se incorpora dentro de la nueva lógica del Estado constitucional la rigidez constitucional, lo que refuerza la idea de permanencia y eficacia de los derechos constitucionales, pues existe la inmodificabilidad o resistencia al cambio constitucional en los mismos términos que puede desarrollarse la modificación de las leyes, lo cual desemboca en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley.[5] Esto demuestra de manera indudable cómo la Carta de Derechos pasó de ser derecho suave a ser derecho duro —plenamente exigible—, esto es normas jurídicas perfectas y vinculantes, no obstante el nivel de abstracción en el cual están redactadas.

Estas y otras características[6] evidencian que el constitucionalismo desplaza gradualmente al Estado legal, cambios que obligan a los jueces de todos los niveles a lidiar directamente con el texto constitucional, y es esta nueva orientación la que genera que la interpretación y argumentación constitucional se convierta en un tema fundamental, aunque polémico, pues las antiguas habilidades de interpretación de la ley adquiridas en las facultades de derecho no ofrecen todos los ele-

---

[5] *Cfr.* AGUILÓ, Joseph, *Sobre derecho y argumentación*, Palma, Lleonard Muntaner Editor, 2008, pp. 11-28.

[6] "En un orden jurídico no constitucionalizado el Derecho constitucional […] tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial…); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos […] Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas". *Cfr.* GUASTINI, Ricardo, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Turín, Giappichelli Editore, 2006, p. 239, en AGUILÓ, Joseph, *Sobre derecho y argumentación*, *op. cit.*, p. 12.

mentos necesarios en la interpretación del texto constitucional de directa aplicación por todos los jueces. En efecto, este proceso de constitucionalización obliga a los operadores de justicia a enfrentarse con problemas como altos grados de indeterminación sintáctica, semántica, pragmática y lógica con un alto grado de generalidad y abstracción, un alto componente de principios frente a reglas,[7] la transformación en la teoría de fuentes del derecho —pluralismo jurídico— que termina ligando la aplicación directa de la Constitución al reconocimiento de otras formas de producción jurídica no legislativa, como es el caso de la jurisprudencia.

En este contexto, resulta imprescindible hacer uso de instrumentos conceptuales que permitan enfrentar y superar exitosamente tales indeterminaciones; dentro de estas herramientas se encuentra sin lugar a duda la argumentación jurídica. Pero ¿qué es la argumentación jurídica?, ¿en qué campo del derecho se desarrolla? Argumentar es ofrecer un conjunto de razones a favor o en contra de determina tesis que se trata de sostener o refutar, y bajo esta concepción "La teoría de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos".[8] Ahora bien, si el objeto de la argumentación jurídica está relacionado con los contextos jurídicos, el campo que se desarrolla es el de la creación, como en la interpretación, aplicación e incluso dentro la dogmática jurídica. Sin embargo, cómo opera la argumentación en uno y otro campo es distinto, aun cuando existan notas comunes que deben observarse, como por ejemplo la dimensión formal y material de la argumentación jurídica.[9]

---

[7] *Cfr.* NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 89-97.

CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 2ª ed., Abeledo Perrot, 1979, pp. 17-48, 91-105.

[8] ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 28.

[9] La dimensión formal analiza la estructura, en la lógica, de las inferencias y en el resultado, a través de esquemas de argumentación usados para controlar la corrección de los argumentos, para afirmar que son válidos. La dimensión material enfatiza que lo indispensable del razonamiento tiene que ver con los enunciados verdaderos, ofrecer buenas razones que permitan justificar la decisión, explicar el hecho, y que resulten apropiados. Los criterios de corrección y la fundamentación son los que importan para avalar la verdad en esta concepción. La dimensión pragmática tiene como fin lograr la resolución de problemas y de persuadir racionalmente, por lo que además de considerar las buenas razones, se consideran las circunstancias, las acciones y los actores que participan en la actividad argumentativa, así como los actos lingüísticos usados para que sean permitidos y aceptados por los destinatarios, que consientan guiar la realidad jurídica contemporánea. La argumentación jurídica bajo esta concepción es una actividad lingüística. *Cfr.* ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho*, *op. cit.*

La argumentación jurídica, desde su concepción moderna, teoría estándar de la argumentación jurídica (Mac Cormick, Atienza, Alexy, Wróblewski, Habermas), se encuentra dirigida a desarrollar los procedimientos adecuados para que las soluciones judiciales sean racionalmente fundamentadas, es decir, la argumentación jurídica tiene como objeto central de estudio el discurso justificativo.[10] En efecto, el problema central actualmente, bajo la lógica del Estado constitucional, ya no es cómo encontrar la solución pertinente, sino cómo ésta debe ser justificada; en tal virtud, "justificar es apelar a la razón en busca de aceptación de una tesis, entonces resulta fácil de entender por qué el llamado en términos teóricos 'problema jurídico' no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas".[11]

La racionalidad de las soluciones jurídicas nos conduce a mirar al derecho como una realidad dinámica que contiene normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, siendo trascendental la justificación de sus normas y decisiones. En el constitucionalismo, se admite la integración de las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política; es por ello que la razón jurídica no es solo razón instrumental, sino una razón práctica sobre los medios y fines; la actividad jurídica está guiada por la idea de corrección, por la pretensión de justicia.

Bajo esta concepción, el principio constitucional que rige al ordenamiento jurídico impone una conexión de éste con la Constitución, externa e interna, es decir, la Constitución no es únicamente un límite del poder público, sino que el campo de aplicación de la Constitución se amplía, pues obliga a todos de manera positiva, tanto los poderes públicos como particulares, en la concretización de todos los mandatos dispuestos en la Constitución. Es decir, la Constitución se instituye como un verdadero límite y vínculo en el Estado constitucional,[12] deja de ser una fórmula vacía de contenido, para expandir su contenido sobre todo el ordenamiento jurídico.

Con el paradigma constitucional, los casos fáciles y los casos difíciles[13] no son tan sencillos de dilucidar *prima facie*. Los primeros, casos fáciles, se resuelven aplicando una regla perteneciente al sistema jurídico y cuya solución se caracteriza por ser lógicamente concurrente con los principios del mismo, es decir, se aplica

---

10 *Cfr.* ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación,* Barcelona, Ariel, 2006.

11 AGUILÓ, Joseph, *Sobre derecho y argumentación*, *op. cit.*, p. 61

12 *Cfr.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil*, Madrid, Trotta, 1999.

13 Distinción establecida por Niel Mac Cormick, en *Legal Reasoning and Legal Theory*. Los casos fáciles son aquellos en los que la aplicación deductiva opera sin mayores inferencias, en tanto que los casos difíciles se presentan, ya sea por problemas normativos (interpretación y fuentes del derecho) o por problemas fácticos (calificación de los hechos y prueba), los que deben atenderse observando los principios rectores con el sistema (consecuencias) y los principios universales de la argumentación jurídica (universalidad, consistencia, coherencia narrativa y normativa). *Cfr.* ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho*, *op. cit.*

la regla al caso en cuestión, mecanismo silogístico que se realiza sin mayor análisis, toda vez que no existe controversia acerca de los alcances de la regla y su coherencia valorativa con los principios y los hechos. Por el contrario, la resolución de los casos difíciles no se obtiene de una manera tan sencilla, requiere de una justificación y acción deliberativa, exigiendo por parte del aplicador un sentido de responsabilidad, en el que se deja de lado a la arbitrariedad, en espera de una decisión fundamentada, justificada, en el que se incrementa las *buenas razones*, para la resolución del caso en particular.

Con base en la constitucionalización del ordenamiento jurídico, potencialmente todos los casos pueden ser considerados como difíciles, lo que exige de los operadores de justicia la práctica de una argumentación que considere al derecho en su unidad, es decir, observando las normas jurídicas, los valores, las instituciones, los derechos constitucionales y los principios que encontramos en las constituciones contemporáneas. Tal actividad, sin lugar a duda, demanda un esfuerzo por procurar, a más de los esquemas lógicos formales, el ofrecer buenas razones y dirigir la actividad argumentativa a un máximo exponencial en todas las esferas del ámbito jurídico, para que las decisiones y justificaciones sean el resultado de los presupuestos de un Estado constitucional.

II. Argumentación jurídica

Las distintas corrientes jurídico-filosóficas, con las distinciones del caso, reconocen un ámbito de discrecionalidad judicial; así, positivistas como Hart[14] destacan la existencia de casos difíciles, en los cuales la zona de penumbra abre el camino para que el juez pueda fallar con criterios extra jurídicos. En esta misma línea *iusnaturalistas* como Dworkin[15] enfatizan la valoración moral que el juez debe realizar en la aplicación de normas. Estas corrientes antagónicas reconocen un ámbito de ineludible labor judicial, que da lugar a la necesidad de elaborar técnicas que permitan la corrección y racionalidad de las decisiones judiciales, así como el control de las valoraciones que hace el juez al momento de tomar sus resoluciones con el objeto de impedir que a éstas corresponda una mera subjetividad.

La necesidad de técnicas que permitan la corrección y racionalidad de las decisiones jurídicas se hace presente, además, por la eficacia en el sistema jurisdiccional de principios tales como igualdad, seguridad jurídica, unidad del ordenamiento jurídico, confianza legítima, acceso a la administración de justicia en

---

14 *Cfr.* RODRÍGUEZ, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin,* Bogotá, Universidad de los Andes, 1999.

15 *Cfr.* RODRÍGUEZ, César, *op. cit.*

condiciones de igualdad. Es decir, resulta evidente la necesidad de criterios uniformes ante circunstancias fácticas similares que permitan determinar una previsibilidad ante la actividad jurisdiccional.

Surge entonces la interrogante, ¿cuáles son los mecanismos que permiten controlar la discrecionalidad judicial?, para responder esta interrogante es necesario, en primer lugar, tener presente que los jueces al momento de resolver un caso no están creando con sus decisiones todo el orden jurídico, o el orden jurídico relativo a esa cuestión, pues su actividad se encuentra siempre limitada por dos circunstancias; por una parte, el derecho objetivo vigente y por la otra, las circunstancias fácticas del caso concreto. En efecto, la interpretación judicial se realiza en un camino que permite continuar con la labor hermenéutica de lo que otros jueces han decidido en el pasado sobre la misma cuestión o su análoga, para continuar con una actividad hermenéutica permanente; entonces, ante la discrecionalidad judicial limitada por los elementos antes señalados, y partiendo de que la actividad judicial es eminentemente justificativa,[16] las técnicas de argumentación jurídica son una de las herramientas que permiten determinar la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

La indeterminación estructural en la conformación de preceptos normativos, sean estos principios o reglas, convierte a la argumentación jurídica en una cuestión forzosa. La carencia de "*autonomía semántica*"[17] de los preceptos normativos coloca al juez ante la valoración, es decir, la posibilidad de escoger dentro de un marco más o menos amplio la solución adecuada para el caso. Bajo este contexto, se convierte en indispensable la necesidad expresa de justificar el porqué de la decisión adoptada, para lo cual la argumentación jurídica nos ofrece las técnicas para obtener una resolución judicial racionalmente justificada.

Partimos entonces de reconocer la evolución que registra el razonamiento jurídico, el cual nos permite afirmar que en las instancias judiciales se utilizan modelos de aplicación legal y racional del derecho, conforme a los cuales se acude a preceptos normativos válidos en la resolución de un conflicto y que van acompañados de una justificación racional. Y es en esta línea que la argumentación jurídica establece las herramientas que son utilizadas por el juez en el desarrollo de su actividad. Efectivamente, la argumentación jurídica ha supuesto una renovada óptica del quehacer jurídico, este nuevo enfoque jurídico[18] nos recuerda la importancia de la argumentación en los procesos de creación, interpretación, aplicación, decisión. Así, la visión argumentativa del derecho tiene sentido con el modelo de

---

16 *Cfr.* ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho,* Barcelona, Ariel, 2001.

17 RUIZ MANERO, Juan, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 102.

18 Que surge a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Estado constitucional, pues es éste el sistema que exige fundamentalmente que las decisiones de los órganos públicos sean argumentadas, es decir, el sometimiento del poder a la razón en el que el constitucionalismo es argumentación.[19]

Para determinar en qué medida una argumentación satisface los requisitos de racionalidad del sistema, Alexy, por ejemplo, elabora una teoría de la argumentación que permita asegurar una racional objetividad en la aplicación del derecho, mediante la determinación de un proceso, propugnándose que, si y solo si la decisión judicial se filtra por el procedimiento está racionalmente justificada. En este orden de ideas, el discurso jurídico es un discurso práctico que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como los preceptos normativos vigentes, el precedente y la doctrina.[20]

El reconocimiento de un modelo de vinculación al precedente, expuesto en la teoría estándar de la argumentación jurídica, depende de la dimensión normativa y de la praxis judicial de cada ordenamiento jurídico. Y es este planteamiento, justamente, el que nos induce a reflexionar en torno a la importancia del *"precedente"*, teniendo en cuenta que frente a cada precepto normativo, concurren diversas interpretaciones,[21] de lo cual surge la necesidad de establecer qué interpretaciones encajan mejor en la *pretensión de corrección,*[22] es decir, establecer los criterios por los cuales la norma —interpretación escogida del precepto normativo— es la opción más racional y justa para el caso resuelto. Aquello, a nuestro sentir, se puede lograr únicamente cuando la actividad judicial se sujeta a unos parámetros objetivos, de los cuales el juez solo puede apartarse presentando razones válidas y legítimas; dimensiones que estarían dadas por la jurisprudencia emanada de las altas cortes, en razón de constituirse éstas en máximos intérpretes del derecho.

Reconociendo, como se dejó reseñado con antelación, que la discrecionalidad judicial no es ajena a la actividad jurisdiccional y que la vinculación al precedente es una de las estrategias que permiten la corrección y racionalidad de la decisión judicial al momento de aplicar el derecho frente a cada caso en concreto, el derecho constitucional latinoamericano desde sus dimensiones objetiva y valorativa ha dado especial énfasis al análisis del precedente. Así, los estudios de los profesores

---

19 *Cfr.* ATIENZA, Manuel, "Constitución y argumentación", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de Derecho,* t. VI, México, UNAM/IMDPC/Marcial Pons, 2008.

20 *Cfr.* Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica,* traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

21 *Cfr.* GUASTINI, Ricardo, "La interpretación de la constitución", en ORTEGA GOMERO, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, ARA Editores, 2010.

22 ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.,* p. 208.

Leonor Moral,[23] Diego López,[24] Bernal Pulido,[25] Cesar Landa,[26] entre otros, denotan los modelos explicativos en torno a la importancia del uso del precedente y el manejo del mismo en sus distintos ordenamientos jurídicos, tarea que nos proponemos realizar en relación con el sistema jurídico ecuatoriano.

III. Importancia de la jurisprudencia

El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional, pues, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. En este sentido, la Constitución ecuatoriana ha previsto que el desarrollo progresivo de los derechos se realizará, entre otras fuentes, por la jurisprudencia (Art. 11.8).

La imposibilidad de que el legislador prevea y regule todos los supuestos que pueden entrar bajo la esfera legislada de una determinada materia, así como los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución obligan a que sea la jurisprudencia la que vaya desarrollando, de manera paralela a la ley, los mandatos constitucionales y legales, otorgando coherencia al ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, al realizar esta función, ayuda al perfeccionamiento del sistema jurídico, delineando los derechos e instituciones jurídicas, de modo que "Los jueces tienen influencia sobre los cambios sociales, conteniéndolos o estimulándolos, no solo a través de la reformulación de las normas jurídicas generales, sino también mediante el control de los procedimientos judiciales".[27]

Sin lugar a duda, la jurisprudencia asegura una efectiva seguridad jurídica al hacer predecible el contenido de la resolución judicial. La aplicación del juez a la regla de justicia persigue precisamente esa finalidad propia del Estado constitucional, hacer previsible *ex ante* la actuación de la administración de justicia mediante la predeterminación de sus contenidos. En efecto, se proscribe la arbitrariedad judicial y restringe la discrecionalidad judicial en la medida en que impide que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez o por va-

---

23 *Cfr.* MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.

24 *Cfr.* LÓPEZ MEDIANA, Diego, *El derecho de los jueces,* Bogotá, Legis Editores, 2006.

25 *Cfr.* BERNAL PULIDO, Carlos, *op. cit.*

26 *Cfr.* LANDA ARROYO, César, *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional,* Lima, Palestra Editores, 2010.

27 NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 303.

rios jueces, con lo que evita directamente una vulneración del derecho a la seguridad jurídica.

De esta forma, el precedente incrementa además la eficiencia de la administración de justicia al evitar la duplicación de los esfuerzos, pues la justificación ante casos iguales tiene, necesariamente, que ser la misma, a menos que existan razones justificadas de un cambio de criterio. Al exigir igual trato para casos iguales, la teoría justifica que el juez del caso actual omita reflexionar nuevamente acerca del trato correspondiente al tipo de caso sometido con anterioridad a su decisión o la de las altas cortes.

Finalmente, una de las principales razones acerca de la importancia de la jurisprudencia viene dada por la idea de justicia anclada al derecho de la igualdad. En efecto, la idea de justicia exige una distribución igualitaria. Sin embargo, la exigencia de igualdad, desde luego, no puede ser tomada en términos absolutos, en el sentido de imponer exactamente el mismo trato a todos, cualesquiera sean las circunstancias. Tal uniformidad absoluta no es lo que exige el ideal de justicia, pues la falta de reconocimiento de las diferencias relevantes significaría ubicar a todos en idéntica posición, cosa que no puede pretenderse. Por el contrario, no puede considerarse injusto que se hagan distinciones, de manera que los beneficios y las cargas, los derechos y los deberes, sean distribuidos teniendo en cuenta circunstancias condicionantes. La exigencia de igualdad encierra únicamente la pretensión de que nadie, en forma arbitraria, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a otros.

Esta exigencia debe ser comprendida, por tanto, en un sentido relativo, es decir, como una exigencia de *que los iguales sean tratados de la misma manera*. En efecto, la exigencia de igualdad contenida en esta idea de justicia no está dirigida en forma absoluta a todos y a cada uno, sino a todos los miembros de una clase, determinados por ciertos criterios de relevancia. La justicia, en este sentido, como pura demanda de igualdad recoge una exigencia de racionalidad, en tanto que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por ciertos criterios establecidos en reglas dadas. Esta idea de justicia se presenta, pues, como opuesta a la idea de arbitrariedad.

Los términos *"justa"* e *"injusta"* cobran sentido, cuando se aplican para calificar la decisión tomada por un juez o por cualquier otra persona que deba aplicar una norma. Decir entonces que una decisión es justa, significa que ha sido tomada de manera regular, esto es, de conformidad con la norma o con el sistema de normas tomado como referencia. Se exige entonces, en el ámbito judicial, que la decisión en examen sea el resultado de la aplicación regular e igualitaria de una norma general.

Así, esta conexión entre igualdad y la justicia se refleja en la llamada *"regla de justicia" —principio de igualdad*—, que impone tratar a los iguales de manera igual y a

los desiguales de manera desigual. La regla suele considerarse una concepción de justicia formal, pues se limita a exigir la aplicación igual de un determinado tratamiento, cualquiera que sea éste. Se excluye en definitiva toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o el legislador, siempre que exista una discriminación arbitraria introducida sin una válida justificación y valoración; en otras palabras, una diferencia de trato que tiene por fundamento diferencias irrelevantes entre los sujetos o los casos. La relevancia o irrelevancia de estas últimas diferencias se establece, desde luego, mediante una decisión valorativa.

En tal virtud, tratar de manera igual los casos iguales significa que, una vez que se resolvió un caso de una forma determinada, es forzoso tratar, en principio, los otros casos iguales de la misma forma; así, la jurisprudencia emitida con anterioridad vincula las decisiones posteriores, a menos claro está que existan razones suficientes y justificables del cambio de criterio.[28] Es claro que en observancia de la *regla de la justicia,* casos iguales deben ser tratados de manera igual, salvo que existan razones suficientes para cambiar el trato. Así concebida, esta regla contendría tres elementos que permiten identificar su observancia, a saber estándar de conducta, criterio de igualdad y condición de excepción.[29]

Estándar de la conducta. Consiste en tratar los casos iguales de manera igual; sin embargo, la delimitación de *caso* no es una cuestión pacífica. La noción de *casos iguales* debe ser entendida como casos individuales que comparten determinadas propiedades consideradas relevantes, con base en determinados criterios de relevancia —hechos materiales—.[30] El estándar de conducta en relación con el principio de igualdad conlleva entonces dos nociones, por una parte la relativa, pues remite a una relación de al menos dos casos, y por otra parte la comparativa, que refiere determinadas propiedades consideradas relevantes. Entonces, sostener que dos *casos son iguales* no equivale a afirmar que éstos son idénticos, sino más bien que a pesar de no existir identidad absoluta, nos abstraemos de las diferencias y tomamos únicamente como relevantes —importantes— las propiedades en las que los casos coinciden.

---

[28] "…aceptar abiertamente que la nueva sentencia es inconsistente con la línea y que, por tanto, implica una variación de jurisprudencia. Por su parte la misma debe cumplir con dos condiciones: en primer lugar, debe ser realizada, con preferencia, por un tribunal jerárquicamente habilitado para realizar el cambio jurisprudencial, y segundo, la técnica argumentativa a utilizarse debe cumplir con altos estándares argumentativos". LÓPEZ MEDIANA, Diego, *Derecho de los jueces, op. cit.*, pp. 260-261.

[29] Criterios tomados de la clasificación propuesta por Daniel Mendonca en *Análisis constitucional, una introducción,* Bogotá, Universidad del Rosario Editorial, 2009.

[30] Hechos materiales sinónimo de hechos que configuran el caso y que son analizados por el juzgador como determinantes para la resolución del mismo. *Cfr.* LÓPEZ MEDIANA, Diego, *Derecho de los jueces , op. cit.*

Criterio de igualdad. Hay varios procedimientos para calificar de iguales o desiguales los casos, ya que cualquier serie de ellos comparte ciertas propiedades y deja de compartir otras, y mientras no se establezca qué aspectos son relevantes, el *estándar* es una fórmula vacía. El estándar entonces debe complementarse con algún criterio que determine si los casos son, en realidad, iguales o desiguales. El estándar, aunque constituye un elemento central en la idea general de justicia formal, es en sí mismo incompleto, y mientras no se lo complemente con algún criterio adicional, no proporciona una guía específica de conducta; en efecto, para completarlo es preciso determinar los criterios para establecer si un caso ha de ser considerado igual a otro.

En esta línea, no todas las propiedades de un caso son relevantes para su caracterización. La selección de las propiedades relevantes es un problema valorativo. Si ciertas propiedades nos parecen totalmente irrelevantes para el caso, esto solo sucede porque existe un consenso más o menos unánime, en el grupo social al que pertenecemos, acerca de ciertos valores; éste es entonces un hecho contingente: los criterios empleados para identificar las propiedades relevantes varían, por lo común, en función del tiempo y de la cultura. Es decir, el hecho de que los criterios de relevancia dependan del contexto cultural e histórico no supone total libertad para decidir sobre las propiedades relevantes. La selección de propiedades relevantes en los casos se halla restringida por el propio derecho, es decir, la relevancia debe ser tomada en consideración al derecho objetivo vigente, entendiéndose a éste en su integralidad de fuentes y en las distintas normas existentes también dentro del propio ordenamiento jurídico.

Condición de excepción. El trato desigual exige razones, y por ello *el criterio de estándar* incluye *condiciones de excepción,* con lo cual el trato de un caso a otro puede variar si, y únicamente si, se ofrece razones suficientes. Estas razones dependerán de la racionalidad, es decir, el grado de importancia atribuido a los propósitos aducidos y a las consecuencias consideradas —existentes dentro del propio ordenamiento jurídico— para justificar válidamente las excepciones.

IV. Jurisprudencia en el ámbito constitucional ecuatoriano

El denominado *precedente constitucional* hasta antes de la publicación de la Constitución de 2008, no se encontraba previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues ni la Constitución Política de la República de 1998, ni la Ley de Control Constitucional determinaron como facultad del Tribunal Constitucional la de expedir resoluciones que constituyan precedente. Es decir, no existía en los cuerpos normativos antes enunciados, precepto normativo alguno que dotara de fuerza vinculante, más allá del caso concreto, a las decisiones de los jueces constituciona-

les en materia de garantías de derechos, así como tampoco el Tribunal Constitucional asumió dicha responsabilidad.[31]

Esta situación con acierto cambia en la Constitución de 2008, lo que denota que el Ecuador asumió un *antiformalismo*[32] en la concepción tradicional de las fuentes del derecho, y reconoce que el concepto de fuente no es exclusivo de la ley en sentido formal, puesto que existen otras tantas manifestaciones que no provienen necesariamente del parlamento, pero que reúnen las condiciones para la generación de derecho objetivo, entre ellos, la jurisprudencia constitucional.

Una lectura aislada y literal del Art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador, parecería conducirnos a sostener el ínfimo valor de la jurisprudencia, en tanto que ésta se ubicaría dentro de "otras decisiones de los poderes públicos",[33] fuente colocada al final de aplicación jerárquica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como característica clásica en los sistemas continentales o de *civil law* como el nuestro. Sin embargo, un análisis sistemático de la Norma Suprema nos conduce a otra conclusión, toda vez que al ser la Constitución norma jurídicamente aplicable, existiendo en su regulación centralidad de los derechos constitucionales y humanos y con el reconocimiento del pluralismo jurídico, podemos asimilar que la concepción clásica ha sido modificada. Y es en este contexto que el artículo 11 numeral 8 coloca expresamente a la jurisprudencia como fuente generadora de derecho objetivo, pues "El contenido de los derechos se desarrollará de

---

[31] *Cfr.* Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No. 001-10-PJO-CC, caso No. 999-09-JP, Juez constitucional ponente Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Registro Oficial Nº 351, 29 de diciembre de 2010.

[32] Desde la perspectiva formalista (ley como fuente primigenia del ordenamiento jurídico), inherente al positivismo jurídico, todos los problemas del derecho se resolvían a partir únicamente de la aplicación de los preceptos normativos, la jurisprudencia solo se constituye en fuente auxiliar. En contraposición surgen las teorías antiformalistas con el propósito de reconstruir la imagen tradicional que se tenía de las fuentes del derecho, para subrayar el papel *social dinamizador* de algunas de ellas, por ejemplo, la jurisprudencia, doctrina, principios generales del derecho usualmente desatendidas por el legalismo tradicional bajo el rótulo de fuentes secundarias o auxiliares. *Cfr.* LÓPEZ MEDIANA, Diego, *La letra y el espíritu de la ley,* Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Temis, 2008.

[33] "Art. 425.—El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados." Constitución de la República del Ecuador.

manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas". Es decir, nos replanteamos a nivel de la familia romano germánica el rol que cumple el juez en el establecimiento del derecho vigente, bajo el entendido de que éste deja de ser un mero aplicador de preceptos normativos, para tornarse creador de *reglas jurisprudenciales* que concretan el contenido y alcance de los derechos.

Continuando el análisis contextual del sistema de fuentes ecuatoriano en relación con la jurisprudencia, la Constitución expresamente en los artículos 185, 221 y 436 numeral 6, reconoce que los fallos de las altas cortes ecuatorianas vinculan ya no solo a las partes, sino que generan efectos a todos los operadores jurídicos. En tal virtud, existe una revalorización contundente de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico; en efecto, la Constitución otorga tanto a la Corte Constitucional, Tribunal Contencioso Electoral y Corte Nacional un rol importante en la generación de derecho objetivo, con el fin justamente de hacer efectiva la vigencia del derecho de igualdad en una doble dimensión. Por una parte igualdad ante la ley, y por la otra, igualdad de trato de los tribunales, evitando la vulneración de estos derechos en aquellas situaciones en las que se desconozca por parte del juzgador, la línea jurisprudencial trazada por un alto tribunal respecto de un tema determinado.

Este aspecto resulta un punto central de reflexión acerca del valor jerárquico de los preceptos normativos y las normas, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 425 de la Constitución, pero enmarcado en este análisis sistemático. Es así que si un órgano con legítimas facultades reconocidas por la Constitución interpreta en abstracto los preceptos normativos, el resultado de la interpretación, la norma aplicada (resultado de la interpretación y la argumentación correspondiente por parte del juez, por ejemplo, relación signo y significante)[34] no puede ser otro que el mismo nivel jerárquico que el del precepto interpretado, en virtud del principio del *paralelismo de las formas jurídicas*.[35] Es decir, el nivel jerárquico, dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, no puede ser distinto entre los preceptos normativos constitucionales y las normas constitucionales (interpretaciones), y ahí es donde opera la transformación en el sistema de fuentes jurídicas ecuatoriano y la manera de entenderlo e interpretarlo.

En materia específica de nuestro estudio, la Corte Constitucional, por las disposiciones contenidas en el artículo 436, numerales 1 y 6, tiene la atribución de "1. Ser la *máxima instancia de interpretación de la Constitución,* de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. *Sus decisiones tendrán carácter vinculante*", y "6. Expedir

[34] *Cfr.* ACERO, Juan José, BUSTOS, Eduardo y QUESADA, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Cátedra, Madrid, 1982.

[35] *Cfr.* PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 2001.

sentencias que constituyan *jurisprudencia vinculante* respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión" (el énfasis nos pertenece). Para cumplir con esta labor se dispone a todos los jueces que conocen de garantías jurisdiccionales, tanto de primera instancia como de apelación, que remitan las sentencias a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia.[36] Vale destacar que la remisión por parte de los jueces constitucionales de los fallos de garantías jurisdiccionales a la Corte Constitucional no es una facultad, toda vez que el mandato constitucional se refiere a *todas* las sentencias ejecutoriadas sin distinción alguna.

Si bien es cierto que a través de la Constitución de 2008 se les ha concedido a los jueces de instancia y apelación constitucionales la competencia privativa para resolver garantías jurisdiccionales, tales como la acción de protección, la acción de cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, en otras, competencia de la Corte Constitucional no prevista en el pasado respecto de los procesos relativos a la protección de derechos, conocida en el derecho comparado como el *certiorari*. Esta institución propia del *common law*, inicialmente se la conoció como un mandamiento u orden, conocido como *writ*, emitido por una corte o tribunal de alzada a su jerárquico inferior, ordenándole a este último certificar lo actuado y remitirle el expediente a fin de que pudiera inspeccionar el procedimiento seguido y determinar si existen o no irregularidades en el mismo.[37] En efecto, el *certiorari* consiste en un procedimiento de revisión de actuaciones tramitadas y de resoluciones tomadas en instancias inferiores. Tal y como se ha mencionado, *"…la revisión por writ of certiorari no es una cuestión de derecho sino de discrecionalidad judicial, y será admitida solo cuando existan especiales e importantes razones para ello"*.[38]

Esta competencia propia de las altas cortes, reviste importancia y muestra la preponderancia de la actual Corte Constitucional en el Ecuador. Mediante el *certiorari,* la Corte puede seleccionar sentencias dictadas por jueces de instancias en garantías jurisdiccionales y está facultada para indagar en las actuaciones de los juzgadores con la finalidad de comprobar si existen irregularidades en el proceso, cuando a su criterio medien razones importantes para ello. Inclusive, a través de esta potestad, la Corte Constitucional podrá reabrir el caso de manera excepcional. Ahora bien, es importante considerar que la Corte Constitucional, a partir de

---

36 "Art. 86.—Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia." Constitución de la República del Ecuador.

37 GIFIS, Steven, *Law dictionary,* Nueva York, Barron's, 1984.

38 LOCKHART, *The american constitution,* Nueva York, West Publishing, 6ª ed., p. 52.

las Salas de Selección y Revisión, no se convierte en una instancia de apelación, puesto que a través de esta competencia no se enfoca a la reparación exclusiva de derechos subjetivos. Por el contrario, su objetivo radica en la generación de derecho objetivo por medio del desarrollo de jurisprudencia vinculante con carácter *erga omnes*, el caso seleccionado *discrecionalmente* por la Corte para establecer el patrón fáctico sobre el cual crear las reglas jurisprudenciales, lo que denota la característica jurisdiccional de esta forma de producción del derecho, es decir la casuística que ofrece los patrones fácticos del caso es central para la forma de entender y aplicar el derecho judicial.

Vale señalar en este punto que la razón de ser de esta competencia de la Corte Constitucional es una manifestación clara de la ideología del proceso de constitucionalización del derecho judicial ecuatoriano, en el que los jueces deben velar por la protección y reparación de los derechos constitucionales de las personas, y en caso de no hacerlo, la Corte Constitucional podría intervenir potestativamente. En efecto, la introducción del *certiorari* es un hito histórico en el constitucionalismo ecuatoriano.

a. *Selección y revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales a cargo de la Corte Constitucional*

La institución del *stare decisis et quieta non movere,* también propia también del *common law*, significa estar a lo decidido, o mantenerse frente a lo decidido y no cuestionar los puntos ya resueltos. La vinculación que implica el *stare decisis* conlleva suministrar a la sentencia precedente una validez de fuente normativa general, en la medida que requiere a los jueces de la misma jurisdicción, de jerarquía coordinada o inferior, que se recurra a ella como fuente objetiva de derecho cuando tengan que resolver casos que ofrezcan cierta similitud.

Como es de conocimiento general, el *stare decisis* no tenía cabida en el anterior esquema constitucional, por lo que era práctica común que las altas cortes emitieran sentencias discordantes y transgredieran en reiteradas ocasiones sus propias resoluciones, vulnerando abierta y sistemáticamente el principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. Constituye entonces, como quedó argumentado en los apartados anteriores, un fundamento de derecho y de sentido común, inclusive, que los jueces estén obligados a respetar sus decisiones anteriores, por respeto a los derechos constitucionales de igualdad y seguridad jurídica.

A través del primera sentencia de jurisprudencia vinculante,[39] la Corte Constitucional entiende al principio *stare decisis* como aquel deber de las juezas y jueces

[39] Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia No. 001-10-PJO-CC, caso No. 0999-09-JP, juez constitucional ponente, Dr. Roberto Bhrunis, Gaceta Constitucional, Registro Oficial Segundo-S No. 351, 29 de diciembre de 2010.

de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo con lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada. En efecto, tras el reconocimiento del principio del *stare decisis* la jurisprudencia se constituye como una fuente directa de derecho, con efectos horizontales y verticales. A través de las sentencias de jurisprudencia vinculante, la Corte Constitucional señala su intención de crear líneas jurisprudenciales en determinados escenarios constitucionales que eviten la superposición entre las diferentes garantías jurisdiccionales, que clarifiquen y desarrollen su naturaleza, presupuestos de procedibilidad, efectos, procedimiento, y fundamentalmente, ilustrando a partir de sus fallos a la ciudadanía en general sobre el contenido de sus derechos y cómo ejercerlos.

La jurisprudencia vinculante trastoca, sin lugar a duda, la concepción tradicional de la ley como la fuente preponderante de derecho, marcada por la prevalencia del derecho legislado sobre el derecho judicial, reducido el último a un mero aplicador mecánico de la ley. Ciertamente, el derecho judicial adquirió un realce significativo, que requiere jueces comprometidos con la Constitución y los derechos, a fin de cumplir con los objetivos y mandatos establecidos en la Constitución de la República. Esta finalidad jamás podría ser alcanzada por medio de una aplicación aislada de la ley, con prescindencia de otras manifestaciones jurídicas, tales como la jurisprudencia, en tanto verdadera fuente objetiva de aplicación en el derecho judicial. Para la aplicación del derecho judicial, el principio *stare decisis* trae importantes consecuencias, entre las que podemos destacar:

a. En primer lugar, se ha señalado que una jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional, a través de esta competencia, vincula como cualquier precepto normativo, es decir, tiene similares efectos jurídicos que aquellas normas contenidas en la Constitución o la ley en sentido positivo, dependiendo de la disposición normativa que es interpretada. En definitiva, es de obligatorio cumplimiento para los jueces y ciudadanos, por lo que su incumplimiento también prevé diversas consecuencias jurídicas.
b. En segundo lugar, se ha señalado que la potestad de dictar jurisprudencia vinculante es propia y exclusiva de la Corte Constitucional. El artículo 436 numeral 1 establece que las sentencias e interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional tendrán efectos vinculantes, y de manera específica, el numeral 6 ibídem, establece que dicho órgano podrá dictar jurisprudencia vinculante en procesos relativos a protección de derechos constitucionales. A ningún otro órgano judicial, ya sean jueces de primera o segunda instancia constitucionales, se les ha conferido esta potestad en la tramitación de garantías jurisdiccionales.

c. Con la finalidad de garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad, la jurisprudencia vinculante tiene efectos horizontales y verticales. Horizontales, pues la jurisprudencia no debe ser alterada para casos futuros, excepto por razones justificadas, para lo cual se requiere un gran carga argumentativa, lo que se conoce en el derecho comparado como el *distinguish* (señalar las particularidades del caso que denotan la necesidad de tomar una decisión alejada del precedente) y el *overruling* (cambiar el criterio para la resolución de un caso en el que ya existía un precedente, ya sea porque las circunstancias han cambiado, o simplemente se quiere corregir el criterio dado).[40] De esta manera, la Corte Constitucional solo puede alejarse del precedente sentado por ella misma, comunicándolo en forma explícita, argumentada y con la finalidad de garantizar la progresividad de los derechos o la vigencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, según lo establece el artículo 2.3 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.[41]

d. Respecto de los efectos verticales, todos los jueces que sustancian garantías jurisdiccionales están obligados a respetar, como norma jurídica, los parámetros interpretativos dictados por la Corte Constitucional. Así, se verifican los efectos vinculantes para todo el aparato jurisdiccional, cuando se encuentren los parámetros interpretativos fijados por la Corte, respecto de los hechos y las normas en un caso concreto. Así, los jueces constitucionales no tienen la facultad de eludir la aplicación del precedente vinculante si existe conexión fáctica y conexión conceptual entre los casos analizados. El cumplimiento del precedente es simplemente obligatorio por expreso mandato de la Constitución, por su eficacia como norma jurídica en sí misma bajo el nuevo paradigma constitucional y de fuentes del derecho.

e. En esta línea, el precedente jurisprudencial tiene efectos *erga omnes*, es decir, efectos frente a todos. En oposición a las jurisprudencias tradicionales con efectos *inter partes*, esta jurisprudencia se aplica a todos los sujetos y

---

40 *Cfr.* BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

41 "Art. 2.—Principios de la justicia constitucional.—Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento: […] Obligatoriedad del precedente constitucional.—Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia." Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Segundo Suplemento No. 52, 22 de octubre de 2009.

operadores jurídicos, constituyéndose en nuestro ordenamiento jurídico como una verdadera fuente de derecho objetivo.

f. Finalmente, el precedente vinculante está dictado en el ejercicio de una función jurisdiccional dentro de un caso concreto, y también podría generar efectos *inter partes, comunis y pares.*[42] No podría la Corte Constitucional dictar un precedente, por su propia naturaleza jurisdiccional, sin relación con las circunstancias fácticas del caso seleccionado. El precedente emitido siempre estará dado por los hechos constitucionalmente relevantes del caso y su relación con el derecho que se susciten dentro de un proceso de garantías jurisdiccionales; es así que se busca crear derecho objetivo para la resolución de futuras controversias similares, o esclarecer puntos trascendentales de derecho respecto a la procedencia, requisitos o naturaleza de las diferentes garantías jurisdiccionales. De esta manera, se discute de un punto de derecho importante para aplicarlo en la sentencia a ciertos hechos, que servirán para la elaboración de un precedente jurisprudencial.

Como colofón, la Corte Constitucional a través de la potestad prevista en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Constitución, está orientada a garantizar los derechos a la igualdad y seguridad jurídica de las personas, conforme lo dispone el artículo 82 de la Constitución, alcanzando certeza a través de una nueva fuente directa del derecho en el sistema constitucional ecuatoriano. Adicionalmente, se busca reconocer el aspecto sociológico y dinámico del derecho, aplicando para ello una fuente que permite el desarrollo del derecho como un fenómeno vivo, a través de precedentes firmes pero no inmutables, con altas dosis de argumentación jurídica que permitan el alejamiento de precedentes bajo circunstancias extraordinarias. Por medio de esta fuente de derecho lo que se busca es que la jurisprudencia no presente los mismos problemas que la estatización de la ley, regulando *a priori* y con grados de inmutabilidad, abstracción y generalidad los conflictos sociales que se presentan en la sociedad.

En este marco jurídico, la selección traslada la atención, de la solución al caso que le dio origen, a las pautas para la resolución de casos futuros, en utilización de la técnica del precedente constitucional. En efecto, la vocación misma de la competencia de la Corte Constitucional de revisión de las sentencias de garantías jurisdiccionales de los derechos es la generación de reglas jurisprudenciales; el caso *sub judice* sirve como escenario constitucional para desarrollar los derechos y garantías constitucionales, es decir, son las circunstancias fácticas del caso concreto las que utiliza la Corte

[42] *Cfr.* Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia No. 001-10-PJO-CC

para la generación de derecho objetivo reflejado en las reglas jurisprudenciales.

En cuanto a los parámetros de selección que las Salas de Selección de la Corte Constitucional deben observar, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina en su artículo 25 numeral 4, aquellos que deberán ser explicados en el respectivo *"auto de selección",* con lo cual se debería cumplir con el mandato constitucional contenido en el literal l) numeral 7 del Art. 76,[43] aun cuando en la LOGJCC se disponga en el Art. 198 inciso final, que "Las decisiones de la Sala de Selección serán discrecionales y no cabrá ningún recurso contra ellas", toda vez que discrecionalidad no puede ser entendida como arbitrariedad en un Estado constitucional.

Los parámetros de selección a que hace referencia la ley son:

a) Gravedad del asunto;

b) Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial;

c) Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional;

d) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en sentencia.

En cuanto a la gravedad como primer parámetro de selección, debe ser calificado en virtud de dos presupuestos en concreto, primero, la materia que regula el caso y que podría merecer una revisión, fortalecimiento o revocatoria del criterio; y segundo, si a partir de la sentencia venida en grado, se ha generado una vulneración a los derechos del accionante. Estos criterios deben ser evaluados *"en conjunto"*, precisamente para evitar confundir la revisión con una apelación.

Con respecto a la *novedad del caso*, es claro que ante la existencia de una nueva Constitución, con garantías y derechos novedosos, la mayoría de casos han cumplido con este parámetro, con excepción de aquellos casos en que los problemas jurídicos ya se hayan presentado en el pasado con otras garantías constitucionales equivalentes. Sin embargo, al no ser vinculantes para los jueces los fallos dados por los Tribunales Constitucionales, todos los casos resultan novedosos en términos jurisdiccionales. En cuanto a la falta de precedentes jurisprudenciales, es claro que ante la ausencia del principio *stare decisis*, tema que será abordado más adelante, en la Constitución de 1998, y al reconocimiento *inter partes* de los efectos de las

---

[43] "Art. 76.—En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados." Constitución de la República del Ecuador.

sentencias emitidas por la Corte Constitucional para el período de transición hasta antes de la vigencia de la LOGJCC, no existe línea jurisprudencial alguna, razón por la cual todos los casos reúnen el requisito de falta de precedente judicial, con excepción de los casos de antinomias en garantías jurisdiccionales, caso abordado en la primera sentencia de jurisprudencia vinculante. Respecto al *incumplimiento del precedente o cambio de precedente*, bajo las mismas razones citadas en el requisito anterior, ninguna de las causas reúne ese requisito. Finalmente, con respecto a la *relevancia nacional del caso*, el parámetro para el cumplimiento de dicho requisito se sustenta en el acontecimiento que por su naturaleza y características genere un impacto social, económico o político ligado a una afectación de la vigencia de los derechos.

Resulta en este punto interesante anotar lo que la propia Corte Constitucional para el período de transición señaló en la primera sentencia de revisión con respecto a las Salas de Selección y Revisión, en el sentido de que:

> *La Corte Constitucional, a partir de las Salas de Selección y Revisión, no se convierte en otra instancia de apelación*, tal como sucedía con los extintos Tribunales Constitucionales al amparo de la Constitución Política de1998. En efecto, la Corte Constitucional no guía sus actividades de Selección y Revisión en la reparación "exclusiva" de derechos subjetivos; por el contrario, *el deber principal de estas Salas está en la generación de derecho objetivo, en el desarrollo de jurisprudencia vinculante con carácter erga omnes*. Está claro que si durante el proceso de desarrollo de jurisprudencia vinculante se identifican en el caso materia de estudio vulneraciones a derechos constitucionales, la Corte Constitucional se encuentra plenamente facultada, a través de la revisión del caso, a reparar las consecuencias de dicha vulneración. Pero se insiste, *la gravedad y relevancia constitucional de un caso, en los términos previstos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no se encuentran acreditadas únicamente por la vulneración a un derecho subjetivo, deben además existir condiciones adicionales que denoten la necesidad de su selección para la creación de reglas o precedentes sobre el conflicto identificado*. La razón de ser de la finalidad de esta novedosa competencia de la Corte Constitucional se encuentra acreditada concretamente a partir del ideal de la constitucionalización de la justicia ecuatoriana, en donde juezas y jueces de la República deben velar por la protección y reparación de los derechos constitucionales de las personas.
>
> *b)* En síntesis, las labores de las Salas de Selección y Revisión están encaminadas a garantizar los derechos a la igualdad y seguridad jurídica de las personas, conforme lo dispone el artículo 82 de la Constitución, logrando certeza en una novedosa fuente directa del derecho en el sistema constitucional ecuatoriano: la jurisprudencia constitucional. Aquello será posible a partir del respeto a los precedentes jurisprudenciales dictados dentro de un determinado escenario constitucional. Cabe precisar que partiendo del carácter dinámico y sociológico de la jurisprudencia —derecho vivo— es claro, tal como lo señala el artículo 3 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que los criterios jurisprudenciales, al igual que

> aquéllos plasmados en las normas legislativas, no permanecen inmutables; por el contrario, a través de una adecuada carga de argumentación jurídica existen técnicas que configuran la posibilidad de un alejamiento de precedentes jurisprudenciales. Una realidad distinta, llevaría a que la jurisprudencia adolezca de los mismos problemas que ha experimentado la ley en sentido formal, tratar de regular a priori y consagrados de inmutabilidad todos los conflictos sociales de la humanidad.[44] (El énfasis nos pertenece.)

Algunas precisiones con respecto a lo anotado por la Corte en este fallo. La Sala de Selección no genera derecho objetivo, toda vez que su competencia se limita a la selección de los casos que cumplen con los requisitos establecidos en el Art. 25 de la LOGJCC que fueron analizados en párrafos anteriores; es la Sala de Revisión la que sí desarrolla la jurisprudencia vinculante a partir de los casos seleccionados por las Salas de Revisión. Con respecto a lo señalado por la Corte con respecto a la naturaleza de la revisión de los fallos de garantías jurisdiccionales, nos parece acertada la precisión de que ésta no es una instancia de apelación, toda vez que su principal deber es la generación de derecho objetivo, es decir, *reglas jurisprudenciales* que se insertan en el sistema de fuentes, lo cual no obsta para que ante la presencia de una eventual vulneración de derechos constitucionales pueda la Corte entrar a revisar el caso en su resolución.

La revisión por parte del máximo órgano de justicia constitucional del país equivale a "que la Corte no está obligada a realizar dicha revisión, pues ésta procede conforme a criterios elaborados según su leal saber y entender, que obviamente tienen en cuenta el valor de la justicia y la relevancia e importancia del asunto para la doctrina y la jurisprudencia constitucionales",[45] es decir, la Corte deberá evaluar entonces las consecuencias de la revisión del caso concreto y la finalidad misma que la institución está llamada a desarrollar.

Ahora bien, como se señaló en líneas anteriores, el artículo 436, número 6, de la Constitución abre el camino para que la Corte Constitucional cree precedentes constitucionales en las acciones determinadas en la referida norma jurídica. Asimismo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional enumera entre los principios de la justicia constitucional, en su Art. 2, la obligatoriedad del precedente constitucional en los siguientes términos: "Los parámetros interpretativos de la Constitución, fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del Estado Constitucional de Derechos y de Justicia".

---

[44] Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No. 001-10-PJO-CC.

[45] BARRETO RODRÍGUEZ, José Vicente, *Acción de Tutela. Teoría y práctica,* Bogotá, Legis Editores, 1997, p. 419.

Una característica fundamental de la revisión de fallos de garantías jurisdiccionales por parte de la Corte Constitucional es la naturaleza del trámite, si judicial o administrativa. Cuando la Constitución le confiere la competencia de desarrollar jurisprudencia vinculante a la Corte Constitucional a partir de los fallos de garantías jurisdiccionales, la Corte ejerce tareas eminentemente jurisdiccionales, toda vez que las *reglas jurisprudenciales* dadas, así como la eventual decisión de revisión del caso concreto, están dirigidas a la solución de una controversia concreta.

La idea del precedente jurisprudencial es una técnica utilizada por el *common law* en la generación de derecho objetivo. Tal como conocemos, el derecho anglosajón se edifica sobre la base de resolver casos particulares utilizando la costumbre recogida en criterios jurídicos anteriores que se van aplicando en los nuevos casos similares a los previamente resueltos, es decir, aplicando jurisprudencia. En este sentido, un sistema jurisprudencial puede ser entendido de la siguiente forma:

> Un sistema de origen judicial cuyas normas aplicables para resolver conflictos son las sentencias judiciales relevantes anteriormente dictadas y que cumplan con los requisitos que el sistema establezca para dotarlas de validez. En este sistema, no se busca como en el nuestro, la norma legislativa codificada que el abogado crea aplicable para legitimar la pretensión de su cliente. Aquí el abogado tiene frente al caso sobre el que va a litigar, una serie de sentencias judiciales análogas de las cuales debe extraer una serie de hechos relevantes que terminen por configurar el principio jurídico que le dará la razón en la causa que defiende.[46]

Entonces, el nuevo paradigma del precedente constitucional en Ecuador busca apuntalar a que los casos de naturaleza constitucional que son sometidos a conocimiento de los jueces constitucionales —instancia, apelación o jueces de la Corte Constitucional—, sean resueltos con base en los criterios y argumentaciones que la misma Corte ha aplicado para resolver casos similares de forma anterior.

b. *La acción extraordinaria de protección*

En la sentencia No. 045-11-SEP-CC, de 24 de noviembre de 2011, la Corte Constitucional conoció mediante una acción extraordinaria de protección,[47] un caso por el cual la parte afectada reclamaba que la Corporación Aduanera Ecuatoriana le otorgaba un trato "distinto" al que recibían otros usuarios, y que incumplía sus propias resoluciones de "consulta de aforo".

---

[46] Roque Farto Benavides, "Apuntes básicos del Common Law", en revista *Ruptura*, t. I, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2004, p. 193.

[47] La Corte Constitucional ecuatoriana tiene la posibilidad de conocer y resolver de las acciones extraordinarias de protección en contra de sentencias, autos y resoluciones definitivas, firmes o ejecutoriadas. Arts. 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador.

Esta sentencia marcó un hito dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el período de transición, pues al resolver el problema jurídico de "¿Existe vulneración al derecho a la igualdad cuando existen varias sentencias contradictorias de acciones de protección en distintos procesos sobre un mismo punto de derecho?", señaló que

> Así, la procedencia de la acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección tiene como finalidad la unificación de la interpretación de los derechos constitucionales, función esencial, toda vez que distintos criterios razonables pueden llegar a entender de manera diversa el alcance de un mandato constitucional. Entonces, la interpretación que realiza la Corte Constitucional se proyecta en el razonamiento judicial aplicado a todos los casos que se circunscriban bajo el mismo patrón fáctico.
>
> Esta competencia de la Corte Constitucional se encuentra direccionada precisamente para: 1. Suplir elementales consideraciones de seguridad jurídica en la hermenéutica del sistema jurídico ecuatoriano y dotar de coherencia en la aplicación del mismo; 2. Restringir arbitrariedades en la aplicación en materia de derechos y garantías jurisdiccionales; 3. Asegurar la vigencia del principio de igualdad y seguridad jurídica, toda vez que ante una situación de igualdad fáctica, debe garantizarse la existencia de un criterio común.

Reconociendo expresamente que el principio *stare decisis* no solo esta presente en las sentencias de "jurisprudencia vinculante", sino también en las otras acciones constitucionales que conozca la Corte Constitucional, en el caso analizado, acción extraordinaria de protección. Adicionalmente señala la Corte para el período de transición, aunque no es materia de este trabajo, que "a similares situaciones jurídicas puestas en conocimiento y resolución de la administración [Corporación Aduanera Ecuatoriana] corresponde la misma respuesta, […] a menos, claro está, que existan razones que se justifiquen argumentadamente que merecen un trato disímil", con lo cual precautela el principio de igualdad, no únicamente en sede jurisdiccional, sino también en sede administrativa, reconociendo otras formas de producción jurídica, no legislativa.

Es así que las exigencias de igualdad ante la ley por un lado, y de igualdad en la aplicación de la ley, por otro, adquieren relevancia cuando la Corte manifiesta que "dentro de la efectiva vigencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, resulta inadmisible que existan criterios contradictorios en circunstancias jurídicas iguales, pues esto vulnera evidentemente los derechos de igualdad y seguridad jurídica".

En el caso, la violación de derechos ocurre en consideración a la decisión adoptada, porque los jueces constitucionales que conocen acciones de protección, resuelven de manera distinta casos similares, así "el problema que presenta el caso *sub judice* tiene relación con la existencia de criterios disímiles en la resolución de la acción de protección sobre el mismo patrón fáctico", por lo que

> …la Corte Constitucional, en ejercicio de su competencia para el conocimiento y resolución de la acción extraordinaria de protección, procederá a construir, a partir de los criterios disímiles sobre el mismo problema jurídico, un criterio que deberá ser observado por los jueces constitucionales cuando se presenten casos análogos al patrón fáctico, materia de este proceso, con el fin de precautelar los derechos constitucionales de las personas a la igualdad material y formal y a la seguridad jurídica.

Además, estableció la "necesidad de la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra sentencias de acciones de protección". Pero, más allá de este importante desarrollo jurisprudencial, las mismas razones utilizadas para admitir la necesidad de la señalada procedencia pueden utilizarse, con el debido análisis, para admitir la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra sentencias de otras garantías jurisdiccionales de conocimiento.

Para finalmente disponer "que el criterio argumentado en esta sentencia sea observado por los jueces que conocen de acciones de protección", con lo que construye un sub-regla jurisprudencial que ordena el acatamiento de los criterios expresados en la mencionada sentencia. Dichos criterios, como resultado concretizado de la Constitución, son la expresión vinculante de la jurisprudencia a partir de un caso concreto, otorgándole un efecto de obligatoriedad vertical a los jueces constitucionales de instancia y apelación que conozcan de este patrón fáctico ya resuelto por la Corte Constitucional.

En este sentido, la regla construida a partir del caso concreto, en su faz de vinculante se encuentra limitada por el campo que ella produjo y que a su vez está determinada por los hechos del caso. Esto es cierto, en la medida en que la subregla se equipara a una disposición normativa para unos aspectos específicos no regulados previamente.

Al igual que en la "primera" sentencia vinculante, la construcción de la subregla jurisprudencial pretende que una disposición de origen legislado o de rango constitucional regule aspectos no aclarados por el derecho de origen institucional. Sin embargo, si éste es el aporte del precedente a la teoría de las fuentes del derecho, debe señalarse que ése debe ser el primer paso porque así como la ley o las disposiciones constitucionales pueden quedar petrificadas de acuerdo con los criterios interpretativos que se usen, es preciso encontrar no solo la sub-regla, sino las "otras" razones que pueden ayudar a resolver futuros problemas.

Adicionalmente vale decir que la Corte para el período de transición, señaló la característica vinculante de sus decisiones, lo cual ratifica nuestra tesis, esto es que la vinculatoriedad de las decisiones del máximo órgano de administración de justicia constitucional, es decir su obligatoriedad, no se presenta únicamente en la sentencias de jurisprudencia vinculante, sino en todas aquellas decisiones que resuelva la Corte Constitucional; en efecto,

El artículo 429 de la Constitución de la República determina que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, lo hace en relación a todos los demás intérpretes existentes, es decir, la Corte, en ejercicio de sus funciones, establece la interpretación jurídica final de la Constitución, con carácter vinculante.

En este contexto, el alcance "vinculante" de las decisiones de la Corte Constitucional debe ser examinado desde un análisis convergente de dos criterios. En primer lugar, desde la hermenéutica lingüística, el significado de vinculante tiene relación con "someter la suerte o el comportamiento de alguien o de algo a los de otra persona o cosa",[48] es decir, corresponde en materia jurídica fundamentar una resolución actual en criterios ya esgrimidos en situaciones fácticas similares, para guardar coherencia y consistencia con lo antes resuelto. Por otra parte, el alcance de vinculante debe ser examinado también a la luz de la calidad de órgano de cierre en la que se constituye la Corte Constitucional, es decir, en virtud de su calidad de intérprete máximo, sus resoluciones vinculan a los otros intérpretes de la Constitución. Entonces, el carácter constitucional de vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional se fundamenta, por una parte, en asegurar la coherencia y consistencia en la aplicación de los mandatos constitucionales por parte de todos los operadores de justicia, y por otra parte como órgano de cierre en materia de interpretación constitucional.

V. Conclusiones

A manera de conclusión, podemos señalar que a pesar de que el derecho ecuatoriano tiene antecedentes y estructura y los fundamentos de un sistema de derecho europeo continental, en el que la jurisprudencia tiene únicamente un valor de fuente *secundaria* o de *conocimiento*, a partir de la instauración del nuevo modelo constitucional, tanto el derecho positivo como la práctica —precaria (resolución para la elaboración de precedentes de la Corte Constitucional para el período de transición y primera sentencia de jurisprudencia vinculante) han llegado a reconocer un tipo de sentencias con carácter de precedente. Este carácter se fundamenta en la interpretación sistemática de la Constitución, según la cual, la jurisprudencia, que explicita el contenido normativo de los preceptos normativos, forma parte de ellos, es decir, se constituye en normas adscritas[49] con la misma jerarquía y el mismo valor vinculante. Esta práctica es coherente con el respeto del principio de igualdad y con la búsqueda de coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico.

---

48 Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 22ª ed., Espasa Calpe, 2009, p. 2303.

49 Normas *adscritas* son aquellas en las que se requiere para la adscripción una norma de derecho constitucional, una fundamentación iusfundamental correcta. *Cfr.* ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

La actual labor judicial exige del juzgador en sus resoluciones un justo equilibrio entre las disposiciones normativas, es decir los textos constitucionales y legales, y las normas aplicables, o sea, las interpretaciones que se han presentado en similares patrones fácticos. En otras palabras, el acercamiento entre la tradición jurídica del derecho romano germánico, por la que la ley era la fuente primigenia y auténtica, la única capaz de otorgar seguridad jurídica, y la tradición anglosajona del *common law*, que mantiene su fuerza en la tradición casuística, resulta evidente.

VI. Bibliografía

ACERO, Juan José, BUSTOS, Eduardo y QUESADA, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1982.

AGUILÓ REGLA, Joseph, *Sobre Derecho y argumentación*, Palma, Lleonard Muntaber, 2008.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica,* traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

——, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación,* Barcelona, Ariel, 2006.

——, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BARRETO RODRÍGUEZ, José Vicente, *Acción de Tutela. Teoría y práctica,* Bogotá, Legis Editores, 1997.

BERNAL PULIDO, Carlos, "El precedente en Colombia", *Revista Derecho del Estado,* núm. 21, Bogotá, diciembre de 2008*; http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/viewFile/493/471,* fecha de revisión: 1-09-2011.

——, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 2ª ed., Abeledo Perrot, 1979.

FARTO BENAVIDES, Roque, "Apuntes básicos del Common Law*",* en revista *Ruptura*, t. I, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil*, Madrid, Trotta, 1999.

GIFIS, Steven, *Law dictionary,* Nueva York, Barron's, 1984.

GUASTINI, Ricardo, "La interpretación de la constitución", en ORTEGA GOMERO, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, ARA Editores, 2010.

HESSE, Konrad, "Significado de los Derechos Fundamentales", en Benda y otros (comp.), *Manual de Derecho Constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 1996.

LANDA ARROYO, César, *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional,* Lima, Palestra Editores, 2010.

——, "Los precedentes constitucionales. El caso de Perú", en ESCOBAR GARCÍA, Claudia (comp.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional,* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

LOCKHART, *The american constitution,* Nueva York, West Publishing, 6ª ed.
LÓPEZ MEDIANA, Diego, *El derecho de los jueces,* Bogotá, Legis Editores, 2006.
——, *La letra y el espíritu de la ley,* Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Temis, 2008.
——, "La jurisprudencia como fuente del derecho. Visión histórica y comparada", en *Revista de Derecho Constitucional UMBRAL*, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, enero a junio de 2011.
MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional, una introducción,* Bogotá, Universidad del Rosario Editorial, 2009.
MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.
NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000.
PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 2001.
RODRÍGUEZ, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin,* Bogotá, Universidad de los Andes, 1999.
RUIZ MANERO, Juan, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

Fuentes Legales

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Segundo Suplemento No. 52, 22 de octubre de 2009.
Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial-S No. 544, 9 de marzo de 2009.
Ley 27, Registro Oficial No. 192, 18 de mayo de 1993.
Codificación del Código Civil, Registro Oficial No. 46, 26 de junio de 2005, Art. 3.
Código de Procedimiento Penal, Registro Oficial-S No. 360, 13 de enero de 2000.
Decreto Ley de Emergencia No. 10 de 15 de junio de 1959, Registro Oficial No. 847, 19 de junio de 1959.
Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No. 001-10-PJO-CC, caso No. 999-09-JP, Juez constitucional ponente, Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Registro Oficial No. 351, 29 de diciembre de 2010.
Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No. 045-11-SEP-CC, caso No. 385-11-EP, Juez constitucional ponente, Dr. Patricio Pazmiño Freire, 24 de noviembre de 2011.
Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Resolución Administrativa No. 0004-10-AD-CC, mediante la cual aprobó el Protocolo para elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios, agosto, 2010.

El juicio político en el contorno del control de constitucionalidad y de convencionalidad

Pablo Darío Villalba Bernié[1]

SUMARIO: I. Proemio. II. La relevancia del juicio político. III. Vinculación con el control de constitucionalidad y con el control de convencionalidad. IV. Aspectos generales relacionados con el juicio político. 1. Constitucionalización, sus efectos. 2. El bloque de constitucionalidad. 3. Orden de prelación constitucional. V. Conceptualización del juicio político. VI. Aval constitucional. VII. Apuntes históricos. VIII. Naturaleza jurídica. IX. Derecho comparado X. Consideraciones relevantes. XI. Reglas procedimentales del orden trasnacional que deben cumplirse en el juicio político. 1. Evitar excusas del derecho interno para no cumplir. 2. Jurisprudencia guía de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. Obligatoriedad de cumplir con el control de convencionalidad. 4. Principio de legalidad. 5. Excepcionalidad del juicio político. 6. Forma contradictoria. 7. Órgano natural de juzgamiento. 8. Debido proceso. 9. Vigencia de ley anterior. 10. Garantías judiciales mínimas. 11. Deber de imparcialidad. 12. Plazo indispensable para la defensa. 13. Deber de motivación y argumentación de la sentencia. XII. Reflexiones sobre el reciente caso paraguayo. 1. Descriptiva general. 2. Anormalidades cometidas. 3. Posición esgrimida por el Poder Judicial. XIII. Aplicabilidad de los derechos humanos. XIV. Corolario.

I. Proemio

En el marco del "I Congreso de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional", nos proponemos analizar en esta investigación un instituto constitucional de gran relevancia para la democracia, como lo es el juicio político.

---

[1] Abogado, profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad Católica "Ntra. Sra.de la Asunción", Sede Regional Itapúa, Encarnación, Paraguay; profesor de la Escuela Judicial del Paraguay. Profesor honorario del Laboratorio de Enseñanza Práctica de la UNAM (México). Integrante del Consejo de la Magistratura del Paraguay. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal y presidente del Instituto Itapuense de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

Fundamentalmente interesa retratar la diferenciación existente entre el Orden Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho de las Naciones o Sistema Constitucional, sustentando que tal visible diferenciación es solo una cuestión de planos distintos de vigencia, pero que a su vez actúan de forma armónica y coordinada, teniendo como arbotante a los derechos humanos, que por sola esta razón ya pasan a ser objeto de protección.

Las normativas internacionales de derechos humanos tienen como fin específico ponerle límite a los poderes del Estado, condicionando que se ejecuten sus poderes de coercitividad dentro de un contorno delineado que respete a la persona humana, que es el centro de la tutela, y conlleva que este poder no pueda ser ejercido de cualquier manera sino dentro de un marco claramente prestablecido, respetando al individuo común.

Los Estados deben trabajar en pos de enarbolar puntos de encuentro entre ambos sistemas, instando a que todos los esfuerzos se perspectiven en favor de la persona humana. Así, el Derecho Constitucional rara vez se encontrará en divergencia con el Derecho Internacional, estando obligado el Estado a garantizar la vigencia de los derechos fundamentales previstos en el orden transnacional en todo tipo de vía procedimental.

Esta complementariedad entre ambos órdenes, conlleva que la tramitación del juicio político deba incursarse amparado en la vigencia de los dos cánones, el constitucional y el internacional, permitiendo una interacción de la justicia interna con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

La idea de constitucionalización del orden jurídico ha mutado los postulados tradicionales, previendo que un Estado que se dice *constitucional*, no puede soslayar preceptos normativos que desde fuera influyen marcando modelos a seguir, al punto que algunos se atreven a señalar que debería referenciarse más propiamente a un Estado de *convencional* (haciendo referencia a la vigencia de la Convención), en reemplazo del Estado constitucional, afirmación que aún no nos animamos a certificar, aunque en rigor de verdad a estas alturas ya no la podemos soslayar como objeto de análisis.

Estas nociones previas marcan el rumbo que debe seguir el orden interno cuando se vincula a tipos procedimentales que conllevan la vigencia del Estado Social de Derecho y al marco democrático como sistema político.

La idea de esta investigación, consiste en describir al juicio político en su vinculación con el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, planteando la necesidad de avanzar en el Derecho Procesal Constitucional o Justicia Constitucional, imbuidos en los valores básicos de la democracia representativa, que justamente con el *impeachment* se desnaturaliza, instando a que esta ciencia novel tenga una tendencia hacia el control preventivo del juicio político enmarcado dentro de ciertos límites.

II. La relevancia del juicio político

Cuando apuntamos al juicio político, se significa un modelo procedimental ligado a la defensa de la democracia; esta alternativa procesal debe ser utilizada para la custodia de los cimientos republicanos, no para agredirla, porque de ser así implicaría su desnaturalización como instituto constitucional. Valga esta reflexión de relevancia para comenzar a describir la problemática que presenta su implementación.

Sobre todo cuando recientemente mi país (Paraguay) se ha visto sumergido en una crisis jurídico-política, debido a la repercusión que ha tenido el juicio político realizado en contra del presidente Fernando Lugo Méndez, en el mes de junio de 2012.

Esta conmoción interna, e incluso internacional, generó la necesidad de un análisis de la legitimidad del ámbito jurídico-procedimental. Algunos doctrinarios han planteado al respecto justificativos para la forma de proceder del Congreso paraguayo,[2] así como otros han atacado fulminantemente el trámite implementado, calificándolo como un "golpe de Estado parlamentario".[3]

Tal como ya ha ocurrido en otros lares, la judicialización de la política pasa a ser un hecho nefasto para el Estado de Derecho democrático, pues se obliga a determinaciones jurídicas o *cuasi* judiciales que vinculan a las relaciones de poder, que sin dudarlo devienen en un deterioro de las estructuras democráticas. Supone que lo judicial, puntualmente el procedimiento constitucional y el ámbito político emerjan en crisis, acarreando inseguridad e inestabilidad.

Todo el cimiento democrático se resiente, porque llegar a estos límites conlleva la informalización del Estado de Derecho, la cultura del positivismo jurídico y la intromisión de la política en ámbitos reservados para la función jurisdiccional, haciendo primar a los intereses sectarios, más que la razón.

Generalmente estos bolsones de crisis e inseguridades son propicios en aquellos Estados que no han alcanzado la madurez democrática, derivando en un sistema de valores desintegrados y en la carencia de respeto a las instituciones republicanas, donde aquello que tendría que ser la excepción pasa a constituirse en un hecho común. Se denota así un Estado de Derecho incipiente, primitivo, de difícil compresión y justificación, evidenciando la relativización de los valores que debe-

---

2 RIERA DOMÍNGUEZ, Manuel, "El juicio político del Presidente del Paraguay", en *La Ley. Revista Jurídica Paraguaya*, año 35, núm. 7, p. 1023, agosto 2012. También, FIORE, Bruno, "Juicio político en Paraguay. Un análisis jurídico-objetivo y algunas reflexiones personales", en *La Ley. Revista Jurídica Paraguaya*, año 35, núm. 7, p. 1013, agosto 2012.

3 LEZCANO CLAUDE, Luis, "Sobre el juicio político al Presidente Fernando Lugo Méndez", en *La Ley. Revista Jurídica Paraguaya*, año 35, núm. 7, p. 1019, agosto 2012.

rían sustentar al sistema, engendrando la permanente politización de la justicia, por lo que prima el sectarismo más que la razón.

Cuando se recurre al juicio político, los cimientos del Estado se resienten hasta sus entrañas, pues el objetivo del procedimiento plantea el contexto de avalar el enjuiciamiento de personas encumbradas en el ámbito político, que por esa misma circunstancia acarrea conflictividades. El reinado de la sinrazón, que resuelve las cuestiones por votos más que con el raciocinio.

III. Vinculación con el control de constitucionalidad y con el control de convencionalidad

No cabe duda de que el juicio político se encuentra asentado para constituir un soporte a la democracia, su razón de ser es la defensa del sistema político republicano democrático, evitando que personas encumbradas en el poder puedan realizar actos que atenten contra la vigencia del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, en cuando se implementa el *impeachment*, éste debe enmarcarse sobre la base de los orientadores procedimentales básicos que garantizan el debido proceso, pero no solo el debido proceso nacional, que supone el ejercicio del control de constitucionalidad en el orden interno, sino también al debido proceso transnacional, que presupone la sujeción al control de convencionalidad, como soporte final del modelo procesal, eludiendo que el mecanismo de litigación se agriete y pueda dudarse del contorno democrático.

La vinculación entre los órganos de poder y los ciudadanos debe enmarcarse en una consolidación de las instituciones democráticas, evitando entrar en crisis justamente por la deficiente utilización de sus instrumentos. Esto se debe a que las instituciones procesales son las que deberían avalar al sistema, impidiendo que bajo ningún concepto estas mismas instituciones sean las que lo conmocionen.

Las sociedades democráticas se sostienen y apuntalan en valores fundamentales de justicia y verdad, indicando que estos valores superiores deben estar presentes en todo el conglomerado de garantías constitucionales, forjando que los principios fundamentales tengan como objetivo hacer más justo el procedimiento, como también la justicia de la decisión arribada.

La Escuela Americana de constitucionalidad establece que al facilitarse un procedimiento justo (*due process of law*), será posible tener una sociedad más civilizada y creíble; pero también se ha consensuado que con ello no basta, resulta necesario tener calidad en la decisoria motivando y argumentando sobre la equidad y justicia de la sentencia. Mediante un procedimiento justo y adecuado se exteriorizaría la mayor posibilidad de que la decisión también sea justa. Claro que no es un axioma contundente, pues podría darse el caso de una sentencia injusta, a pesar de un procedimiento con todas las garantías.

Lo que resulta intolerable e injustificable es un procedimiento incorrecto, alejado de toda razonabilidad y racionalidad, que no da las respuestas integrales a aquello que es objeto del juicio.

IV. Aspectos generales relacionados con el juicio político

1. *Constitucionalización, sus efectos*

Abordaremos el temario de la *constitucionalización* por la magnitud que trasluce, al servir de elemento corrector de todo el contexto jurídico, aplicable especialmente al juicio político. El fenómeno ha traído varias consecuencias básicas: la primera, una renovación epistemológica en la visualización y concepción del sistema jurídico, que evoluciona del sistema legalista hacia uno constitucionalista; la segunda, el constitucionalismo o neoconstitucionalismo; la tercera, el tránsito hacia un constitucionalismo universal; y la cuarta, la idea de bloque de constitucionalidad. De ellas surgieron incidencias en el orden jurídico interno de los distintos países, al punto que en la actualidad es casi imposible comprender el futuro del proceso desvinculado de la constitucionalización.

La constitucionalización, consiste en la marcha y resultado de la transformación del derecho causado por la Constitución,[4] conllevando la idea de impregnación de todo el espectro jurídico por las normas constitucionales.[5] La Constitución pasa a tener una visión unificadora, posicionándose como remedio a los efectos destructivos del orden jurídico, mediante una previsión de mayor rango, un derecho más alto,[6] de fuerza obligatoria incluso para el legislador, que debe condicionar su actuación a la misma. La premisa genera la noción de que más allá de la literalidad normativa, están los valores y los principios inmanentes consagrados en la Constitución que no merecen soslayarse.

a) Sistema constitucionalista. La constitucionalización ha instalado con fuerza la idea de superación del sistema legalista por el sistema constitucionalista, en un avance sin precedentes.

El sistema legalista, siguiendo a Zagrebelski, pretendía regular todo a través de la ley, empleando como método la subsunción del caso con la norma, se le obligaba a aplicar el famoso silogismo jurídico, con una *cuasi* anulación de su ca-

---

4 García Figueroa, Alfonso, "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucioalismo*, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2005, p. 163.

5 Guastini, Riccardo, "La constitucionalizacion del ordenamiento jurídico: El caso italiano", publ. en Carbonell, Miguel (ed.), *op. cit.*, p. 49.

6 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil,* Trotta, 6ª ed., Madrid, 2005, p. 39.

pacidad interpretativa, lo que indicaba una gran trascendencia del legislador, porque el juez se encontraba encorsetado en el marco de legalidad.

En cambio, un orden legal constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, persuasiva e invadente, capaz de condicionar tanto a la legislación como a la jurisprudencia y al estilo doctrinal, e inclusive la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. La ley condicionada a un sustrato más alto, el marco constitucional. La Constitución incide en todos los niveles de la creación, implementación y aplicación de las leyes, convirtiéndose en orientadora y condicionadora de fuste, para la concreción del cosmos legislativo.

El resultado de constitucionalizar al ordenamiento jurídico, que se hace asequible cuando se implementa un sistema constitucionalizado, comporta que todo mecanismo de litigación que sea tramitado por cualquier poder del Estado, debe estar impregnado de las seguridades de las disposiciones constitucionales, englobando una visión transformadora del derecho.

b) Neoconstitucionalismo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico no se ha limitado a transformar el derecho, sino predica también el cambio del estilo de pensamientos de juristas y teóricos del derecho, representando una de las manifestaciones más significativas del marco filosófico-político, pasando a ser una revolución en la dialéctica y conflictiva relación entre el Estado y la Sociedad, que tiene su auge en dos virtudes esenciales: *a)* la afirmación y protección de la dignidad de la persona humana, como paradigma que marca la construcción y desarrollo del sistema jurídico; y, *b)* establecer la división y equilibrio de poder y sus funciones, evitando los abusos que atenten justamente contra la dignidad humana.

Este concepto ha llegado a considerarse una teoría, un neologismo especial, algo así como un constitucionalismo nuevo.[7] El proceso de "neoconstitucionalismo" discurre como un conjunto de teorías que proporcionan una cobertura *iusteórica* conceptual y/o normativa a la constitucionalización del derecho en términos normalmente no positivista,[8] incidiendo en aspectos materiales, estructurales, funcionales y políticos.[9]

---

[7] CUBIDES CÁRDENAS, Jaime Alfonso, "Aproximaciones teóricas desde los derechos humanos hacia la constitucionalización del derecho, el neoconstitucionalismo y el derecho procesal constitucional", en VELANDIA CANOSA, Eduardo (Dir. cient.), *Derecho Procesal Constitucional*, t. III, vol. I, VC Editores y ACDP, Bogotá, 2012, pp. 193-220.

[8] GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo", *op. cit.,* p. 164

[9] VILLALBA BERNIÉ, Pablo, *Proceso Civil, actualidad y futuro*, Ed. Bijupa, Asunción, 2008, p. 490.

Trastoca la visión de cómo analizar el entramado constitucional, variando la axiología valorativa, sosteniendo que ya no vale desentrañar el contenido literal de la Constitución sino que tiene como cometido esclarecer los valores y obligaciones morales para obedecerla. Se avista como un camino sin retorno para crear una nueva corriente de pensamiento constitucional, que nace del fenómeno de la constitucionalización, siendo un esfuerzo doctrinario por readecuar a lo constitucional desde otra perspectiva.

c) El tránsito a un constitucionalismo universal unificado. El proceso de consolidación de la constitucionalización ha significado una avance firme hacia una perspectiva de universalización, que aunque no concretado aún, deriva en una de las aspiraciones de los juristas y estudiosos del derecho. Movimiento que paulatinamente va concretándose en la Unión Europea, podría desde allí servir de modelo para el resto del mundo.

Si bien, como decía Ferrajoli, semejante perspectiva de universalización tiene hoy el sabor de la utopía jurídica,[10] no es menos cierto que así como muchos logros del derecho comenzaron con una aparente utopía concretada luego en hechos palpables, también el tránsito hacia el constitucionalismo universal podría consumarse.

d) La idea de bloque de constitucionalidad. La constitucionalización también ha instalado la noción de bloque de constitucionalidad, considerado el conjunto normativo que contiene normas, principios, postulados legales y garantías propias con rango constitucional, pero que materialmente están fuera del texto constitucional.[11] Por su trascendencia para el temario investigado, será tratado en el parágrafo siguiente.

2. *El bloque de constitucionalidad*

Si bien la Constitucional Nacional no lo consagra normativamente en forma literal, el bloque de constitucionalidad pasa a ser una herramienta útil para la interpretación y aplicación del Derecho Procesal Constitucional. Conlleva la formalización del control de constitucionalidad, pero sobrepasando a la Constitución, al admitir el orden internacional como parte del derecho positivo vigente (Art. 137 CN.)

Se entiende por tal, al conjunto normativo contenido en disposiciones, principios o valores con características naturalmente constitucionales, pero que están

---

10 FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías",* Trotta, 3ª ed., Madrid, 2002, p. 119.

11 CALDERA INFANTE, Jesús Enrique, "El bloque de constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales: una aproximación al estudio de sus aportes desde el derecho procesal constitucional", en VELANDIA CANOSA, Eduardo (Dir. cient.), *op. cit.,* pp. 223-255.

ubicadas fuera del texto de la Constitución. Refiere al conjunto de normas que sin estar consagradas expresamente en la literalidad constitucional, forman parte de ella, sea por decisión de un juez o por la disposición de la Carta Magna.[12]

Comporta una doctrina utilizada para la interpretación constitucional, pero no basada exclusivamente en el texto constitucional, sino en otros elementos jurídicos que en un momento dado no están contemplados de forma literal en el texto constitucional; con ello se evita la emisión de decisorias sin fundamento jurídico o que sean carentes de racionalidad, permitiendo al intérprete constitucional realizar una teoría abarcativa y holística en busca de la realización de justicia.

La principal consecuencia que acarrea esta doctrina consiste en mover los contornos de la literalidad normativa de la Constitución para traspasarlos, asintiendo que solo, el marco constitucional es insuficiente para permitir que otras normativas de igual rango sean aplicadas, como es el caso del Pacto de San José de Costa Rica. Indudablemente comporta la ruptura de viejos paradigmas, que pierden vigencia, lo que conduce a la obligatoriedad del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad por igual, en idénticas condiciones.

Deviene axiomático que todo fenómeno de litigación (juicio político) debe estar acomodado al bloque de constitucionalidad, impidiendo que se deje sin efecto esta protección, aun cuando contravenga postulados de supuesta supremacía constitucional. El procedimiento del juicio político debe insertarse dentro del marco del bloque de constitucionalidad, pues de no hacerlo estaría fuera del marco jurídico vigente.

3. *Orden de prelación constitucional*

Conforme se desamarra de las disposiciones constitucionales que rigen el orden de prelación de las leyes, se ha mencionado que el Art. 137 de la Constitución Nacional Paraguaya establece la *supremacía* de la Constitución por sobre toda otra norma jurídica existente, aludiendo a que dentro del sistema piramidal kelseniano nada es superior a ella. Luego, en la gradación de supremacía enunciada se posicionan los tratados, convenios y acuerdos internacionales, más abajo las leyes y posteriormente las otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía. Todas en su conjunto conforman el derecho positivo paraguayo.

Subsiguientemente, el Art. 141 prescribe sobre la validez de los tratados internacionales que hayan sido válidamente celebrados, aprobados por el Congreso y que resulten ratificados, canjeados o depositados. Induce a una primera y categó-

[12] CALDERA INFANTE, Jesús Enrique, "El bloque de constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales…", *op. cit.*, pp. 223-255.

rica conclusión: los tratados internacionales tienen un rango inferior jerárquico a la Constitución Nacional, constituyendo un ordenamiento jurídico de segundo rango.

Esta primera percepción de la prelación constitucional previene asumir como doctrina la supremacía constitucional por sobre los tratados internacionales, situación distinta a la que ocurre en otros países, donde la doctrina constitucionalista acepta la equiparación del valor de los tratados internacionales a la Constitución, otorgándole el mismo rango en algunos casos,[13] por lo que en este contexto es donde se producen las variables en el control de la supremacía constitucional.

El sistema jurídico en boga otorga a la Constitución Nacional rango superior a todas las normas jurídicas vigentes, concluyéndose de manera asertiva que los tratados internacionales están sometidos al encuadre de la norma fundamental. Ello no significa que los tratados vigentes deban ser dejados de lado, sino que deben complementarse armónicamente con los postulados constitucionales; así, cuando se regula la tramitación de un juicio político es indudable que la Constitución servirá de matriz para la reglamentación, pero bajo ningún punto de vista esto conlleva que se deje de lado el orden transnacional que protege los derechos humanos.

V. Conceptualización del juicio político

Cuando se exterioriza al "juicio político", involucra dos ideas que deben ser interpretadas, por un lado la noción de "juicio", que permite visualizar una evidente connotación jurisdiccional, y por el otro el elemento "político", que nos sumerge en una connotación original (de matiz único) excediendo el marco de lo jurídico.

La mezcla de estos dos conceptos plantea la perspectiva de dos ideas amorfas que se unen para dar nacimiento a un tipo de tutela totalmente *sui generis* dentro del ámbito jurídico, provocando la protección de derechos políticos por vía de un orden cuasi-jurisdiccional parlamentario, perfeccionando la unión de dos estamentos disímiles que se movilizan en compartimientos estancos, que rara vez se unen para dar respuestas a necesidades de políticas de Estado y, sobre todo, de contenido constitucional.

Podríamos conceptualizar al juicio político como aquel tipo procesal regulado en la Constitución Nacional que establece las formas en que puede ser removida una persona relevante para el Estado, que ejerce y desarrolla sus funciones estatales mediante un cargo electivo, permitiendo su remoción por las vías legales instauradas, que se encuentran reservadas al Congreso, tanto en la acusación como en

[13] Situación que se presenta en Argentina, Colombia, México, Ecuador y Bolivia, entre otros.

la sustanciación del mismo, mecanismo que finalmente otorga al Senado la decisión de condenar al acusado, al solo efecto de la remoción del cargo sin poder aplicar otro tipo de sanción.

La Corte IDH, estableció:

> En un Estado de Derecho, el juicio político es una forma de control que ejerce el Poder Legislativo con respecto a los funcionarios superiores tanto del Poder Ejecutivo como de otros órganos estatales. No obstante, este control no significa que existe una relación de subordinación entre el órgano controlador —en este caso el Poder Legislativo— y el controlado —en este caso el Tribunal Constitucional—, sino que la finalidad de esta institución es someter a los altos funcionarios a un examen y decisión sobre sus actuaciones por parte de la representación popular.[14]

Tiene la característica de tratarse de un juicio "cuasi jurisdiccional", que involucra a personas en cargos electivos conforme a la Constitución Nacional, desarrollado mediante un procedimiento a cargo del Congreso. Advierte que no es un juicio tramitado ante jueces especializados, sino de una vía atípica que convierte al Senado en juez de las cuestiones puestas a su consideración en la denuncia formulada por la Cámara de Diputados, con el objeto de la remoción de funciones de la persona acusada.

VI. Aval constitucional

La Constitución Nacional del Paraguay, en el Art. 225, regula:

> El Presidente de la República, el Vicepresidente, los Ministros del Poder Ejecutivo, los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Superior Tribunal de Justicia Electoral, solo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes. La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en su caso, declararlos culpables, al solo efecto de separarlos de sus cargos. En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria.

Implica que el juicio político constituye un trámite sometido a normas jurídicas, de hecho una norma jurídica constitucional la consagra y avala, de no estar legislado (como ocurrió en la Constitución anterior de 1967) no existiría en el or-

[14] Corte IDH, Caso "Tribunal Constitucional *vs.* Perú", Fondo Reparaciones y Costas, año 2001, párr. 63.

den legal. Emerge como una garantía constitucional, que integra el elenco de protecciones fundamentales descritas en la Carta Magna.

La Constitución Nacional tiene la característica de ser un cuerpo normativo orientado sobre la base de principios, que reflejan su ideología, postulados básicos y fines específicos, de lo que dimana que estos principios se constituyen en orientadores de cualquier tipo de trámite procesal o procedimental a formalizarse, más aún si el mecanismo se encuentra contenido en la propia Constitución como el caso del juicio político, es decir, afloran como imperativos de optimización que no pueden ser dejados de lado por cumplir una función orientadora, informadora, normativa e interpretativa del cuerpo constitucional.

Las ideas expresadas permiten visualizar que la regulación del juicio político está en concordancia con otros postulados constitucionales que no pueden soslayarse, como el caso del Art. 16 (defensa en juicio), Art. 17 (de los derechos procesales), Art. 45 (de la enunciación de los derechos y garantías no contenidas en la Constitución), y los Arts. 73, 143, 145 (que regulan la vigencia de los derechos humanos y los tratados internacionales).

VII. Apuntes históricos

Resulta hasta difícil establecer el origen del juicio político como tal, puesto que con el tiempo se fue transfigurando y adquiriendo variadas denominaciones. Aunque parecería ser que el origen más conocido se encuentra en Inglaterra, donde el denominado *impeachment*[15] inglés, que literalmente significaba "bochorno", operaba como una suerte de jurisdicción parlamentaria, nacida al amparo de la conquista parlamentaria que comenzó a imponer límites a la Corona en la Edad Media. Así, la Cámara de los Comunes acusaba a los ministros y funcionarios del reino ante la Cámara de los Lores, que podía aplicar penas de destitución y en casos extremos la pena de muerte.

En el derecho indiano debemos recordar el denominado "juicio de residencia", un proceso castellano o indiano que consistía en que al término de su función, el funcionario público (virrey, gobernador, capitán general, etc.) se sometía a la revisión de sus actuaciones y se escuchaban todos los cargos en relación con su gestión para ascender en el cargo; si era negativo, podía ser sancionado con multa e inhabilitación para ejercer cargo público.[16]

---

[15] Las traducciones al español más comunes son "moción de censura", "impugnación", "impedimento", o "acusación pública".

[16] GIL RENDÓN, Raimundo, *El nuevo Derecho Procesal Constitucional*, VC Editores, Bogotá, 2011, p. 248.

Hasta la Constitución de 1870, el juicio político fue un instituto desconocido para el orden legal paraguayo. Dicha Carta Magna a la vez derivaba de la Constitución argentina y de la Constitución de los Estados Unidos de América. Es decir, recepcionamos el instituto del *impeachment* de origen inglés, pero en cierto modo matizado por los americanos del norte. Se lo regulaba en los Arts. 50, 56 y 57 de aquel orden.

Luego, en la Carta Constitucional de 1940, se dispuso que el juicio político solo abarcara a los miembros de la Corte Suprema de Justicia (Art. 83), contra quienes de manera exclusiva estaba regulado. Posteriormente la Constitución de 1967 (de claro tinte "stronista"[17] y dictatorial) no reguló al juicio político, desconociéndose al instituto, situación hasta si se quiere lógica pues el dictador no asintió la regulación de ninguna posibilidad que hubiera podido costarle el cargo, menos aun si esta posibilidad surgía de una disposición constitucional.

Finalmente, la Constitución Nacional de 1992 vigente lo consagra en el Art. 225. Así, en la actualidad, está en vigor un modelo americanista del *impeachment*, que es denominado juicio político, con facultades de remover al acusado en sus funciones sin que implique juzgarlo por la comisión de delitos comunes.

VIII. Naturaleza jurídica

Puntualizar sobre la naturaleza jurídica del juicio político, importa describir un ámbito de gran discusión, al no existir uniformidad de criterios al momento de calificar su esencia.

El juicio político se enmarca dentro del orden público por el temario que protege, pero a su vez consiste en un procedimiento de naturaleza híbrida que no se direcciona hacia ninguno de los sistemas tradicionales. Integra el derecho constitucional, e incluso, por algunas de sus características, debería ser parte del Derecho Procesal Constitucional, aunque la mayoría niega que conforme este bloque procesal. Podemos decir que constituye un procedimiento *sui generis*, que aun no encuadrándose dentro de los sistemas tradicionales, requiere del respeto a las formas comunes de los distintos juicios, de modo que no puede huirse de la forzosa naturaleza procesal del mismo.

Al desnudarse su naturaleza procesal, sugiere el deber de respetar los principios básicos del derecho procesal, que tienen aval constitucional, como el derecho de defensa y a un proceso justo, por lo que el debido proceso tendrá que garantizarse en todo trámite que involucre un juicio político. A pesar de ser un proceso

[17] Me refiero a la dictadura del general Alfredo Stroessner, que postergó al Paraguay en todos los niveles, especialmente el educativo.

de connotación política, idea diferencial del resto de la tipología procedimental, no puede apartarse de los rigores procesales.

La discusión común sobre la naturaleza jurídica versa sobre si el juicio político es un proceso de tipo "político" o "jurisdiccional", considerándolo Sagües como un juicio no puramente político, sino político-jurisdiccional,[18] al sostener que no solo se imponen a través de él remociones a cargos públicos, sino también penas.

Zaffaroni, en cambio, asegura que el juicio debe mantenerse como puramente político,[19] siguiendo el lineamiento marcado por Brossard de Souza Pinto, explicando que el juicio tiene factura política, se origina en causas políticas, con resultados políticos, sobre la base de consideraciones políticas y juzgado en ponderaciones políticas. Este criterio "político" fue seguido por la Corte Suprema de Justicia de Paraguay.[20]

No obstante lo aparentemente certero de la afirmación expresada en el párrafo anterior respecto a la connotación política, sostenemos que el axioma político no es suficiente para explicar la naturaleza jurídica del instituto. Así, surgen quienes sostienen que es un instituto "administrativo constitucional", o incluso aquellos que manifiestan que el juicio político tiene una naturaleza mixta "procesal-constitucional de orden público".

También están aquellos que lo califican como "procedimiento parlamentario administrativo", tal como lo descubriera la misma Corte Suprema de Justicia del Paraguay al fundar el A.I. 1.533, del 25 de junio de 2012, señalando: "La institución que se denomina "juicio político" es un procedimiento parlamentario administrativo que la Constitución ha encargado, como competencia exclusiva, al Congreso Nacional" (con ello se revelaba que ni en la misma Corte hay un criterio unificado, y basta recordar que le habían atribuido un matiz político).

Nos apartamos de las tendencias dominantes, esgrimiendo la idea de centrar la cuestión en el ámbito *procesal-constitucional*, que garantiza el respeto a las garantías básicas del procedimiento para la sustanciación de aquello que emerge como evidentemente público, constitucional y político. Debería analizarse si el juicio político puede desvincularse del procedimiento, para no ser tratado como parte del Derecho Procesal Constitucional, o incluso que al no ser realizado por magistrados, no se comprendería dentro de la materia citada. Estamos convencidos de

---

[18] SAGÜES, Néstor Pedro, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 89; también en *Elementos de Derecho Constitucional,* t. I, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 515, donde hace referencia a Calmón, destacando la visión judicialista del juicio político.

[19] ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otro, *op. cit.*, t. II, p. 153.

[20] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, "Acción de inconstitucionalidad, Fernando Lugo Méndez c/ La Resolución de fecha 22 de junio de 2012", Acuerdo y Sentencia núm. 1,323, de fecha 20 de septiembre 2012.

que el juicio político debería integrar esta esfera procesal constitucional, por tener todos los aditamentos para su inclusión, aun cuando convengamos en que se trata de una figura *sui generis* con un matiz no jurisdiccional, pero que dada su connotación procedimental cuando menos tendría que ser estudiada como una vía transversal, más aún si tomamos como base para la calificación la evidente alusión procesal atribuida por la Corte IDH al instituto.

Lo reseñado expone la gran conflictividad existente en cuanto a la calificación de la naturaleza jurídica del instituto.

Ahora bien, más allá de las disímiles interpretaciones sobre el punto, sea de naturaleza jurídica, política o mixta, en todas las hipótesis atribuidas, lo característico del *impeachment* es su sometimiento a lo procesal; no existe duda de que es un modelo procesal, que debe llevarse a cabo por canales de racionalidad y respeto a los derechos humanos, así el trámite del juicio político debe respetar el debido proceso, la posibilidad del contradictorio, el derecho de defensa del acusado y la motivación de la sentencia. Estos lineamientos no pueden ser dejados de lado para la sustanciación, porque de hacerlo así será inconstitucional e inconvencional, de ahí que concibamos que el juicio político no puede desligarse de lo procesal, conteniéndolo, y por tanto, obligando a respetar los principios procesales básicos regulados en la Constitución e incluso en los tratados internacionales.

IX. Derecho comparado

Si bien es un tipo procedimental constitucional reseñado en la mayoría de las legislaciones, no tiene una regulación uniforme, aunque se coincide en que versa sobre un modelo para la sanción de altos funcionarios, especialmente del ejecutivo y del judicial.

El derecho comparado admite cuanto menos tres modelos de juicio político, el primero de ellos un *sistema anglo americano* donde la responsabilidad política es juzgada por un organismo legislativo; un segundo modelo, derivado del *sistema español* vigente, donde es el tribunal supremo el que tiene a cargo el juzgamiento de los miembros del gobierno (judicialista); y un tercer sistema, apuntalado por repertorios legales que encomiendan el juzgamiento de personas encumbradas en el ámbito político a organismos especializados, como ocurre en Francia (Alta Corte Francesa) y Austria.

También debe tenerse en cuenta que dentro de la variada normatividad internacional, constituye un modelo procesal de raigambre constitucional que encuentra diferenciaciones en cuanto a la forma procedimental y a las personas que pueden ser objeto del juicio político. Así, en México no se admite el juicio político al presidente de la República, como sí se presenta en Paraguay, entre las connotaciones más elocuentes.

X. Consideraciones relevantes

A modo de graficar los inconvenientes de la regulación legal del juicio político, pondremos énfasis en algunas connotaciones relevantes que deben ser tenidas en cuenta.

a) Escueta normativa. Primeramente destacar la escueta normativa reglamentaria del juicio político contenida en la norma constitucional, que deja innumerables situaciones libradas al azar interpretativo de quienes juzgan este tipo de procedimiento. Así, nada dice en referencia al procedimiento a implementarse dentro del Senado, se limita a establecer que el juicio será público, sin identificar los mecanismos propios de la vía procesal.

Esta carencia identificatoria de la forma de litigación no puede ser una causal para la no tramitación del juicio político, de hecho el Art. 45 de la CN garantiza que la falta de ley reglamentaria repulsa ser invocada para negar o para menoscabar algún derecho o garantía. Estas circunstancias conllevan que el Congreso de la República establecerá el trámite que debe imprimirse al *impeachment*.

b) Senado no juzga delitos. Si bien no fue excluida como causal del juicio político, resulta tangible que la investigación a fondo de la comisión de delitos no le compete al Senado, por cuanto se trata de una función jurisdiccional que atañe a los órganos competentes. No obstante, al constituir una causal de remoción, avalando el sometimiento a juicio político por delitos cometidos en el ejercicio de los cargos o por delitos comunes, se tiene la obligación de demostrar, aunque sea someramente y con algún grado de certeza, la comisión de los ilícitos que se imputan a la persona sometida al *impeachment*, lo cual supone que sea imperiosa una apreciación previa en el fuero ordinario antes del sometimiento al juicio político.

De allí que en rigor de verdad, la única causal para el juicio político sea el mal desempeño en las funciones, situación que no precisa asentarse en altos grados de certeza, sino en meras apreciaciones políticas de los hechos cometidos.

c) Solo puede disponerse la destitución del acusado. En el juicio político lo perseguido es la destitución del sometido al proceso, no tiene el Senado capacidad de aplicar otra penalidad en contra del investigado. La propia Constitución así lo declara, al prescribir: "… juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en su caso, declararlos culpables, al solo efecto de separarlos de sus cargos…" El único efecto del juicio político en Paraguay consiste en apartar del cargo a la persona que sea sujeto pasivo del procesamiento, y si éste renuncia previamente al juzgamiento, la vía queda sin efecto, porque el funcionario ya se ha apartado del cargo, no teniendo sentido proseguir el trámite.

d) Difícil independencia del órgano juzgador. Al configurar un órgano político del Estado democrático, el Senado juzgador difícilmente podrá ser visto como una institución independiente e imparcial, más aún cuando el juzgamiento se realiza

por votos y mayorías, no por la razón. En el análisis final de la casuística, priman las consideraciones políticas para la destitución o no del funcionario. Resulta dificultoso sostener que el Senado pueda componerse de jueces independientes, pues forman otro poder del gobierno con facultades eminentemente políticas y no jurisdiccionales, de hecho es un cuerpo político[21] y por mucho que nos esmeremos en verlo como un órgano de justicia para el caso específico, no actúa como un órgano independiente, desapegado de las connotaciones políticas; al contrario, juzga sobre la base de sucesos políticos.

e) No prevé posibilidad de revisión del fallo. Tampoco prevé la Constitución, la posibilidad de la revisión del fallo emitido por el Senado, hecho que se contrapone con postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantizan cuando menos la doble instancia, siempre que se trate de la imposición de una penalidad o sanción como la que se emite en el juicio político, que puede culminar en la destitución del involucrado.

XI. Reglas procedimentales del orden transnacional que deben cumplirse en el juicio político

A continuación pasaremos a describir las reglas procedimentales que necesariamente tienen que cumplirse en todo juicio político, avaladas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya sean contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos o en los fallos de la Corte IDH.

Debemos reseñar que todos los tópicos a ser descriptos, no contienen contraposición alguna con la normativa constitucional paraguaya; al contrario, la complementan, no correspondiendo eludir su aplicación a ningún país signatario de la Convención.

1. *Evitar excusas del derecho interno para no cumplir*

Todos los países signatarios del Sistema Interamericano tienen la obligación de contar con una legislación interna compatible con la Convención Americana, no pudiendo eximirse de responsabilidad en tal sentido, pues las garantías del respeto a los derechos humanos requieren que la legalidad del orden interno se encuentre adecuada a los orientadores propiciados por el orden supralegal, imponiendo a los Estados la ejecución de actos que permitan diagramar estas garantías con el objeto de que no puedan ser violentadas, es decir, se obligan a imponer lí-

[21] ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otro, *op. cit.*, t. II, p. 154.

mites que impidan el ejercicio de los derechos conforme a cánones internacionales, de no hacerlo, estarían violando la Convención.

Así, el Estado no puede alegar falta de responsabilidad en cuanto a sus obligaciones internacionales, apuntando la existencia de un orden interno que estipule normas o procedimientos[22] que surjan positivizados y tengan que aplicarse aunque violenten los derechos humanos.

La Corte IDH sostuvo: "La obligación de reparar, que se regula en todos sus aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno".[23]

La obligación del Estado emerge a consecuencia del Art. 26 de la Convención que garantiza el "desarrollo progresivo" de los derechos humanos, indicando que toda legislación o reglamentación posterior a la vigencia de la Convención debe ajustar sus trámites en pos del respeto de la persona humana, jamás deberá regularse en sentido contrario, "desarrollo progresivo inverso", pues sería violatorio de conquistas ya prestablecidas en favor de la protección. A modo ejemplificativo, si en una tramitación anterior ligada al juicio político, se otorgó un plazo determinado para la defensa, no puede por una disposición posterior restringirse ese plazo de defensa.

2. *Jurisprudencia guía de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Los fallos de la Corte IDH pasan a constituirse en guías para la actuación de los Estados, así lo ha resuelto el Alto Tribunal Supranacional al referenciar: "…la jurisprudencia del Tribunal debe constituir una guía para la actuación de los Estados. Los máximos tribunales de diversos Estados han tomado a la jurisprudencia de esta Corte, emitida respecto a ellos mismos, de otros Estados o en opiniones consultivas, como un parámetro a decidir en asuntos sometidos a su conocimiento".[24]

Corresponde a los Estados actuar de acuerdo con la Convención, en el sentido de ponderar el Art. 1.1., por un lado respetando y garantizando los derechos protegidos en el tratado y, por el otro, tomando en cuenta lo resuelto por la Corte IDH en el caso concreto, a fin de poder aplicarlo en cada casuística en particular, siempre y cuando versen sobre situaciones similares, sea que se hayan resuelto controversias con el mismo Estado o con otro Estado.

Se emplea en materia internacional y en relación con los Estados partes, el sistema del precedente judicial; así, a Paraguay le son exigibles y de usanza obliga-

---

22 Corte IDH, Caso Cantos *vs.* Argentina, Fallo 97, 2002, párr. 54.

23 Corte IDH, Caso Bulacio *vs.* Argentina, Fallo 100, 2003, párr. 72

24 Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros *vs.* Perú, Fallo 157, 2006, párr. 67.

toria los precedentes judiciales que manen del ámbito interamericano en materia de juicio político.

3. *Obligatoriedad de cumplir con el control de convencionalidad*

Desde el momento que los Estados confirmaron la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, se obligan a respetar dicha Convención, lo que ha permitido el surgimiento de la doctrina del "control de convencionalidad".

La idea se origina en el maestro Sergio García Ramírez, que la puso en operación en forma efectiva a partir del caso "Almonacid Arellano *vs.* Chile",[25] generando la obligatoriedad de un control difuso de convencionalidad que se extiende a todos los fueros, quedando obligados a respetar y aplicar lo estipulado en el Pacto de San José de Costa Rica, ejerciendo un control difuso en cada una de las casuísticas que se presenten; imposición trasladada al juez que concurre, obligado a recurrir a la Convención en las decisiones que conlleven vulneración de los derechos contemplados en ella.

El control de convencionalidad se posiciona así, marcando un supuesto de primacía del Pacto sobre las constituciones y demás preceptos jurídicos del derecho interno, instando imperativamente a que los jueces de los Estados viabilicen el respeto a los derechos humanos, aplicando aun de oficio la Convención.

Las previsiones referenciadas denotan la obligatoriedad para los Estados de cumplir con el control de convencionalidad en todo tipo de proceso, sea del orden penal, civil, laboral, administrativo, constitucional, parlamentario o de cualquier índole que fuere, siempre que requiera investigación mediante la viabilización de un modelo procesal. Así, el orden legal debe respetar a las normativas contenidas en la Convención Americana, pues de no hacerlo estaría violando la misma.

En el marco del juicio político, el control de convencionalidad tendrá que garantizarse permitiendo un amplio contradictorio y una tramitación procesal cuanto menos similar a los anteriores juicios políticos sustanciados, sin que sea dable restringir las garantías de los precedentes juicios similares llevados a cabo que consagren mayores garantías.

4. *Principio de legalidad*

En todo orden legal y especialmente en un Estado de Derecho tienen vigencia los principios de legalidad y de irretroactividad que presiden las actuaciones de

[25] Fue expresado en el párrafo 124 de dicho fallo. La idea fue continuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Trabajadores Censados del Congreso *vs.* Perú" (2006), "Fermín Ramírez *vs.* Guatemala" (2008), "Gelman *vs.* Uruguay" (2011), "Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México" (2010), "Radilla Pacheco *vs.* México" (2011).

los órganos del Estado, sus competencias, calificación de licitud o ilicitud de conductas reprochables, como la fijación de los efectos jurídicos de las conductas atribuidas al sujeto infractor. Legitima, además, que el trámite o procedimiento a evacuarse en los procesos debe estar contenido previamente en una disposición legal.

Estos principios surgen consagrados en la Convención Americana en el Art. 9, que actúa en concordancia con el Art. 8 del mismo cuerpo normativo.

Así las cosas, la tramitación puntual del juicio político tiene que enmarcarse en una normativa consagratoria específica, exhibiendo que para el caso paraguayo se plantean dos cuestiones:

a) La primera que efectivamente en la Constitución Nacional, Art. 225, se exhibe legislado el juicio político, siendo una figura que integra el derecho positivo (hasta aquí no tendríamos problemas).

b) Como segundo sesgo, Paraguay no cuenta con una normativa reglamentaria del juicio político, irrumpiendo obligatorio se establezcan parámetros para la sustanciación de dicho proceso. De esta ultima consideración, manan nuevamente dos situaciones a ser analizadas:

b.1) La inexistencia de una ley reglamentaria no puede constituir una causal que impida la sustanciación del juicio político consagrado en la CN, rigiendo para estos casos el Art. 45 de la CN, al establecer que la falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar o menoscabar algún derecho o garantía.

Esta carencia normativa debe ser suplida por algún procedimiento similar del ámbito constitucional que se adecue a las necesidades de la tramitación del juicio político; o bien, adoptando para la sustanciación la regulación para juicios análogos o parecidos del proceso civil o penal, o incluso de otros fueros, como los procesos administrativos.

b.2) Puede surgir asimismo, que se hayan presentado casos anteriores que sirvan de antecedente para la sustanciación; así, tenemos que se habían despachado juicios políticos anteriores en similares condiciones, involucrando a otros presidentes en ejercicio de su mandato. En este caso los mecanismos instaurados debieron servir de modelo para imitar la actuación, basado en el precedente jurisdiccional y parlamentario de juicios similares, incumbiendo tomarse la reglamentación que se hiciera en los anteriores juicios políticos; o cuanto menos, al reglamentar el nuevo juicio, jamás abandonarse la legalidad impuesta por la Convención que exige el desarrollo progresivo de los derechos, siempre basado en el principio *pro homine*, en favor de la persona humana.

5. *Excepcionalidad del juicio político*

Resulta indispensable señalar como elemento a ser tenido en cuenta, la excepcionalidad del juicio político, situación que se presenta extrema y como última *ra-*

tio evidenciando una coyuntura estatal en crisis, atento a que el encuadramiento del instituto siempre expone el juzgamiento de conductas enarboladas por personas encumbradas en el ámbito político o judicial.

El juicio político no puede utilizarse como un control del ejercicio jurisdiccional del Poder Judicial, ni para controlar la función realizada por el Poder Ejecutivo, sino se presenta en casos excepcionales en que se ha violentado el Estado de Derecho por alguno de esos órganos del Estado.

En el caso Tribunal Constitucional *vs.* Perú, la Corte IDH, refirió: "El procedimiento de destitución de los magistrados por parte del Congreso debe tener carácter excepcional y gozar de las debidas garantías judiciales y de imparcialidad".[26]

6. *Forma contradictoria*

El trámite del juicio político debe respetar la forma contradictoria que conlleva la imperatividad de asegurar el debido proceso y el derecho de defensa en circunstancias similares a las contenidas en otros tipos procesales.

Así, cuando una persona resulte acusada de la comisión de alguna irregularidad o ilicitud, que conlleve una posterior sanción, tiene que acordarse un adecuado derecho a contradecir lo manifestado por la parte acusadora, permitiéndole un racional derecho a ejercer su defensa.

Nuevamente la Corte IDH en el caso del juicio político llevado en contra del Tribunal Constitucional,[27] aclara la situación al reseñar que el ejercicio de la defensa constituye un derecho y una garantía para impedir la arbitrariedad de los órganos del poder público, comprendiendo aspectos sustantivos y adjetivos, tales como ser oído antes de la decisión, participar en forma efectiva en todo el proceso, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas y notificaciones oportunas, acceso a las informaciones contenidas en el expediente, posibilidad de controvertir los elementos probatorios, obtener asesoría legal y disponer de la posibilidad de impugnar la resolución.

7. *Órgano natural de juzgamiento*

Al tratarse de un proceso no jurisdiccional, está habilitado para convertirse en juez el órgano estatal político designado para el efecto (Senado), ninguna otra ins-

---

[26] Corte IDH, Caso "Tribunal Constitucional *vs.* Perú", Fondo Reparaciones y Costas, año 2001, párr. 64.d.

[27] Corte IDH, Caso "Tribunal Constitucional *vs.* Perú", Fondo Reparaciones y Costas, año 2001, párr. 64.i.

titución puede arrogarse atribuciones en tal sentido para el juzgamiento de esta particular estampa procedimental.

Con la aclaración de que el Senado, al transformarse en juez, debe poder razonar para hacer respetar el procedimiento estipulado en pos de una efectiva tramitación de la causa, sustentada en el debido proceso.

Fluida de esta requisitoria, la Corte IDH ha postulado:

> En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.[28]

8. *Debido proceso*

En la tramitación del juicio político constriñe dar garantías del cumplimiento del debido proceso, actuando a la luz del Art. 29 de la Convención Americana, pues son normas integradas al conjunto de derechos que amparan a todo aquel que tropiece involucrado en esta tipología procedimental. Con mayor razón, cuando lo que apremia en juego son las bases democráticas de países inmersos en una discusión política que haya degenerado en la instauración de un proceso de las características del juicio político, donde se discuten situaciones extremas que podrían derivar en el rompimiento de las bases del sistema republicano.

El órgano encargado de la tramitación queda obligado a ser celoso custodio de la majestad de la justicia, en tal sentido a examinar cuidadosamente los argumentos vertidos, como también la sumisión a las buenas reglas de tramitación del juicio, de las reglas del proceso justo, el respeto al *due process of law*, garantizando que el procedimiento propicie la consolidación de las garantías constitucionales. Si bien reconocemos que la vigencia de un procedimiento justo no constituye aval de una sentencia de contenido justo, sugiere que la existencia de un método ajustado a las garantías legales avalará con mayor certeza el dictamiento de una resolución justa.

Figura vital la existencia de un procedimiento correcto, apegado a las garantías de la defensa, entre otras cosas, como condición necesaria para llegar a una decisoria considerada justa. Si el procedimiento no dimana regular, podrá incluso dictarse un veredicto ceñido a la realidad de los hechos, pero con seguridad no dará la proyección de certidumbre, ni la noción de un pronunciamiento basado en

---

[28] Corte IDH, Caso "Tribunal Constitucional *vs.* Perú", Fondo Reparaciones y Costas, año 2001, párr. 77.

pruebas,[29] requerido por todo proceso para ser confiable. Es decir, radica tan relevante un procedimiento justo como una sentencia razonada y ecuánime.

9. *Vigencia de ley anterior*

Como toda imputación realizada en contra de una persona en particular, el juicio político estará basado en la vigencia de una ley anterior a las causales invocadas para el juzgamiento. Ello deviene del principio de legalidad y de irretroactividad de la norma, previsto en el Art. 9 de la Convención, prescribiendo que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable.

En el caso del último juicio político sustanciado en Paraguay —caso Lugo Méndez— emergen dos aristas diferenciadas; primeramente, que el juicio político como institución autónoma se consagra en el Art. 225 de la CN, y luego, en segundo lugar, que la norma constitucional no contiene la forma en que se llevará a cabo el mismo, ni tampoco existe una normativa que lo reglamente. Con respecto a esta última situación se cometieron los errores, pues se reglamentó en forma posterior el mecanismo de sustanciación del procedimiento, o lo que es lo mismo, fue regulado el trámite al que se sometería después de haberse denunciado el hecho ante el Senado, siendo este órgano estatal, quien prescribió el modo de ejercicio de la defensa, una irregularidad significativa pues fue aplicado un trámite *ex post factum.*

La garantía del debido proceso debió tutelarse en todo momento y, en especial, en la fase de la sustanciación, evitando así que se consumen errores que restrinjan el derecho de defensa del acusado.

10. *Garantías judiciales mínimas*

Las garantías judiciales irrumpen enunciadas en el Art. 8 de la Convención, tutelando que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal o de otro fuero para la determinación de sus responsabilidades.

El respeto a las garantías judiciales mínimas constituye un límite a la actividad estatal, en favor de todas las personas, incluso valiendo para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, desempeñada de carácter

[29] Corte IDH, Caso "Tribunal Constitucional *vs.* Perú", Fondo Reparaciones y Costas, año 2001, párr. 64.h.

oficial, porque no debemos olvidar que el poder dimana ejercido por una persona humana que también merece una protección adecuada.

La Corte IDH prescribe*:*

> Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no solo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.[30]

De modo que las garantías judiciales no se limitan a los recursos judiciales en sentido estricto, sino que abarcan el abanico de requisitos a ser observados en cualquier instancia procesal, con el objetivo de tutelar que las personas logren defenderse correctamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pudieran afectar a sus derechos, facilitando la protección de cualquier tipo de proceso, sea de orden constitucional, penal, civil, laboral, administrativo, fiscal o de otro carácter.

11. *Deber de imparcialidad*

Aun en casos de juicio político, que engloban circunstancias políticas, debe garantizarse la independencia del órgano juzgador y sobre todo la imparcialidad de sus decisiones, presuponiendo que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un encumbrado miembro del poder político (como lo sería un presidente de la República) se compromete a conducirse imparcialmente en el procedimiento prestablecido para el efecto, transigiendo el libre ejercicio integral del derecho de defensa,[31] solo así será garantizado un trámite regular y confiable que solidifique el Estado de Derecho.

Conviene recordar que en un sistema democrático, el presidente resulta electo por voluntad popular, y su destitución por vía del juicio político violenta el mandato popular basado en un mecanismo parlamentario-político, de ahí que devenga residual tomarse todos los recaudos para asegurar un procedimiento correcto y regular, brindando a la ciudadanía la sensación de un proceso justo, ya que fue la sociedad mediante el ejercicio del sufragio quien eligió voluntariamente en las urnas a la persona juzgada.

---

[30] Corte IDH, Caso "Tribunal Constitucional *vs.* Perú", Fondo Reparaciones y Costas, año 2001, párr. 68.

[31] Ibídem, párr. 74.

12. *Plazo indispensable para la defensa*

La noción del plazo razonable comporta la idea de un proceso llevado a cabo dentro de determinados parámetros básicos, acreditando recibir una decisoria final de la causa en el tiempo mínimo indispensable para la investigación racional del juicio. El "plazo razonable" aflora con notoriedad a partir del caso "Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia",[32] y se consolida con el caso "Fornerón e hija *vs.* Argentina".[33] Ambos fallos orientan en el sentido de que el proceso debe avanzar con la mayor diligencia posible, a los efectos de resolver la casuística en el tiempo más breve.

Contrariamente, tampoco puede establecerse un plazo menor al necesario para la investigación de la causa que importe cercenar el derecho a una defensa con las garantías de amplitud requeridas por el imputado para su defensa. El proceso debe caracterizarse por la ecuanimidad y equilibrio, armonizando las potestades tanto del reclamante como del imputado, de otra manera se estaría rompiendo el equilibrio que supone un juicio con las garantías del contradictorio.

Ni violentar el plazo razonable, con decisiones tomadas luego de mucho tiempo, ni propiciar que se dicte sentencia en un tiempo menor al necesario para la dilucidación del litigio, sobre todo cuando de esta manera se prive el ejercicio de la defensa; recalcamos, la excelencia se dará cuando el proceso estampe un equilibrio, bregando por un contrapeso armónico que no descuide los intereses de los intervinientes.

Podríamos resumir, en un procedimiento que respete los tiempos de ambas partes para ejercer sus actuaciones con probabilidad de éxito y donde se dicte la resolución final en los espacios temporales estipulados como razonables.

Los involucrados en el juicio político deberán contar con el tiempo suficiente para el ejercicio de la defensa, pues de no hacerlo estaría violentándose el debido proceso. El derecho de defensa, cuando menos resguardará la posibilidad que el acusado tenga el tiempo conveniente para preparar su defensa como debe ser, actuando así se cumplirá el postulado constitucional contenido en el Art. 17, inc. 7.

Por un lado, debe bregarse por el *plazo razonable* y, por el otro, por *el plazo indispensable* para el ejercicio de defensa, los que obligatoriamente emergerán enmarcados dentro de criterios de racionalidad y logicidad.[34]

---

[32] Corte IDH, Caso "Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia", Sentencia del 27/11/2008, párr. 155.

[33] Corte IDH, Caso "Fornerón e hija *vs.* Argentina", Sentencia del 27/04/2012.

[34] Corte IDH, Caso "Tribunal Constitucional *vs.* Perú", Fondo Reparaciones y Costas, año 2001, párr. 83. En dicho fallo se seguía el principio ya esbozado en el Caso "Paniagua Morales y otros *vs.* Guatemala" (1996), *supra* nota 46, párr. 152. La Corte IDH en el paradigmático caso "Tribunal Constitucional *vs.* Perú", prescribía en cuanto al plazo de 48 horas que tuvieron para defenderse los miembros del Tribunal Constitucional, lo que sigue: "Lo antedicho produjo la consiguiente restricción del derecho de defensa de los magistrados para presentar los descargos correspondientes a las imputaciones que se presentaban en su contra. Por una parte, los inculpados no tuvieron cono-

La garantía del Estado de Derecho en una sociedad democrática se concreta en que no deriva suficiente que los recursos existan formalmente, ni que se encuentren legislados, sino que éstos deben ser capaces de tener efectividad[35] dentro del procedimiento; de nada sirve garantizar el derecho de defensa, si luego se lo reduce a un tiempo mínimo que en puridad impida ejercer la misma con la amplitud necesaria. Lógica, racionalidad y ecuanimidad son requisitos axiomáticos a aplicarse en cuanto a la conjunción de teoría y abstracciones (evidenciada en la norma jurídica) y la faz pragmática (traslucida en el ejercicio efectivo de los derechos consagrados).

13. *Deber de motivación y argumentación de la sentencia*

En varias oportunidades la Corte ha manifestado que el deber de motivación de la sentencia constituye la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.[36] El deber de motivar los fallos es una garantía vinculada a la correcta administración de justicia, protegiendo así a los ciudadanos que son juzgados, confiriendo suficiente credibilidad a las decisiones en el marco de una sociedad democrática.

Este deber de motivar y argumentar la decisoria, especialmente cuando afecten a procesos tan caros a la sensibilidad social, como lo es un juicio político que tendría que contener un alto grado de protección a los derechos humanos, estará debidamente fundamentada, de lo contrario tendríamos decisiones arbitrarias. La motivación se muestra como una garantía del debido proceso esbozada en el Art. 8.1 de la Convención, siendo obligatorio tomar en cuenta lo sucedido en el proceso para emitir un juicio de valor motivado y razonado. Aquí debemos dejar en claro que no radica suficiente una mera motivación, sino que ésta debe figurar acompañada de una argumentación crítica de los hechos que dieron razón a la condena o a la absolución.

Máxime en procesos de esta naturaleza, donde debe procederse a argumentar correctamente la sentencia, en una motivación razonada de la misma. No es suficiente una simple motivación, sino por lo grave del caso, debe permitir un control *in extenso* de todos y cada uno de los argumentos que han llevado al juez (Senado) a admitir o rechazar la acusación.

---

cimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían y se les limitó el acceso al acervo probatorio. El plazo otorgado para ejercer su defensa fue extremadamente corto, considerando la necesidad del examen de la causa y la revisión del acervo probatorio a que tiene derecho cualquier imputado".

35 Corte IDH, Caso "Bámaca Velázquez *vs.* Guatemala" (2000), párr. 191; Caso "Cesti Hurtado *vs.* Perú" (2000), párr. 125; Caso "Paniagua Morales y otros *vs.* Guatemala (1996), *supra* nota 46, párr. 164.

36 Corte IDH, Caso "Aptiz Barbera y otros *vs.* Venezuela" (2008), párr. 77.

Los intereses extractados en el juicio político son trascendentales para cualquier sociedad, puesto que al desarrollarse el escenario de litigación testimonian lo extremo y grave de la acusación, que con seguridad traerá connotaciones políticas de relevancia para la comunidad donde se tramita, exteriorizando el posicionamiento social en los confines del discernimiento.

XII. Reflexiones sobre el reciente caso paraguayo

Ninguna duda cabe de que en América, Paraguay se ha convertido en uno de los más aptos para explicitar el contenido del juicio político y su formulación pragmática, pues en un corto tiempo de democracia, desde 1989 en adelante, ha tenido cuatro juicios políticos, tres presidenciales y uno a ministros de la Corte Suprema de Justicia, como también varios intentos similares que han quedado estancados en el Congreso.

Proponemos abordar jurídicamente la última situación acontecida a consecuencia del juicio político realizado al ex presidente Fernando Lugo Méndez (junio 2012).

1. *Descriptiva general*

En contra del Presidente de la República del Paraguay Fernando Lugo Méndez se presentó un pedido de juicio político que fuera promovido por la Cámara de Diputados, acusándolo de "mal desempeño de sus funciones", atribuyéndole la comisión de ilícitos.

Cronología de los hechos:

Jueves, 21 de junio 2012

1) La Cámara de Diputados decidió acusación en horas de la mañana.

2) Se acusa ante el Senado, en horas de la tarde.

3) El Senado sanciona el reglamento del juicio político esa misma tarde, en resoluciones dictadas en el seno del colegiado.[37]

4) El mismísimo día, a las 19 hs. se notifica al presidente de la República la promoción del juicio político promovido en su contra.

Viernes, 22 de junio 2012

5) 12:00 hs. Se otorga la posibilidad de defensa oral del acusado por dos horas.

6) 14:00 hs. Diligenciamiento de pruebas (no se diligenció prueba alguna).

[37] Resoluciones núms. 878 y 879 de fecha 22 de junio de 2012 de la Honorable Cámara de Senadores.

7) 15:30 hs. Alegatos (30 minutos cada parte), que fueron presentados por las partes.

8) 16:30 hs. Deliberación del Senado, luego, sentencia condenatoria, en menos de 40 minutos.

9) 18:00 hs. Se le tomaba juramento al nuevo presidente.

Desde la notificación de la acusación hasta el juramento del nuevo presidente transcurrieron 23 horas. Esto ameritó que varios medios periodísticos le hayan otorgado el mote de "juicio político express".

2. *Anormalidades cometidas*

2.1. *Vulneración del debido proceso.* Se cometieron violaciones a las garantías del debido proceso, en el tramite procedimental ante el Senado, que sin dudarlo, atentaron contra principios básicos del proceso. Se llegó al extremo de violentar preceptos constitucionales consagrados en los artículos 15, 16 y 17 de la Carta Magna.

2.2. *Irregularidades del libelo acusatorio.* Partiendo del análisis del libelo acusatorio presentado por la Cámara de Diputados[38] en el juicio político, según los fiscales acusadores todas las consideraciones expuestas eran de público conocimiento y no necesitaban ser demostradas según el ordenamiento jurídico vigente, al haber catalogado a los acontecimientos como hechos notorios que no merecen prueba. El error conceptual cometido fue de trascendencia.

Podríamos finalizar este tópico afirmando que el entonces presidente Lugo Méndez fue destituido sin prueba alguna en su contra, basando esta contundente aserción en que en el juicio político en estudio no se diligenciaron pruebas (eso sí fue un hecho notorio) que justificaran la responsabilidad del acusado.

2.3. *Duración del proceso.* Otra circunstancia llamativa lo constituyó la duración integral del juicio político, pues desde la acusación hasta la sentencia de destitución no pasaron 24 horas.

El trámite también es atentatorio de postulados constitucionales contenidos en la Carta Magna, consagrados en el Art. 17, inc. 7, que regula: *"…*disponer… de medios y *plazos indispensables para la preparación de su defensa…"*

Si bien es cierto que el plazo indispensable para la defensa en su determinación concreta, resulta absolutamente discrecional para la institución que lo esta-

[38] Texto del libelo acusatorio en: http://www.ultimahora.com/adjuntos/imagenes/000/432/0000432478.pdf

blece, compartiendo la idea sostenida por Lezcano Claude,[39] en ningún caso debía ser menor a lo prescripto para otros casos que pueden ser aplicados a esta tipología constitucional o incluso a otros *impeachment* tramitados con anterioridad .

2.4. *Irregularidades del Reglamento*. Otra consideración a ser analizada fue la aprobación del procedimiento por parte del Senado para la sustanciación del juicio político, posterior al hecho. Con la aclaración de que Paraguay no cuenta con una ley reglamentaria puntual, como sí lo tienen otros países.[40]

Del postulado constitucional que regula el juicio político (Art. 225), no se vislumbra que el Senado tenga facultades para reglamentar la sustanciación del mismo, ésta fue una idea creada de los juicios políticos anteriores, pero errada. Recordemos que la carencia de ley reglamentaria no constituye óbice para que el procedimiento no pueda ser sustanciado, en cuyo caso debe tomarse otro tipo procesal que se aplique analógicamente. En tal sentido, no existe un procedimiento legislado que establezca un plazo de contestación de una acusación que conlleve la pérdida del cargo a ser evacuada en horas, diríamos más, no obra una tramitación que establezca procedencia de defensa en 48 horas, cuanto menos. De ahí que llame la atención, se haya aprobado un reglamento que no contenía las garantías mínimas para afrontar un juicio de esta envergadura y relevancia. Se avaló así un "desarrollo progresivo inverso", o también denominado "principio de prohibición de regresividad",[41] regulando un plazo de defensa inferior al ya otorgado en otra casuística similar.

Entendemos que el Senado no tenía facultades para reglamentar el trámite del juicio político, porque sencillamente carece de potestad para hacerlo unilateralmente, la única manera de urdirlo dimana como parte de una sanción legislativa, que requiere la aprobación de ambas cámaras del Congreso.

Argumentación de la sentencia. No obstante lo afirmado respecto a las cuantiosas irregularidades, en menos de una hora ya se había sentenciado el juicio, disponiendo la destitución del Primer Mandatario de la República. No fue amparado un *due process of law*, el humo de un buen procedimiento, la noción de un trámite correcto con garantías de defensa, porque el cimiento democrático se encuentra asentado en estos postulados.

A más de ello no se realizó una correcta argumentación de la sentencia, aun hasta este momento (seis meses después) la ciudadanía desconoce los basamentos

---

39 LEZCANO CLAUDE, Luis, "Sobre el juicio político al Presidente Fernando Lugo Méndez", *op. cit.*

40 Chile, Brasil, Bolivia, Argentina.

41 LANDA, César, *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 51.

jurídicos que sustentaron la decisoria del Senado. La resolución de destitución, expedida por el Senado, consta de una carilla no conteniendo razonamiento alguno, solo un recuento de los acontecimientos del desarrollo del juicio político (Resolución Nº 881, de fecha 22 de junio de 2011).[42]

La propia Convención Americana establece que los fallos deben ser motivados (Art. 66), y desde el caso "Aptiz Barbera y otros",[43] manifiesta la obligatoriedad de la argumentación de la sentencia; la carencia de ella es violatoria de los derechos humanos, pues el inculpado y la sociedad deben saber los razonamientos lógicos que han llevado a construir la sentencia que culminará con la destitución del presidente de la República.

3. *Posición esgrimida por el Poder Judicial*

Derivada de juicio político consumado ante el Senado, fueron planteados dos acciones de inconstitucionalidad, la primera de ellas en contra del procedimiento fijado en el reglamento establecido por la Cámara Alta, y la segunda en contra de la resolución de fondo que resolvió el juicio político destituyendo al presidente.

Ambas acciones fueron rechazadas por la Corte Suprema de Justicia,[44] no conteniendo ningún atisbo de aplicabilidad de la Convención Americana de Derechos Humanos, que es parte integrante del derecho positivo paraguayo, habiéndose soslayado su usanza. Esto es significativo, porque la Corte Suprema hubiese aprovechado para marcar un sendero de apertura hacia la implementación definitiva en nuestro orden interno del Pacto de San José de Costa Rica, pero no lo hizo, desaprovechando la oportunidad histórica.

XIII. Aplicabilidad de los derechos humanos

Indudablemente era obligación del Senado, convertido en juez del juicio político, realizar el control de convencionalidad pertinente, pero no lo efectuó. De haberlo hecho jamás se hubiera avalado un procedimiento tan defectuoso como el propiciado en el caso Lugo Méndez.

En líneas generales, el control de convencionalidad deviene del "principio de convencionalidad", referido a la obligación que tienen los Estados de adoptar en

---

42 Obra integra en el *link* del Poder Legislativo de Paraguay, Cámara de Senadores.

43 Corte IDH, Caso "Aptiz Barbera y otros *vs.* Venezuela" (2008), párr. 77 y 78.

44 Corte Suprema de Justicia, AI núm. 1,533 del 25 de junio de 2012, por el cual se rechazó la acción de inconstitucionalidad en contra del reglamento del juicio político; y el Acuerdo y Sentencia núm. 1,323 del 20 de septiembre de 2012, por el cual se rechazó el fondo del fallo emitido por el Senado.

el orden interno todas las disposiciones indispensables para asegurar a sus ciudadanos el ejercicio pleno de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana de Derechos humanos.

Técnicamente comportan un mandato realizado a los jueces nacionales, obligándoles a controlar en cada uno de sus fueros y materias la vigencia de la Convención.

Así, actuando en consonancia con el sistema de control de constitucionalidad jurisdiccional difuso, donde todos los jueces de cualquier materia e instancia están obligados a efectuar el control de convencionalidad de las normas internacionales que son parte del orden interno[45] (como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros documentos que integran el sistema de protección), deben aplicar las normativas de derechos humanos en prelación a las leyes positivas que no contengan la protección o incluso que se contrapongan a aquéllas.

De hecho la sola existencia de un régimen democrático no garantiza *per se* el respeto al derecho internacional y en especial los derechos humanos, al extremo de que esto ha sido considerado como parte integrante de la Carta Democrática Interamericana, expresando la Corte IDH, en el caso "Gelman" en el año 2011, cuanto sigue:

> La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinado por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas de Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, *que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del poder judicial.*[46]

Vale mencionar que el control de la Convención Americana de Derechos Humanos opera en dos sentidos: *a)* por el nivel concentrado, que está controlado por la Corte Interamericana de DH; y *b)* por el nivel difuso, que ejercen los funcionarios públicos de los países signatarios que ratificaron el Pacto, avalando la competencia contenciosa de la Corte IDH.[47]

---

45 Caso "Radilla Pacheco *vs.* México", 2009.

46 Caso "Gelman *vs.* Uruguay", Reparación y Costas, Fallo del 24/02/2011, párr. 189.

47 GARZÓN BUENAVENTURA, Édgar Fabián, "De la supremacía de la Constitución a la supremacía de la Convención", en *Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Alfonso Martínez Lazcano (Dir. cient.), *Revista Jurídica Primera Instancia*, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México, octubre 2012, p. 139.

En la impronta, versa plasmar una pasarela o "tender un puente" de unión entre ambos órdenes, beneficiando en definitiva al ser humano, en cumplimiento del principio *pro-homine*. Al Senado que tuvo a su cargo la sustanciación del juicio político le incumbía realizar el control de convencionalidad de la manera más efectiva posible, a la luz de las reglas procedimentales que fueron expuestas en esta ponencia.

En idéntico sentido, a la Corte Suprema de Justicia, cuando fue requerida con las acciones de inconstitucionalidad, le correspondía ejercer el control de convencionalidad, que soslayó en los fallos precedentemente citados.

XIV. Corolario

La situación presentada con el juicio político en Paraguay no debería constituir una simple narrativa histórica que pasará al futuro como un hecho anecdótico, como otro bochorno más a los que estamos acostumbrados los latinoamericanos, sino que debe servir para generar y obligar a una profunda reflexión de por qué no se trata de un simple dato secuencial que muestra el pasado, sino de un momento bisagra para evitar que actos de esta envergadura definitivamente dejen de realizarse, evadiendo poner en peligro la misma institucionalidad democrática.

Todo el sistema jurídico debe estar orientado a salvaguardar los derechos de la persona como tal, pues es la razón de ser y fin último del derecho, que no tendría razón de existencialidad sin la persona humana. Ni el Ejecutivo, ni el Parlamento, ni el Poder Judicial, pueden dejar de lado estos axiomas primordiales que cual faro iluminan a la ciencia jurídica.

Los avatares políticos deben ser medidos con racionalidad, y ejecutados por los políticos de turno con ecuanimidad y una visión global de la coyuntura medular que prioriza su accionar, cual es la defensa y protección del Estado democrático.

Arribamos a las siguientes conclusiones:

1) Resulta de imperiosa necesidad contar de forma urgente con una ley reglamentaria del juicio político en todos los países, que unifique el procedimiento, ajustando su tramitación a los cánones de la Convención, un procedimiento acorde con el debido proceso transnacional. Así se evitaría que en el futuro se presenten las irregularidades que fueron cometidas en los anteriores y en el reciente juicio político.

2) Todos los poderes del Estado cuando les corresponda actuar, deben ejercer el control de constitucionalidad y de convencionalidad, en especial cuando se trate de la sustanciación del *impeachment*.

3) En todo juicio político debe respetarse el debido proceso, el plazo razonable, el plazo indispensable para ejercer las defensas y el más amplio derecho de defensa.

4) Ningún temor o miedo constituyen aval para diagramar una tramitación parlamentaria irregular, estas circunstancias externas al ámbito jurisdiccional no pueden justificar la barbarie. Los sistemas democráticos se construyen sobre la base de la razón, de posicionamientos valientes y de sometimiento a la institucionalidad. Al salirse de estos presupuestos se golpea fuertemente los cimientos de la democracia, debilitándola y restándole credibilidad; cuando ello ocurre el temor totalitario y absolutista emerge, ya sea que fuese sostenido por el Ejecutivo, o por el Parlamento, o por el mismísimo Poder Judicial.

5) En un juicio político debe conjugarse el ejercicio del poder público, equilibrando "la necesidad política" de su manifestación y la garantía del debido proceso, brindando al acusado un contrapeso que le permita demostrar su posicionamiento con el soporte de un tribunal independiente e imparcial. El hecho político no debe restar trascendencia al hecho jurídico y a la circunstancia procedimental: no se trata simplemente de dar apariencia de legalidad, sino de permitir eficientemente el ejercicio seguro y convincente de los derechos.

6) El respeto a los derechos humanos no se pierde por las circunstancias de ejercer un cargo público que sea pasible del juicio político, puesto que detrás del cargo siempre hay una persona humana que tiene que ser protegida, sea quien sea, se llame como se llame, y responda a la ideología o partido que fuera.

7) El Estado debe cumplir con el "desarrollo progresivo" de los derechos humanos, nunca a menos en sentido regresivo, siempre a más en el grado de protección.

8) Un juicio político que no respete el control de convencionalidad, sin duda violentará el *due process of law*, o lo que es lo mismo, las reglas del buen procedimiento.

9) El Senado está obligado a argumentar los motivos de la decisoria en un juicio político, no puede eludir esa responsabilidad.

10) Las cortes supremas nacionales siempre tendrán el último control jurisdiccional sobre estos procesos políticos, no para revisar la justicia del veredicto, sino para controlar que el trámite haya respetado el debido proceso y el derecho de defensa del imputado.

11) Creemos que el juicio político debería integrar, transversalmente, el Derecho Procesal Constitucional.

12) El juicio político es un instituto jurídico-procesal instaurado en defensa y custodia de la democracia, debiendo evitarse su utilización cuando se atente contra los postulados de la democracia representativa. Es un instituto de uso excepcional, de *ultima ratio*, cuando ya no se tenga otra salida.

Finalmente, un juicio político tramitado en contra de las reglas de la racionalidad dimana intolerable e injustificable, pues atenta contra la racionalidad y la

razonabilidad jurídica. El hecho político no debería nublar el hecho jurídico, siempre deben precautelarse las garantías procesales. En definitiva, los problemas de la democracia se resuelven con más democracia y con el respeto al Estado de Derecho.

villalbabernie@click.com.py
villalbabernie@gmail.com

Los derechos humanos de índole convencional y su asentimiento por los tribunales mexicanos

Alfonso Jaime Martínez Lazcano[1]

SUMARIO: I. Introducción. II. Del esplendor procesal a un escabroso formalismo. III. Primeros pasos de la internacionalización de los derechos humanos en México. IV. Condenas internacionales. V. Reformas a la Constitución. VI. Expediente varios 912/10. VII. Control difuso de convencionalidad. VIII. Tribunales colegiados de circuito. IX. La Ley de Amparo inconvencional. X. Soberanía. XI. Ley General de Víctimas. XII. Intento de contrarreforma constitucional. XIII. Conclusiones.

I. Introducción

A pesar de la evolución tecnológica, de las invenciones que cada día nos sorprenden, poco se ha avanzado en la eficacia de lo que puede llamarse "tecnología propiamente humana o jurídica", que representa la evolución de cómo nos tratamos, de cómo convivimos. Basta recordar el reciente suceso de tortura y ejecución, mediante la quema de dos "presuntos" violadores en la zona indígena,[2] que se dio a conocer a través de internet, las más de 26,000 personas desaparecidas y 60,000 muertos en seis años.[3]

---

[1] Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericano; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y profesor de la Universidad del Sur y Académico Nacional Honorario de la Universidad Nacional Autónoma de México.

[2] Los dos hombres fueron detenidos y recluidos en la cárcel de la comunidad San José Chacté tras arrollar a un niño, pero luego fueron golpeados y quemados. *El Universal*, http://www.eluniversal.com.mx/estados/2014/linchan-y-queman-a-dos-personas-en-chiapas-985684.html (13/02/2014).

[3] Unas 26,121 personas fueron reportadas como desaparecidas en México durante el período de gobierno de Felipe Calderón (2006-2012), en el que también se registraron más de 60,000 muertes a causa de la guerra al crimen organizado. Telesur (13/02/2014).

En contraste, nos encontramos en la ficción de la vigencia plena de los derechos humanos, mito del cual todos somos responsables, pero nadie o pocos parecen hacer algo por cambiar las cosas en esencia.[4]

Ahora los jueces de todos los niveles, de oficio, deben realizar un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad; el problema radica nada más ni menos en la cultura, la cual se nos ha instruido por décadas; la forma de proceder nada tiene que ver con las nuevas aspiraciones de los hombres que con sus ideales guían a la humanidad.

Hay que reconocer que solo hemos aspirado a reproducir o a fingir, calcar ideas importadas, poco o nada hemos aportado las generaciones actuales del país para mejorar la procuración e impartición de justicia, quizá hasta hemos exagerado en los discursos que no llegan a impactar a la realidad.

Recuerdo entre las lecciones del doctor Cipriano Gómez Lara, cuando afirmaba esto es gatopardismo, al describir un fenómeno, haciendo remembranza al gatopardo, que narra las vivencias de don Fabrizio Corbera, príncipe de Salina, y su familia, entre 1860 y 1910, en Sicilia.[5]

En mayo de 1860, tras el desembarco de Garibaldi en Sicilia, don Fabrizio asiste con distancia y melancolía al final de una época. La aristocracia comprende que el final de su supremacía se acerca: es el momento de que se aprovechen de la situación política los burócratas y mediocres, la nueva clase social emergente. Don Fabrizio, perteneciente a una familia de rancio abolengo, se tranquiliza viendo que su sobrino Tancredi, a pesar de combatir en las filas garibaldinas, intenta aprovecharse de la situación.

Cuando, como todos los años, el príncipe se traslada con toda su familia a la residencia estival de Donnafugata, se encuentra a un nuevo alcalde, don Calogero Sedara, un *burgués* de origen humilde que se ha enriquecido y ha hecho carrera como político. Tancredi, que antes había manifestado algún interés por Concetta, la primogénita del príncipe, se enamora de Angélica, la hija de don Calogero, con la que se casará, fascinado probablemente por su belleza, pero también por su significativo patrimonio. Otro episodio significativo es la llegada a Donnafugata de un funcionario piamontés, Chevalley di Monterzuolo, que ofrece a don Fabrizio la posibilidad de ser senador del nuevo Reino de Italia. Sin embargo, el prínci-

---

[4] "El gobierno de México debe mejorar los mecanismos de control de sus Fuerzas Armadas con la finalidad de evitar que éstas cometan delitos graves en contra de civiles, señalaron ayer países miembro del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, los cuales —además— hicieron a nuestro país 180 recomendaciones en este campo, entre las que destacan atender la persistencia de la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas de personas". *Crónica*, http://www.cronica.com.mx/notas/2013/792163.html (13/02/14)

[5] Ver http://es.wikipedia.org/wiki/El_gatopardo (13/02/14)

pe rechazará esta oferta, alegando que está demasiado ligado al antiguo régimen, dando como respuesta a Chevalley la famosa frase: "Algo debe cambiar para que todo siga igual".

La recepción internacional de los derechos humanos en México se encuentra en la fase de asimilación y construcción. La mayoría de los operadores jurídicos del país se resisten a la idea de equiparar las normas, principios y órganos jurisdiccionales de origen externo con los nacionales. Porque los abogados hemos sido preparados culturalmente bajo las ideas de la soberanía a ultranza y con base en el positivismo jurídico tradicional, en el que se considera que una norma tiene la calidad de ley, cuando es creada únicamente por el hombre, siendo lo más importante el procedimiento de elaboración, para de esta forma, tener el estatus de ley, y por ende, intrínsecamente aceptar que cuenta con la calidad de justa, "…acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella…"[6]

Desde luego, se catequiza que la Constitución prevé normas más bondadosas, al ser ley de leyes, de incuestionable preeminencia ante todo cuerpo legal interno o externo y una Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como máximo órgano jurisdiccional del país.

Dura lex sed lex.

"¡Nada ni nadie por encima de la ley!" ha sido un discurso oficial redundante, pero también de poco impacto en la realidad.

II. Del esplendor procesal a un escabroso formalismo

En contrapartida, es destacado que en México en el siglo XIX, primero en el estado de Yucatán y posteriormente a nivel federal, se diseñó el juicio de amparo, como un proceso de defensa de los particulares contra actos arbitrarios de los poderes Legislativo y Ejecutivo.[7]

Mediante este destacado mecanismo es posible cuestionar los actos del Parlamento, que generalmente son leyes, cuando se alega que son contrarias a la Constitución.

Un juicio interesante en la historia judicial de la nación, fue el denominado Amparo Vega,[8] en el cual implícitamente la SCJN declaró inconstitucional el ar-

---

[6] BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Ed. Distribuidores Fontamara, México, 2004, p. 13.

[7] Artículo 25 del Acta de Reformas Constitucionales del 18 de mayo de 1847: "Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concede esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo".

[8] *Cfr.* MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Diccionario histórico judicial de México,* t. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011, p. 45.

tículo 8º de la segunda Ley de Amparo de 1869, que expresamente ordenaba: "No es admisible el recurso de amparo en negocios judiciales", que era contrario a lo previsto en el artículo 101, fracción I de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, que ordenaba, sin limitar la clase de poder: "Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite: Por leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales [derechos humanos]…"

Cabe señalar que poco ha evolucionado en México el juicio de amparo, en la actualidad está convertido en un juego, no claro, plagado de formalismos, donde el más "hábil" obtiene mejores resultados para la causa que postula, sin importar el contenido de la misma, inclusive se permite (legalmente) seguir aplicando leyes inconstitucionales.

Si bien es cierto que el amparo es una creación mexicana, orgullo nacional, también lo es que las generaciones subsiguientes no han estado a la altura de los creadores de esta herramienta procesal. Quizá por el grado de desarrollo cultural que implica una trasgresión sistemática de los derechos humanos en nuestro país.

Por eso, es de enorme beneficio la llegada a la Constitución del nuevo significado de los derechos humanos, que se han convertido en el derecho sustantivo del proceso de amparo.

III. Primeros pasos de la internacionalización de los derechos humanos

Tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México:[9]

A. *Derechos civiles y políticos*

CONVENCIÓN SOBRE EXTRADICIÓN - OEA, Montevideo, Uruguay, 26 de diciembre de 1933.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS - ONU, Nueva York, E. U. A., 16 de diciembre de 1966.

PRIMER PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS - ONU, Nueva York, E. U. A., 16 de diciembre de 1966.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS "PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA" - OEA, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

[9] http://www.cedhnl.org.mx/SECCIONES/transparencia/marcolegal/pactos.html (29/01/2013).

SEGUNDO PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, DESTINADO A ABOLIR LA PENA DE MUERTE - ONU, Nueva York, E. U. A., 15 de diciembre de 1989.

PROTOCOLO A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS RELATIVO A LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE - OEA, Asunción, Paraguay, 6 de agosto de 1990.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS - OEA, Belém, Brasil, 4 de junio de 1994.

B. *Derechos económicos, sociales y culturales*

CONVENIO SOBRE PROTECCIÓN DE INSTITUCIONES ARTÍSTICAS Y CIENTÍFICAS Y MONUMENTOS HISTÓRICOS - OEA, Washington, D. C., E. U. A., 15 de abril de 1935.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES - ONU, Nueva York, E. U. A., 16 de diciembre de 1966.

CONVENCIÓN SOBRE LAS MEDIDAS QUE DEBEN ADOPTARSE PARA PROHIBIR E IMPEDIR LA MPORTACIÓN, LA EXPORTACIÓN Y LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD ILÍCITAS DE BIENES CULTURALES - UNESCO, París, Francia, 14 de noviembre de 1970.

PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR" - OEA, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988.

CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA - ONU, Río de Janeiro, Brasil, 5 de junio de 1992.

C. *Tortura*

CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES - ONU, Nueva York, E. U. A., 10 de diciembre de 1984.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA -OEA, Cartagena de Indias, Colombia, 9 de diciembre de 1985.

D. *Erradicación de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso*

CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA SUPRESIÓN DE LA TRATA DE MUJERES Y MENORES - ONU, Ginebra, Suiza, 30 de septiembre de 1921.

CONVENCIÓN RELATIVA A LA ESCLAVITUD - ONU, Ginebra, Suiza, 25 de septiembre de 1926.

CONVENIO INTERNACIONAL DEL TRABAJO (NÚM. 29) RELATIVO AL TRABAJO FORZOSO U OBLIGATORIO - OIT, Ginebra, Suiza, 28 de junio de 1930.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL RELATIVA A LA REPRESIÓN DE LA TRATA DE MUJERES MAYORES DE EDAD - ONU, Ginebra, Suiza, 11 de octubre de 1933.

PROTOCOLO QUE MODIFICA EL CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE LA TRATA DE MUJERES Y MENORES CONCLUIDO EN GINEBRA EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 1921 Y EL CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE LA TRATA DE MUJERES MAYORES DE EDAD, CONCLUIDO EN LA MISMA CIUDAD EL 11 DE OCTUBRE DE 1933 - ONU, Lake Success, Nueva York, E. U. A., 12 de noviembre de 1947.

CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS Y DE LA EXPLOTACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN AJENA Y PROTOCOLO FINAL - ONU, Lake Success, Nueva York, E. U. A., 21 de marzo de 1950.

PROTOCOLO PARA MODIFICAR LA CONVENCIÓN RELATIVA A LA ESCLAVITUD FIRMADA EN GINEBRA EL 25 DE SEPTIEMBRE DE 1926 - ONU, Nueva York, E. U. A., 7 de diciembre de 1953.

CONVENCIÓN SUPLEMENTARIA SOBRE LA ABOLICIÓN DE LA ESCLAVITUD, LA TRATA DE ESCLAVOS Y LAS INSTITUCIONES Y PRÁCTICAS ANÁLOGAS A LA ESCLAVITUD - ONU, Ginebra, Suiza, 7 de septiembre de 1956.

CONVENIO INTERNACIONAL DEL TRABAJO (NÚM. 105) RELATIVO A LA ABOLICIÓN DEL TRABAJO FORZOSO - OIT, Ginebra, Suiza, 25 de junio de 1957.

E. *Derecho de asilo*

CONVENCIÓN SOBRE ASILO - OEA, La Habana, Cuba, 20 de febrero de 1928.

CONVENCIÓN SOBRE ASILO POLÍTICO - OEA, Montevideo, Uruguay, 26 de diciembre de 1933.

CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS - ONU, Ginebra, Suiza, 28 de julio de 1951.

CONVENIO SOBRE ASILO TERRITORIAL - OEA, Caracas, Venezuela, 28 de marzo de 1954.

CONVENIO SOBRE ASILO DIPLOMÁTICO - OEA, Caracas, Venezuela, 28 de marzo de 1954.

CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS APÁTRIDAS - ONU, Nueva York, E. U. A., 28 de septiembre de 1954.

PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS - ONU, Nueva York, E. U. A., 31 de enero de 1967.

F. *Derechos de la mujer*

CONVENCIÓN SOBRE NACIONALIDAD DE LA MUJER - OEA, Montevideo, Uruguay, 26 de diciembre de 1933.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONCESIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES A LA MUJER - OEA, Bogotá, Colombia, 30 de abril de 1948.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONCESIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS A LA MUJER - OEA, Bogotá, Colombia, 2 de mayo de 1948.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LA MUJER - ONU, Nueva York, E. U. A., 20 de diciembre de 1952.

CONVENCIÓN SOBRE LA NACIONALIDAD DE LA MUJER CASADA - ONU, Nueva York, E. U. A., 20 de febrero de 1957.

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER - ONU, Nueva York, E. U. A., 18 de diciembre de 1979.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, "CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ" - OEA, Belém do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994.

PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER - ONU, Nueva York, E. U. A., 6 de octubre de 1999.

G. *Derechos del niño*

CONVENIO INTERNACIONAL DEL TRABAJO (NÚM. 58) POR EL QUE SE FIJA LA EDAD MÍNIMA DE ADMISIÓN DE LOS NIÑOS AL TRABAJO MARÍTIMO - OIT, Ginebra, Suiza, 24 de octubre de 1936.

CONVENIO (NÚM. 90) RELATIVO AL TRABAJO NOCTURNO DE LOS MENORES EN LA INDUSTRIA - OIT, San Francisco, California, E. U. A., 10 de julio de 1948.

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES - La Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE ADOPCIÓN DE MENORES - OEA, La Paz, Bolivia, 24 de mayo de 1984.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES - OEA, Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO - ONU, Nueva York, E. U. A., 20 de noviembre de 1989.

CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE MENORES Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL - La Haya, Países Bajos, 29 de mayo de 1993.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES - OEA, México, D. F., 18 de marzo de 1994.

CONVENIO (NÚM. 182) SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LAS PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL Y LA ACCIÓN INMEDIATA PARA SU ELIMINACIÓN - OIT, Ginebra, Suiza, 17 de junio de 1999.

PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS - ONU, Nueva York, E. U. A., 25 de mayo de 2000.

PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE LOS NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA - ONU, Nueva York, E. U. A., 25 de mayo de 2000.

H. *Derechos de los pueblos indígenas*

CONVENIO INTERNACIONAL DEL TRABAJO (NÚM. 107) SOBRE POBLACIONES INDÍGENAS Y TRIBALES - OIT, Ginebra, Suiza, 26 de junio de 1957.

CONVENIO (NÚM. 169) SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES - OIT, Ginebra, Suiza, 27 de junio de 1989.

CONVENIO CONSTITUTIVO DEL FONDO PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - ONU, Madrid, España, 24 de julio de 1992.

I. *Matrimonio y familia*

CONVENCIÓN SOBRE EL CONSENTIMIENTO PARA EL MATRIMONIO, LA EDAD MÍNIMA PARA CONTRAER MATRIMONIO Y EL REGISTRO DE LOS MATRIMONIOS - ONU, Nueva York, E. U. A., 10 de diciembre de 1962.

J. *Discriminación*

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL - ONU, Nueva York, E. U. A., 7 de marzo de 1966.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA REPRESIÓN Y EL CASTIGO DEL CRIMEN DE APARTHEID - ONU, Nueva York, E. U. A., 30 de noviembre de 1973.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL APARTHEID EN LOS DEPORTES - ONU, Nueva York, E. U. A., 10 de diciembre de 1985.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - OEA, Guatemala, 7 de junio de 1999.

K. *Derechos laborales*

CONVENIO INTERNACIONAL DEL TRABAJO (NÚM. 87) RELATIVO A LA LIBERTAD SINDICAL Y LA PROTECCIÓN AL DERECHO SINDICAL - OIT, San Francisco, California, E. U. A., 9 de julio de 1948.

CONVENIO NÚMERO 95 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE LA PROTECCIÓN DEL SALARIO - OIT, Ginebra, Suiza, 1 de julio de 1949.

CONVENIO (NÚM. 100) RELATIVO A LA IGUALDAD DE REMUNERACIÓN ENTRE LA MANO DE OBRA MASCULINA Y FEMENINA POR UN TRABAJO DE IGUAL VALOR - OIT, Ginebra, Suiza, 29 de junio de 1951.

CONVENIO NÚMERO 102 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL (NORMA MÍNIMA) - OIT, Ginebra, Suiza, 28 de junio de 1952.

CONVENIO (NÚM. 111) RELATIVO A LA DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE EMPLEO Y OCUPACIÓN - OIT, Ginebra, Suiza, 25 de junio de 1958.

CONVENIO INTERNACIONAL DEL TRABAJO (NÚM. 135) RELATIVO A LA PROTECCIÓN Y FACILIDADES QUE DEBEN OTORGARSE A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA - OIT, Ginebra, Suiza, 23 de junio de 1971.

CONVENIO (159) SOBRE LA READAPTACIÓN PROFESIONAL Y EL EMPLEO DE PERSONAS INVÁLIDAS - OIT, Ginebra, Suiza, 20 de junio de 1983.

L. *Derecho internacional humanitario*

CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO - ONU, Nueva York, E. U. A., 9 de diciembre de 1948.

CONVENIO I DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE QUE CORREN LOS HERIDOS Y LOS ENFERMOS DE LAS FUEZAS ARMADAS EN CAMPAÑA - Ginebra, Suiza, 12 de agosto de 1949.

CONVENIO II DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE QUE CORREN LOS HERIDOS, LOS ENFERMOS Y LOS NÁUFRAGOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL MAR - Ginebra, Suiza, 12 de agosto de 1949.

CONVENIO III DE GINEBRA RELATIVO AL TRATO DEBIDO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA - Ginebra, Suiza, 12 de agosto de 1949.

CONVENIO IV DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEBIDA A LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA - Ginebra, Suiza, 12 de agosto de 1949.

CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD - ONU, Nueva York, E. U. A., 26 de noviembre de 1968.

PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES - Ginebra, Suiza, 8 de junio de 1977.

M. *Derechos de los migrantes*

CONVENIO INTERNACIONAL DEL TRABAJO NÚM. 19 RELATIVO A LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS Y NA-

CIONALES EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTES DE TRABAJO - OIT, Ginebra, Suiza, 5 de junio de 1925.

CONVENCIÓN SOBRE LA CONDICIÓN DE LOS EXTRANJEROS - OEA, La Habana, Cuba, 20 de febrero de 1928.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES - ONU, Viena, Austria, 24 de abril de 1963.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES - ONU, Nueva York, E. U. A., 18 de diciembre de 1990.

EL CONTENIDO COMPLETO DE LAS DECLARACIONES Y TRATADOS INERNACIONALES ANTES DESCRITOS, PUEDE CONSULTARSE EN LA SIGUIENTE LIGA DE GOBIERNO FEDERAL:

http://www.gob.mx/wb/egobierno/egob_tratados_internacionales_en_materia_de_derech

ADICIONALMENTE SE INDICA LA SIGUIENTE LIGA QUE CORRESPONDE AL CENTRO DE INFORMACION DE LAS NACIONES UNIDAS, MÉXICO, CUBA Y REPÚBLICA DOMINICANA:

http://www.cinu.org.mx/temas/dh/mello.htm

IV. Condenas internacionales

México ha sido condenado en siete ocasiones por la Corte IDH en los siguientes procesos: Casos: Jorge Castañeda Gutman (2008); González y otras ("Campo Algodonero" 2009); Rosendo Radilla Pacheco (2009); Fernández Ortega (2010); Rosendo Cantú y otra (2010), Cabrera García y Montiel Flores (2010), y Juan García Cruz y Sánchez Silvestre (2013).

1. *Caso Juan García Cruz y Sánchez Silvestre*

El 26 de noviembre de 2013 nuevamente México fue condenado por la Corte IDH, ahora en el Caso Juan García Cruz y Sánchez Silvestre. A continuación se reproduce partes de la sentencia con algunas modificaciones que no alteran su contenido.

2. *Los hechos del caso (justicia a la mexicana)*

A.1) Detención, sometimiento a tortura y primeras declaraciones en fase de averiguación previa (AP).

El 6 de junio de 1997 las víctimas fueron detenidas, sin orden judicial, por agentes de la Policía Judicial del DF. "[F]ueron objeto de tortura mientras se encontraron bajo la custodia de los policía que realizaron su detención", "con el fin

de doblegar su resistencia psíquica y obligarlos a auto inculparse o a confesar determinadas conductas delictivas". "La tortura proyectó sus efectos en las primeras declaraciones rendidas ante el Ministerio Público (MP), así como en la declaración que rindieron el día 8 de junio de 1997".

El 6 de junio de 1997 "rindieron su primer declaración ante el MP" del DF. "La tortura a la que fueron sometidos los compelieron a declararse culpable[s] de los delitos y hechos imputados en relación con la portación de armas de fuego de uso privativo del Ejército, homicidios, lesiones, entre otros". En las actas de esas declaraciones la autoridad ministerial hizo constar que ambos presentaban "huellas externas de lesiones recientes" y que ambos manifestaron que los agentes de la Policía les produjeron esas lesiones. A solicitud del agente del MP, se designaron peritos en medicina de la PGJ del DF para que dictaminaran sobre el estado psicofísico y de lesiones de las víctimas. Los primeros dos certificados médicos indicaron que las víctimas "presenta[ban] Huellas Externas de Lesiones Recientes[, q]ue por su naturaleza tardan menos de 15 días en sanar" y que se trataba de lesiones que no ponían en peligro la vida. Un tercer certificado médico concluyó lo mismo que los anteriores y agregó, *inter alia* [entre otras cosas], que se "requ[ería] valoración radiográfica" respecto de las "lesiones en hombros y brazos que presentan [las víctimas], [y que] presentan también aumento de volumen de la región afectada que se acompaña con limitación de movimientos". El 8 de junio de 1997 las víctimas rindieron sus declaraciones ante el MP, en las cuales se encontraron asistidos por una persona que era "estudiante de derecho" como "persona de confianza".

Las víctimas "fueron investigados y procesados judicialmente en dos causas penales tramitadas sobre la base de las mismas declaraciones ministeriales, en las cuales manifestaron que la detención no se realizó en el lugar indicado por los policías que la practicaron[,] y que fueron lesionados y torturados por aquellos". "[D]esde las primeras diligencias de investigación" y "en repetidas ocasiones" las víctimas y sus representantes legales denunciaron o pusieron en conocimiento de las autoridades judiciales dichos hechos de agresión y tortura. "Las autoridades judiciales [y] ministeriales no procedier[o]n a iniciar una investigación" para obtener información relacionada directamente con los alegatos de tortura y lesiones de las víctimas.

A.2) Proceso penal por los delitos de "portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea; Asociación delictuosa y Rebelión".

El 28 de agosto de 1998 el Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Penal en el DF "emitió la sentencia de primera instancia, mediante la cual [los] declaró […] penalmente responsables de la comisión del delito de 'portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea'; imponiéndoles una condena de tres años de prisión y multa de doce días". Contra esa sentencia fueron interpuestos recursos de apelación. El 21 de enero de 1999 el Primer Tribunal Uni-

tario del Primer Circuito en México emitió sentencia, en la cual "confirmó la condena de privación de libertad de la primera instancia y rebajó la multa impuesta". Respecto del valor probatorio de las declaraciones de las víctimas ese tribunal indicó, *inter alia*, que "si bien es cierto en el sumario obran los certificados médicos de lesiones de los hoy sentenciados, de los cuales se advierte que efectivamente presentaron huellas de lesiones […] también lo es que tales certificados no demuestran que efectivamente las lesiones […] les hubieren sido inferidas por sus captores para emitir declaraciones inculpatorias; pues no se aportó medio de prueba alguno para demostrar tal situación; por ende no puede decirse que sus declaraciones carezcan de validez alguna […]".

Las víctimas "presentaron un recurso de amparo en contra de la referida sentencia del Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito". El 18 de octubre de 1999 este órgano especializado en Materia Penal emitió sentencia para resolver el amparo, en la cual dejó "subsistente la sentencia reclamada, salvo en lo referido a la cuantificación del monto de la multa". Con respecto a los alegatos de tortura resolvió en el mismo sentido que la sentencia del Primer Tribunal. Respecto a la alegada deficiencia en la defensa de oficio sostuvo, *inter alia*, que "si el defensor no cumplió con su obligación, no es un hecho atribuible al Juzgador […]". Sobre las circunstancias de la detención, "estableció que no existían elementos de prueba para demostrar que la detención se había realizado en la vivienda" de las víctimas.

A.3) Proceso penal por los delitos de homicidio, lesiones, robo con violencia, delincuencia organizada y daño en los bienes.

El 9 de diciembre de 1996 el MP inició de oficio la AP en relación con hechos ocurridos ese mismo día en los cuales perdió la vida un policía por disparo de arma de fuego, y resultaron heridos un policía y otras personas. A esta averiguación se incorporaron las declaraciones ministeriales emitidas por las víctimas los días 6 y 8 de junio de 1997.

El 6 de septiembre de 2001 el Juez Tercero dictó la sentencia, "estableciendo la responsabilidad penal de las víctimas por la comisión de los Delitos de Homicidio; Lesiones; Robo con Violencia; Delincuencia Organizada y Daño en los Bienes 'en agravio de [cinco personas, el] Patrimonio del Estado de México y la Colectividad, respectivamente'". Los condenó "a una pena privativa de libertad por el término de cuarenta años y mil días de multa". En la sentencia se concedió pleno valor probatorio a las declaraciones ministeriales; las víctimas interpusieron un recurso de apelación contra esta sentencia, misma que fue confirmada por el tribunal superior y modificó otros puntos resolutivos. Asimismo, "desestimó las alegaciones de tortura […] y consideró que [las] declaraciones ministeriales [rendidas por las víctimas tenían pleno valor probatorio". Afirmó, *inter alia*, que "no está justificado que [las lesiones físicas] hayan sido ocasionadas precisamente en el momento en que declaraban asistidos de persona de confianza ante el Órgano

Investigador". Contra esta sentencia las víctimas "promovieron un juicio de amparo".

El 5 de octubre de 2007 la Primera Sala Colegiada Penal de Texcoco del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México emitió sentencia pronunciándose en relación con dicho amparo, en la cual, entre otros aspectos, "desestimó las alegaciones de tortura de las víctimas y consideró que sus declaraciones ministeriales tenían pleno valor probatorio, adoptando las mismas consideraciones de la sentencia […] de 12 de febrero de 2002".

V. Reformas a la Constitución

En el mes de junio de 2011 se realizaron dos importantes reformas a la Constitución, la primera el día 6 al juicio de amparo (artículos 94, 103,[10] 104 y 107), para tutelar no solo los derechos humanos previstos en la Constitución, sino también en los tratados internacionales en los que México sea parte, y la segunda, el día 10 en materia de derechos humanos (artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89 y 102) para homologar con los previstos en la Convención ADH.

El artículo 1º de la Constitución es uno de los más interesantes y evolucionados de la innovación legislativa, al establecer diversos principios y un bloque de constitucionalidad abierto:

> En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
>
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.
>
> En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.
>
> Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

---

[10] "I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte".

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

VI. Expediente varios 912/10

La SCJN el 14 de julio de 2011, al resolver la consulta a trámite, del expediente varios 912/2010, relativa al cumplimiento que el Poder Judicial de la Federación le daría a la sentencia del caso Radilla Pacheco, determinó el criterio obligatorio para todas y todos los jueces del país de aplicar en sus sentencias el control difuso de convencionalidad.

Además, la SCJN dejó sin efecto las jurisprudencias que prohibían el llamado control difuso de constitucionalidad. Ahora los tribunales y juzgados ordinarios pueden realizarlo, así como el de convencionalidad de leyes y normas secundarias.

De esta forma la SCJN dictó diversos criterios:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia. [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 535.

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: *a)* todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; *b)* todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; *c)* los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y *d)* los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte. [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 551.

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: *a)* Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; *b)* Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, *c)* Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte. [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 552.

Estas tres tesis fueron dictadas en el expediente denominado varios 912/2010, el 14 de julio de 2011, por mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

Notas: En las resoluciones pronunciadas el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes:

'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' Y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

VII. Control difuso de convencionalidad

La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional.

Desde luego, esto implica una jerarquía formal superior del derecho internacional frente al derecho interno, lo cual ya estaba aceptado por México desde la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), en términos de los artículos 26 y 27.[11]

Sin embargo, los tratados internacionales de cualquier tipo no han tenido la misma eficacia. Primero se dijo que jerárquicamente estaban a la par de las leyes secundarias federales, después por encima de éstas, pero por debajo de la Constitución y, finalmente, se distingue entre los tratados internacionales de derechos humanos y los que no son de esta naturaleza; los primeros ahora forman parte de

[11] "Art. 26: *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", y "Art. 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

la Constitución Federal, es decir, no están ni abajo ni arriba, ni en igual de rango, ahora son parte de la Constitución como lo prevé el primer artículo de la Carta Magna.

VIII. Tribunales colegiados de circuito

En México a partir de 1951 se establecieron los tribunales colegiados de circuito (TCC), que son pequeñas cortes locales, porque son juzgados terminales, conocen de los juicios de amparo directos, una especie de casación: revisan las sentencias que emiten los tribunales de segunda instancia del fuero común, de juicios civiles, familiares, mercantiles, penales; así también los tribunales administrativos, agrarios y laborales. Además, los TCC son órganos de segunda instancia en los procesos de amparo indirecto, que se sustancian en primera instancia en los juzgados de distrito.

México está dividido en 32 circuitos [áreas geográficas], casi todos abarcan una entidad federativa, salvo los 10º y 15º circuitos, que comprenden dos entidades federativas. Existen 197 tribunales colegiados de circuito en el país.[12]

Lo más importante y caótico, es que cada uno de los TCC está facultado para dictar jurisprudencia, la cual es obligatoria para los jueces o tribunales inferiores, y de ahí que exista una vasta serie de contradicciones entre los TCC, y con ello una incertidumbre jurídica.

Por ejemplo, el Séptimo Tribunal Colegiado (TC) en Materia Penal del Primer Circuito ha emitido una tesis cuyo rubro es "Suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo penal. Si el artículo 76 bis de la ley de la materia no la prevé a favor del ofendido, es ilegal que opere, aplicando el control difuso de convencionalidad", la presente tesis aborda el mismo tema que las diversas jurisprudencial I.9o.P. J/1 (10a.), de rubro: "Suplencia de la queja en los conceptos de violación o agravios de la víctima u ofendido en el juicio de amparo en materia penal, opera conforme al control de convencionalidad (inaplicabilidad del artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo y de las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003)", así como aislada I.5o.P.3 P (10a.), de rubro: "Ofendido, no es violatorio de la garantía de igualdad que en juicio de amparo se aplique el principio de estricto derecho", al igual que las sentencias dictadas, respectivamente, por el Segundo TC en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 104/2012; por el Cuarto TC en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 90/2012; por el Séptimo TC en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 98/2012; por el Cuarto TC en Materia Penal del Segundo Circuito, al resol-

[12] http://www.dgepj.cjf.gob.mx/ (29 de enero de 2013).

ver el amparo en revisión 189/2011; por el Segundo TC en Materia Penal del Sexto Circuito, al resolver el amparo en revisión 158/2012; por el Primer TC del Décimo Octavo Circuito, al resolver el amparo en revisión 146/2012; por el Segundo TC del Vigésimo Circuito, al resolver el amparo directo 132/2012 y el Segundo TC de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región al resolver el amparo en revisión 232/2012, que son objeto de las denuncias relativas a las contradicciones de tesis 163/2012, 200/2012, 245/2012, 249/2012, 272/2012, 287/2012, 328/2012, 340/2012 y 346/2012, pendientes de resolverse por la Primera Sala de la SCJN.

DERECHOS HUMANOS. PARA HACERLOS EFECTIVOS, ENTRE OTRAS MEDIDAS, LOS TRIBUNALES MEXICANOS DEBEN ADECUAR LAS NORMAS DE DERECHO INTERNO MEDIANTE SU INTERPRETACIÓN RESPECTO DEL DERECHO CONVENCIONAL. Conforme al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a las Observaciones Generales número 31 (80) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas —aprobadas el 29 de marzo de 2004—, los tribunales mexicanos tienen la obligación de adoptar las medidas que garanticen la aplicación efectiva de los derechos humanos, sin que sea válido invocar las disposiciones de derecho interno para su inobservancia; toda vez que la construcción de un orden de convencionalidad constituye no sólo una garantía de los derechos y libertades del ser humano, sino también una oportunidad para que los tribunales los desarrollen en un ambiente de eficacia y de esa manera el Estado Mexicano cumpla con sus deberes internacionales. Consecuentemente, esa construcción del orden de convencionalidad se hará midiendo las normas del derecho legislado interno con la medida jurídica del derecho convencional para enjuiciar aquellas normas a través de las previstas por los tratados y resolver su contrariedad o no para efectos de su expulsión del orden judicial nacional. Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito. Amparo directo 353/2011. José Luis Domínguez Robles. 29 de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Victorino Rojas Rivera. Secretario: Édgar Martín Gasca de la Peña. Amparo directo 826/2011. Alma Mayeli Trujillo Vázquez y otros. 8 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Juan García Orozco. Secretaria: Libertad Rodríguez Verduzco. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1724.

CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD. ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLOS TODOS LOS ÓRGANOS DE JUSTICIA NACIONAL PARA GARANTIZAR EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS. Los órganos de justicia nacional están obligados a ejercer el control de: *i)* constitucionalidad, con el objeto de desaplicar una norma jurídica que sea incompatible con la Ley Fundamental, con base en sus artículos 1o., 40, 41 y 133; *ii)* convencionalidad, respecto de actos de autoridad, entre ellos, normas de alcance general, conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos a las que se encuentren vinculados por la concertación, ratificación o adhesión de los tratados o convenciones del presidente de la República; *iii)* difuso de convencionalidad, que queda depositado tanto en tribunales internacionales, o supranacionales, como en los nacionales, a quienes mediante aquél se les encomienda la nueva justicia regional de los dere-

chos humanos y adquieren, además, la obligación de adoptar en su aparato jurídico tanto las normas como su interpretación a través de políticas y leyes que garanticen el respeto a los derechos humanos y sus garantías explícitas previstas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos internacionales, con el objeto de maximizar los derechos humanos. Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito. Amparo directo 353/2011. José Luis Domínguez Robles. 29 de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Victorino Rojas Rivera. Secretario: Édgar Martín Gasca de la Peña. Amparo directo 826/2011. Alma Mayeli Trujillo Vázquez y otros. 8 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Juan García Orozco. Secretaria: Libertad Rodríguez Verduzco. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1685.

IX. La Ley de Amparo inconvencional

1. Nuevamente la Ley de Amparo es declarada contraria a una norma superior. Como se señaló durante la vigencia de la segunda Ley de Amparo (1869), la SCJN declaró hábilmente que el artículo 8º de ésta era inconstitucional, al prohibir expresamente el juicio de garantías contra actos judiciales, lo cual era contrario al precepto 101, fracción I de la constitución de 1857, que preveía el juicio de amparo contra cualquier autoridad que viole las garantías individuales (derechos humanos).

Como se dijo, actualmente todos los jueces del país deben respetar los derechos humanos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales de esta naturaleza, así como en la jurisprudencia que emita el Poder Judicial de la Federación y la Corte IDH en los juicios en que México sea parte. (Esto último es criticable, porque debe ser vinculante toda la jurisprudencia).

A esta gama de derechos se le ha denominado por algunos autores, *bloque de constitucionalidad*.

De esta forma la SCJN, al aplicar el principio *pro homine*, significa que en el caso concreto, los jueces deben evaluar cuál derecho, dentro del bloque de constitucionalidad, resulta más favorable y procurar una protección más amplia.

Así la SCJN en ejercicio del control de convencionalidad, referente a lo dispuesto en el artículo 76 Bis, fracción II, de LA, y en las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003, de rubros: *"Ofendido en materia penal. No se actualiza en su favor la suplencia de la queja deficiente." Y "Ofendido en materia penal. No procede la suplencia de la queja prevista en el artículo 76 bis, fracción II, de LA a favor de aquél cuando comparezca como quejoso en el juicio de garantías"*, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Tomo XVI, noviembre de 2002, p. 449 y Tomo XVIII, agosto de 2003, p. 175, respectivamente, relativo a que la suplencia de la queja deficiente en materia penal solo opera tratándose del reo, determinó que no son acordes con los instrumentos internacionales, como son: la Declaración Universal

de los Derechos Humanos (artículos 7 y 8); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 17); la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto San José Costa Rica" (artículo 25) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), de cuyos preceptos se advierte que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de ésta. Por tanto, ante la obligación que tienen los órganos judiciales de cualquier nivel, de analizar si determinada norma jurídica es acorde con los tratados en materia de derechos humanos, es conveniente que en los conceptos de violación o agravios de la víctima u ofendido deje de aplicarse el citado artículo 76 Bis, fracción II, de LA, que señala que en materia penal, la suplencia opera aun ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo, así como las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003 en cita; ello en razón de que, al tener los derechos de la víctima y del ofendido la misma categoría e importancia que los que se otorgan al inculpado, deben tener, sin distinción, igual protección, además de que al tener una protección a nivel constitucional, no puede obligárseles al cumplimiento de formulismo alguno al momento de elaborarlos, que de no cumplirlos se les limite la protección de sus derechos; suplencia con la que se da preferencia a lo previsto en los instrumentos internacionales aludidos, que disponen que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, el mismo derecho a su protección cumpliendo así con el mandato previsto en el artículo 1º constitucional.

Este criterio está en revisión por contradicción de tesis entre los TCC.

La Ley de Amparo de 2 de abril de 2013

2. La Ley de Amparo de 2 de abril de 2013 ha sido declarada inconvencional porque vulnera el principio de progresividad (prohibición al Estado de disminuir el nivel alcanzado) previsto en el artículo 1º de la Constitución Federal, específicamente, por ahora, al reducir el término para presentar una demanda cuando se reclamen actos que afectan la libertad personal dictados dentro de procedimiento, porque de poder promoverse en cualquier tiempo, como lo preveía la ley de 1936, en la actual se limitó al plazo genérico de quince días.

Al respecto se reproduce la tesis:

ACTOS QUE AFECTAN LA LIBERTAD PERSONAL DICTADOS DENTRO DE PROCEDIMIENTO. EL ARTÍCULO 17, FRACCIÓN IV, DE LA LEY DE AMPARO, AL EXCLUIRLOS PARA QUE PUEDAN IMPUGNARSE EN EL JUICIO EN CUALQUIER TIEMPO, VULNERA EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD, POR TANTO, EN CUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PROMOVER, RESPETAR, PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1O. CONSTITUCIONAL, LOS TRIBUNALES DEBEN INAPLICARLO AL DETERMINAR EL PLAZO PARA PROMOVER LA DEMANDA. Si bien conforme al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el legislador tiene la facultad exclusiva para fijar los plazos y términos en que debe impartirse justicia, aquélla está restrin-

gida por el tercer párrafo de su artículo 1o., conforme al cual, todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; razón por la cual, al expedir las normas procesales que regulan el acceso a los medios de defensa, debe garantizarse el derecho de acceso a la jurisdicción, entre otros, conforme al principio de progresividad. Norma en la que se encuentra la prohibición de regresividad, que indica que una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá, salvo en ciertas circunstancias, disminuir el nivel alcanzado. Ahora bien, tratándose de actos que afectan la libertad personal, el artículo 22, fracción II, de la Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, establecía que la demanda podía promoverse en cualquier tiempo; no obstante, en el artículo 17, fracción IV, de la ley vigente, se restringió dicha prerrogativa, pues se estableció como excepción al plazo genérico de quince días tratándose de actos que afectan la libertad personal, sólo cuando dicha afectación se dé fuera de un procedimiento. Luego, aun cuando el derecho de acceso a la justicia no es absoluto y puede restringirse, en el proceso de creación de la nueva ley el legislador no expuso cuál fue el objeto de la restricción que estableció, ni por qué sería útil para la consecución de aquél; de ahí que no pueda someterse la limitación del derecho a un test de proporcionalidad; a más de que no se advierte que la limitación del plazo para promover la demanda sea razonable o acorde con el citado artículo 17 constitucional. Razón por la cual, al excluir a los actos que afectan la libertad personal dictados dentro de procedimiento para que puedan impugnarse en el juicio de amparo en cualquier tiempo, dicha porción normativa vulnera el principio de progresividad; por ende, los tribunales, en observancia de las obligaciones consignadas en el mencionado artículo 1o. de la Constitución Federal, deben inaplicarlo para efectos de determinar el plazo para promover la demanda de amparo y así proteger los alcances previamente dados a ese derecho, esto es, considerar que el juicio constitucional puede promoverse en cualquier tiempo cuando se reclamen actos que afectan la libertad personal dictados dentro de procedimiento. Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. Queja 64/2013. 19 de septiembre de 2013. Mayoría de votos. Disidente: Ma. del Pilar Núñez González. Ponente: Carlos Hinostrosa Rojas. Secretaria: Cecilia Aguilera Ríos. Amparo en revisión 246/2013. 7 de noviembre de 2013. Mayoría de votos. Disidente: Ma. del Pilar Núñez González. Ponente: Carlos Hinostrosa Rojas. Secretario: Alejandro Baltazar Chávez. Esta tesis se publicó el viernes 24 de enero de 2014 a las 13:21 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época. Localización: Registro: 2005372. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 24 de enero de 2014 13:21 h. Materia(s): (Constitucional, Común). Tesis: XXII.3o.1 P (10a.)

X. Soberanía

Cada vez la idea de soberanía va perdiendo la fortaleza de antaño. El fenómeno de la globalización permite llamar al mundo "aldea global", en el que las naciones están supeditadas recíprocamente, sin dejar pasar por alto la hegemonía de las grandes potencias o de los países desarrollados frente a los que no lo son. Sin

embargo, la ampliación del catálogo de derechos humanos, que ahora no se limita al texto constitucional, sino que además es abierta, y no merma para nada la soberanía, sino por el contrario, los derechos subjetivos que nacen de los tratados internacionales son para todas las personas, no para otras naciones.

La soberanía reside originalmente en el pueblo, quien la ejerce a través de sus representantes, por lo que si es al pueblo a quien se le reconoce mayores derechos en la relación con sus representantes (Estado), la consecuencia de ellos es el fortalecimiento de la soberanía.

XI. Ley General de Víctimas

En una primera visión muy general de la nueva ley que ha despertado muchas expectativas y críticas, se puede decir que aporta cuestiones a considerarse como positivas, entre éstas: la sanción a quienes violen derechos humanos, sea servidor público o particular; la reparación integral de acuerdo con los estándares internacionales; las clases de víctimas, entre otras.

El 9 de enero de 2013 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Víctimas (LGV), la cual entraría en vigor 30 días después de ese día, además de expedirse dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que entrara en vigor, el reglamento respectivo. Asimismo, dentro del plazo de 180 días naturales, los Congresos de los estados del país deberían armonizar todos los ordenamientos locales relacionados con la LGV.

Géneros de víctimas. La LGV establece dos tipos de víctimas, las directas, que son aquellas personas que directamente hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y las indirectas, que son los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y toda persona que de alguna forma sufra daño o peligre en su esfera de derechos por auxiliar a una víctima.

Calidad de víctima. Se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos, e independientemente de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño, o de su participación en algún procedimiento judicial o administrativo.

Reparación integral. Ésta comprende las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima teniendo en cuenta la gravedad y magnitud del

hecho punible cometido o la gravedad y magnitud de la violación de sus derechos, así como las circunstancias y características del hecho victimizante.

Objeto de la LGV. Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, restitución de sus derechos violados, debida diligencia, no repetición y todos los demás derechos consagrados en ella, en la Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte y demás instrumentos de derechos humanos;

Establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas; así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y lograr la reparación integral;

Garantizar un efectivo ejercicio del derecho de las víctimas a la justicia en estricto cumplimiento de las reglas del debido proceso;

Establecer los deberes y obligaciones específicos a cargo de las autoridades y de todo aquel que intervenga en los procedimientos relacionados con las víctimas;

Establecer las sanciones respecto al incumplimiento por acción o por omisión de cualquiera de sus disposiciones.

Principio *pro homine*. La LGV deberá interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de los derechos de las personas.

Violación de derechos humanos

La LGV define a ésta como "todo acto u omisión que afecte los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los tratados internacionales, cuando el agente sea servidor público en el ejercicio de sus funciones o atribuciones o un particular que ejerza funciones públicas. También se considera violación de derechos humanos cuando la acción u omisión referida sea realizada por un particular instigado o autorizado, explícita o implícitamente".

XII. Intento de contrarreforma constitucional

El Partido Revolucionario Institucional,[13] a través de la iniciativa de un diputado de su bancada, pretendió que se reformara el 1º artículo de la Constitución so pretexto de contradicciones en dicho numeral, para quedar como sigue:

[13] Partido mayoritario que recientemente recuperó el Poder Ejecutivo del país (1 de diciembre de 2012).

VIGENTE	PROPUESTA
Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. […] […] […]	Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y de los que el Estado Mexicanos sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. De existir una contradicción de principios entre esta Constitución y los Tratados Internacionales de los que México sea parte, deberá prevalecer el texto constitucional, conforme a lo previsto en su artículo 133. […] […] […]

1. *Un paso atrás*

Se repite la historia de la SCJN a pesar de la claridad del texto del artículo 1º segundo párrafo, que ordena: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

El 3 de septiembre de 2013 la SCJN decidió, por mayoría de 10 votos, la contradicción de criterios 293/2011, respecto a la relación de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, y creó un principio de interpretación contrario a la misma; explica el ministro José Ramón Cossío Díaz, el único que sostuvo disidencia:

> …el derecho convencional cede frente al derecho constitucional desplazando la posibilidad de resolver los problemas caso por caso aplicando efectivamente el principio pro persona. No es verdad, como sostuvo la mayoría, que la interpretación generada por ella permita la ponderación caso por caso de todos los derechos humanos. Para que ello fuere así, debía darse la plena igualdad entre los derechos humanos de fuente

constitucional y de fuente convencional. Pero como se introdujo una diferenciación entre uno y otro tipo de derechos al darle preeminencia jerárquica a las restricciones constitucionales, tal igualdad se rompió. Lo más que puede hacerse en este tipo de operación es determinar si en la situación concreta que se enfrente existe tal restricción para que a partir de ahí, desplazar al derecho humano establecido en un tratado.

Así la SCJN da un paso adelante y otro atrás, no hace mucho había considerado a los derechos humanos previstos en la Constitución y en la tratados internacionales de similar categoría, por lo que la distinción entre éstos no se resolvía formalmente, *a priori,* sino frente al problema a resolver, diciendo aplicar entre el catálogo de derechos humanos previstos en la Constitución o en los tratados internacionales, bajo la receta de cuál de los derechos humanos es el que más favorezca sin importar la fuente.

Estamos ante una situación grave, porque es el "guardián" supremo de la Constitución quien merma sus alcances protectores; así nos lo hace saber Cossío Díaz en el artículo "Las trampas del consenso", al precisar: "Con la reforma de 2011 el Constituyente, como órgano democráticamente legítimo, generó una solución novedosa que puede no gustar a muchas personas. No obstante al asumir el cargo como ministro de la Suprema Corte protesté guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen…"

Este criterio es contrario al principio de progresividad establecido en la propia Constitución. Espero se rectifique pronto el rumbo, será la forma de hacer un festejo más en su aniversario.

XIII. Conclusiones

a) Es obligación para todo juez aplicar de oficio las normas que integran el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que implica la obligación de su estudio.

b) La fuente internacional ha creado la suplencia de la queja americana en derechos humanos.

c) Los jueces mexicanos, como cualquiera cuyo país pertenezca al sistema, deben ser los primeros enjuiciadores de los derechos humanos en el continente en su ámbito de competencia.

d) Es fundamental ejercer el control difuso de convencionalidad para evitar sentencias condenatorias a nuestro país por la CIDH.

e) Es esencial la difusión de todas las convenciones y tratados internacionales que prevén normas sustantivas y adjetivas en el foro local.

f) El control de convencionalidad provocó en México el control difuso de constitucionalidad, toda vez que éste era concentrado.

g) Se le da a los jueces el poder de controlar los actos del legislativo que sean contrarios a los principios consagrados en el catálogo del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la CIDH.

h) En el ámbito interno las garantías individuales resultaron ser insuficientes para garantizar la totalidad de los derechos del hombre.

i) Hoy en día, se busca un estándar latinoamericano de los derechos humanos.

j) El ámbito de supervisión efectivo de los derechos humanos es el internacional.

k) La SCJN rápidamente rectificó el criterio de que solo son vinculantes las sentencias de la Corte DH en las cuales México haya sido parte, y que en los procesos que no lo es, únicamente son razones orientadoras, para concluir que ambos supuestos son obligatorios y, con ello, los jueces deben plenamente ejercer el control difuso de convencionalidad, ampliando la gama de derechos y su eficacia, ya que la fuente internacional ha venido a dar oxígeno a un sistema judicial cuestionado duramente por la sociedad.

l) La ampliación del catálogo de derechos humanos ahora no se limita al texto constitucional, sino que además éste es abierto.

m) El reconocimiento de mayores derechos en la relación con el Estado da como consecuencia el fortalecimiento de la soberanía.

n) No obstante que éste es un beneficio para todos los particulares, lugar donde dogmáticamente reside la soberanía nacional frente a los órganos de poder, y que se vive en un régimen democrático, existen fuertes resistencias a este nuevo modelo de derecho nacional.

ñ) Lo cierto es que no son las leyes las que resuelven los problemas de la realidad, sino los operadores jurídicos que se apoyan en éstas para darle vida a los anhelos de una sociedad.

La génesis del Control de Convencionalidad (CCV) desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)[1]

Jaime Alfonso Cubides Cárdenas[2]

SUMARIO: I. Introducción. II. El origen del Control de Convencionalidad (CCV) y su nacimiento en el SIDH. III. Diferencia del Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad (CCV). IV. Las obligaciones supranacionales dadas por la Corte IDH y en especial las contenidas del CCV. V. A manera de conclusión. VI. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El principio democrático y el Estado Constitucional de Derecho implican el sometimiento del Estado mismo al Derecho tanto nacional como internacional (Ayala, 2007, p. 128), y ello no es concebible sin el acatamiento pleno del Estado tanto nacional como internacionalmente a tribunales especializados que garanticen los derechos humanos de todas las personas. Sin duda, una de las notas tras-

---

[1] Este artículo hace parte de la ponencia presentada en el "Primer Congreso de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional": En homenaje al Dr. Jorge Carpizo, celebrado en la Ciudad de México en el Tecnológico de Monterrey, los días 28, 29 y 30 de agosto de 2013; contiene parte de los resultados finales del proyecto de investigación: "Derecho Procesal Constitucional: Enfoque Transnacional desde el Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos", que hace parte de la línea de investigación: "Fundamentos e implementación de los Derechos Humanos" del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia" vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (CISJUC) adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

[2] Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista en Derecho Público de la misma casa de estudios, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Maestrante en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Docente investigador de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: jacubides@ucatolica.edu.co.

cendentales de este nuevo modelo de Estado es la convicción de la preponderancia de la dignidad humana, alrededor de la cual giran los derechos humanos, mismos que a su vez le dan sustento y fundamento. Es en este tenor donde los *sistemas universal y regionales* de protección de derechos humanos cobran especial importancia, pues no solo conjuntan Estados con una finalidad común, sino que proporcionan a la persona que se sienta afectada en sus derechos una vía eficiente (aunque subsidiaria) para lograr protección, ejercicio efectivo y reparación adecuada en caso de violación de derechos. Sin embargo, la aplicación cotidiana de los compromisos adquiridos internacionalmente no ha sido ajena a complicaciones, opiniones encontradas, detractores, inercias e incluso incumplimiento (Rangel, 2011, p. 162). Las *cortes regionales* son instituciones de garantía, más que instituciones de gobierno, las que hoy reclama un constitucionalismo internacional basado en derechos humanos (Prieto-Sanchís, 2013, p. 235). Los jueces, como autoridades estatales igualmente responsables por la aplicación del derecho internacional, pueden tener un rol muy importante en la efectividad de sus reglas. Sin embargo, hay una impresión general de que ellos no lo hacen cotidianamente (Pinto & De Azevedo, 2009, p. 231).

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, Corte IDH) son obligatorias para los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH),[3] que han ratificado la competencia contenciosa del Tribunal. Se puede afirmar que tienen el mismo valor que una sentencia judicial proferida en el orden interno (Acosta & Bravo, 2008, p. 336). El problema se centra en establecer el procedimiento interno para la ejecución de la sentencia dentro del Estado declarado responsable. Parafraseando a Ayala (2007), es necesario el sometimiento del Estado al derecho internacional y, por lo tanto, al cumplimiento de las sentencias internacionales, dentro de las cuales se encuentran las decisiones dictadas por la Corte IDH, tribunal supranacional que es el encargado de ser el garante transnacional de la CADH; la necesidad se centra en establecer mecanismos efectivos para que su ejecución sea real y material, cumpliendo con las obligaciones impuestas.

En el ámbito internacional han evolucionado las obligaciones pactadas en los diversos instrumentos en materia de derechos humanos y los parámetros de inter-

[3] Artículo 68 de la CADH o también denominado Pacto de San José de Costa Rica (1969), que establece: "1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

pretación y protección de los organismos que velan por su eficacia. Y si bien la suscripción de un tratado y el sometimiento a la jurisdicción de la Corte IDH son decisiones que un Estado adopta de forma potestativa en ejercicio de su soberanía, una vez signado aquél y aceptada ésta, el tribunal queda facultado para contrastar si se cumplen las obligaciones contraídas. En caso negativo dicta una sentencia reparadora, definitiva e inatacable[4] (Salgado, 2012, p. 221). En este trabajo se intentará determinar el origen del Control de Convencionalidad, (de ahora en adelante CCV), para explicar por qué su alcance y sus implicaciones para los Estados es importante.

La Corte IDH ha asumido diversas órdenes de adoptar, modificar o dejar sin efecto leyes dentro de sus sentencias. Es decir, adoptar leyes que permiten al Estado cumplir con obligaciones convencionales, como tipificar adecuadamente la desaparición forzada de personas; modificar leyes que contienen elementos que impiden el ejercicio de derechos para adaptarlas a las obligaciones dadas por la convención;[5] o dejar sin efecto leyes que son contrarias a la CADH[6] (Ayala, 2007, p. 181).

Como lo afirma Londoño (2005), lo cierto parece ser que en el orden práctico, los Estados no están preparados para acoger una sentencia internacional como las emitidas por la Corte IDH, que ya ha sido fruto del agotamiento de recursos internos y todo un proceso internacional, sin que implique de nuevo para la víctima un completo proceso en el ámbito nacional. Esto, que puede considerarse una falla en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), no depende exclusivamente del mismo, sino en buena parte de la voluntad de los Estados; sin embargo, en la medida en que se pueda limitar esa discrecionalidad estatal por previsión del Sistema, sería posible generar una serie de propuestas para su fortalecimiento (Londoño, 2005, p. 207).

Para los Estados parte en la CADH que reconocieron la competencia de la Corte IDH, sus sentencias les resultan de obligatorio cumplimiento no solamente porque el artículo 68 de la CADH lo establece comprometiendo la responsabilidad internacional de los diferentes Estados con base en los principios de *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga) y de *bonna fides* (buena fe), sino porque la ejecución de fallos judiciales está íntimamente relacionada con el derecho de acceso a la justicia

---

[4] Al respecto menciona la CADH (1969) en su Artículo 67: "*El fallo de la Corte será definitivo e inapelable*. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo" (la cursiva es nuestra).

[5] Al respecto consultar la sentencia de la Corte IDH: Caso *Caesar*, 2005.

[6] Un ejemplo claro de esto está en la sentencia de la Corte IDH: Caso *Blanco Romero y otros*, 2005.

y a la protección judicial efectiva y en el fondo la protección de los derechos humanos en general (Arias, 2012, p. 94). Ser *parte* de un sistema supranacional como el SIDH de tutela de los derechos humanos significa que el incumplimiento de una de las obligaciones internacionales establecidas por él (y en particular en la CADH), genera la responsabilidad de la *parte*, lo que se traduce en la obligación de reparar íntegramente todo perjuicio, tanto material como moral, que la acción u omisión del Estado haya causado (Pia, 2007, p. 226).

Dentro de este planteamiento del problema será necesario responder a la pregunta: ¿cuál ha sido el origen del Control de Convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)?

II. El origen del Control de Convencionalidad (CCV) y su nacimiento en el SIDH

La noción de CCV tiene ciertamente sus desarrollos más tempranos en el derecho interno de los Estados y, más particularmente, en la esfera del derecho constitucional francés. Esta noción encontró en la Doctrina constitucional francesa y sobre todo en la jurisprudencia de sus órganos jurisdiccionales un terreno fértil (Aguilar Cavallo, 2012, p. 725). Dicha figura es una creación jurisprudencial, es decir pretoriana, hecha por el Consejo Constitucional en 1975 y ratificada por el Consejo de Estado Francés en 1989, expuesta en diferentes fallos insignias o sentencias hitos o *leading case* reconocidos en distintas latitudes desde la década de los setenta.

Cabe mencionar que Mauro Cappelletti (1977) en su escrito: "Justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional", denominó a la función ejercida por la Corte Europea de Derechos Humanos para asegurar la vigencia y aplicación de los derechos y las libertades fundamentales reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), *control de la legitimidad convencional del acto impugnado*.

La Constitución francesa vigente desde la quinta República, en su artículo 55 establece: Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, sin perjuicio, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte (Constitución francesa, 1958). Dicho artículo ha sido la base de la nueva institución jurídica para su aplicación por parte de los diferentes órganos jurisdiccionales de Francia, donde debemos especificar que el Consejo Constitucional está en cabeza de la jurisdicción constitucional, el Consejo de Estado como tribunal de cierre de la jurisdic-

ción contenciosa administrativa y el Tribunal de Casación como cierre del orden judicial ordinario.[7]

El punto de partida de la historia del CCV en Francia se debe identificar en una decisión célebre del Consejo Constitucional, la decisión núm. 74-54 DC del 15 de enero de 1975, denominada *Interruption volontaire de grossese* (Interrupción voluntaria del embarazo) (IVG). En esa oportunidad el Consejo determina que el CCV no es un control de constitucionalidad y, por ende, el control de la adecuación de leyes ordinarias a los tratados, fundamentalmente a la CEDH, corresponde a las jurisdicciones ordinarias (Cárdenes, 2012, p. 46).

Este concepto se expone en amplio sentido en la precitada sentencia del 15 de enero de 1975 (donde el Tribunal se pronunciaba sobre la Ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo),[8] en ésta el Consejo Constitucional francés se negó a integrar el derecho internacional en el "bloque de constitucionalidad", considerando que su competencia se limitaba a la estricta confrontación de las leyes con las disposiciones del texto constitucional. Tratándose del cumplimiento del artículo 55 y de la sanción de no conformidad de las leyes a los tratados o acuerdos internacionales, indicó para la ocasión que esta tarea correspondía a los órganos jurisdiccionales ordinarios. La doctrina del Consejo Constitucional fue asimilada rápidamente por el Tribunal de Casación, que asumió por su cuenta la distinción entre el control de constitucionalidad (reservado al Consejo Constitucional) y el control de convencionalidad (conferido a los órganos jurisdiccionales ordinarios Consejo de Estado y Tribunal de Casación) (Pinon, 2010, p. 48).

A partir de la interpretación del precitado artículo 55 y con un cambio jurisprudencial, intempestivamente se emite un sentencia hito el 24 de mayo de 1975, cuando la Corte de Casación declaró expresamente que el artículo 55 de la Constitución francesa autorizaba al juez inaplicar una ley contraria a un tratado internacional, incluso cuando éste fuese anterior a la norma (Fromont, 2002, p. 379). Dado que el tema no era plausible o estable dentro de la jurisprudencia, tuvo en su haber varios desarrollos posteriores para unificar la figura.

En materia de derechos humanos, y en paralelo a esta estructura de control de constitucionalidad, en Francia va abriéndose paso lenta, pero decididamente, la idea de situar en manos de la jurisdicción ordinaria el control de conformidad de la ley a los preceptos de la CEDH, entreviéndose, de este modo, una nueva especie de control *a posteriori* sobre la actividad del legislador impregnado de características propias (López, 2002, p. 251). Siguiendo estos precedentes en materia civil y penal para ratificar la primacía de la CEDH sobre las leyes francesas, es reiterada

---

[7] Para ampliar revisar: PINON, Stéphane, (2010), "El sistema constitucional de Francia", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (7) núm. 14, pp. 17-74.

[8] Traducción propia (Loi relative à l'Interruption volontaire de grossesse).

por la jurisdicción ordinaria poco tiempo después de la ratificación de la CEDH en las decisiones de *Respino* de la Corte de Casación de 3 de junio de 1975 y *Baroum Cherif* del 5 de diciembre de 1978.

El Consejo de Estado francés con la sentencia Nicolo,[9] de 20 de octubre de 1989, adoptada en la asamblea de esta corte de cierre, consideraba que el Tratado de Roma de 1957 debía prevalecer sobre una ley de 1977 relativa a la organización de las elecciones al Parlamento europeo, aun siendo esta norma legal veinte años posterior al Tratado (Fernández-Segado, 2009, p. 391); es así que el Consejo de Estado se encuentra habilitado para controlar la compatibilidad de una ley con las estipulaciones de un tratado anterior, siendo esto un verdadero CCV, y por ello en este caso se acepta la eventualidad de descartar la aplicación de una ley posterior a un tratado que se entendiera contraria al mismo. Así las cosas, después de la reforma constitucional de 2008,[10] en Francia el legislador orgánico reforzó la especialización de las competencias jurisdiccionales para el control de la ley. Por una parte, el Consejo Constitucional, se ve reafirmado por el artículo 61-1 en su función de juez constitucional, pero no de juez de la convencionalidad. Por otra parte, el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo son y siguen siendo las supremas jurisdicciones encargadas de juzgar sobre la convencionalidad de la ley (sentencia Consejo Constitucional, 2009), esto en ratificación de la sentencia 74-54 DC del 15 de enero de 1975.

Es claro que el origen del CCV se debe a la interpretación jurisprudencial del artículo 55 de la Constitución francesa (1958); no obstante, debe hacerse la diferenciación del control de constitucionalidad que se entrega al Consejo Constitucional, máximo tribunal de la jurisdicción constitucional en Francia y el que nació desde la sentencia Nicolo para el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación franceses. La naturaleza de la institución jurídica desde su nacimiento ha sido la confrontación de la norma interna con un tratado internacional (en el caso de la Corte IDH solo es con la CADH y la exégesis del tribunal regional) para su inaplicación por parte de la autoridad judicial dentro del ordenamiento nacional.

En el ámbito regional ha sido la Corte IDH el órgano que conceptualizó esta figura a fin de impulsar la armonización entre los ordenamientos jurídicos nacional e internacional (Serrano, 2011, p. 4). Aunque en el SIDH se atribuye el origen del control de convencionalidad a un voto concurrente emitido por el destacado

---

[9] El caso Nicolo pretendía la anulación de las operaciones electorales desarrolladas el 18 de junio de 1989 con vistas a la elección de los representantes en el Parlamento europeo. Puesto que el señor Nicolo consideraba que los Departamentos y Territorios de Ultramar no podían haber votado porque no pertenecían al territorio de la República de Francia.

[10] Para ampliar, ver: CÁRDENES, A. (2012), "Control de constitucionalidad a posteriori en Francia: ¿Inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?", *Cuestiones Constitucionales* (27), pp. 41-71.

jurista mexicano juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez, en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003) por diferentes autores, por ejemplo: (Aguilar, 2012, p. 725), (Bazán, 2011, p. 69), (Benavente, 2012, p. 19), (Carbonell, 2013, p. 71) (Ferrer, 2010, p. l74), (García-Ramírez, 2011, p.140), (Hitters, 2009, p. 110), (Ibáñez, 2012, p. 106) (Kastilla, 2011, p. 601), (Pelayo, 2012, p. 26) (Sagüés, 2011, p. 382), (Serrano, 2011, p. 4) y (Vivas y Cubides, 2012, p. 196).

El juez García Ramírez en otros votos concurrentes sigue reflexionando sobre la figura, como en el caso *Tibi vs. Ecuador* (2004) y el de *Vargas Areco vs. Paraguay* (2006); no obstante, es necesario explicar las reflexiones de García dentro de sus votos como cuando lo expone Hitters (2012) la tarea de los jueces transnacionales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales, en palabras de la Corte IDH: "La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la 'constitucionalidad', el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la 'convencionalidad' de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía" (caso *Tibi*, 2004). Dada la similitud del CCV con el control de constitucionalidad es necesario y relevante hacer una correcta diferenciación entre las dos figuras. Desde su origen, entre el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado hay una divergencia notoria puesto que en el CCV se denotaba con la confrontación del tratado internacional, y el control de constitucionalidad solo se contrastaba así con las normas que conformaban el bloque de constitucionalidad en Francia.

III. Diferencia del Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad (CCV)

La supremacía constitucional es la base de todo sistema o mecanismo de control constitucional, puesto que sin ella no se podría establecer el contraste entre una ley impugnada y el texto fundamental sin desaplicar la norma transgresora (Gustavo Mancilla, 2010, p. 159).

Los orígenes del principio de supremacía de la Constitución, del que derivarían como una necesidad consecuente los sistemas de control de constitucionalidad,

se encuentran, por una parte, en las deliberaciones y las tesis de Edward Coke acerca de la supremacía del *commow law* sobre el *statutory law* a propósito de las luchas entre el Parlamento y el rey Jacobo I en 1610, según las cuales los propios legisladores tienen en el derecho común los límites para el ejercicio de su función, y por otra parte, en la teoría lockiana sobre la limitación del poder frente a los derechos naturales del hombre (Begné Guerra, 2003, p. 33).

Los mecanismos de control de la constitucionalidad tienen el fin de preservar la coherencia del sistema jurídico, proveyendo así a su eficacia. Esto se verifica, por una parte, a través de los controles abstractos que al constatar el enfrentamiento entre las normas, evitan su aplicación simultánea, y por la otra, a que los controles de carácter concreto sirven para superar los conflictos que en el marco de un sistema jurídico se producen afectando situaciones jurídicas específicas (Huerta, 2003, p. 929).

Cuando la Corte Constitucional o ente encargado de aplicar el *control constitucional* se pronuncia por la ilegitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley, la declaración que emite surte efectos generales *erga omnes,* lo que se traduce en la abrogación de la ley constitucional (Castrillón y Luna, 2010, p. 83).

El control constitucional es un contraste que se realiza entre la norma constitucional, que tiene carácter supremo, y una norma secundaria o acto de una autoridad en el que, de existir una discrepancia entre norma superior e inferior, se invalidaría la porción de la menor que sea incongruente con el contenido de la mayor, a este resultado se le denomina inconstitucionalidad (Gustavo Mancilla, 2010, p. 161). Cuando la Corte Constitucional se pronuncia por la ilegitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley, la declaración que emite surte efectos generales *erga omnes* (para todos)*,* lo que se traduce en la abrogación de la ley inconstitucional.

El control constitucional es una tarea plagada de dificultades.[11] En tiempos del neo-constitucionalismo en los cuales el juez constitucional ha expandido materialmente sus funciones, donde resulta en ocasiones depositario del poder de decir la última palabra en materia constitucional y debe trabajar con enunciados normativos que adolecen de una indeterminación textual significativa, pero al mismo tiempo poseen una densa carga valorativa, posiblemente la mayor dificultad que debe sortear el juez es el particularismo valorativo, es decir, lograr la difícil tarea de no sucumbir totalmente ante sus propias opciones axiológicas, aunque por supuesto, ellas en alguna medida siempre estarán presentes (Acuña, 2009, p. 556).

---

[11] ACUÑA, J. (2009), *La justificación de las decisiones judiciales en el ejercicio del control constitucional de leyes. El juez constitucional en el siglo XXI*, FERRER MAC-GREGOR, E. y MOLINA SUÁREZ, C. (coords.), México, Universidad Nacional Autónoma de México y Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El control posterior y judicial, en el que el juez se convierte en el centro de atención del panorama constitucional, pues su respuesta y accionar constitucional tienen su órbita de gravitación en torno a la noción —por lo menos en lo que se refiere a la acción pública de inconstitucionalidad, como máxima expresión de ese poder judicial— de garantizar los derechos de acceso y participación del ciudadano por encima de formas y dogmatismos jurídicos, como la conservación inconsecuente de la ley ilegítima, para dar prevalencia a los principios constitucionales de acceso a la justicia, prevalencia del derecho sustancial sobre las formas impuestas por la ley y la participación democrática y pluralista en la edificación y protección de la Constitución como fuente formal y aplicable del derecho (Gómez-Pinto, 2010, p. 181).

En Colombia, esta figura ya está vigente con la expedición del Acto Legislativo 3 del 31 de octubre de 1910, donde se buscó sacar al país del autoritarismo de la Constitución de 1886, que junto con el legislador de entonces, habían facilitado la implantación de un gobierno dictatorial, el llamado "Quinquenio de Reyes".[12] Es importante resaltar cómo los abusos de una dictadura nos regresaron a la senda del constitucionalismo. La reforma constitucional de 1910 es de suma importancia no solo en Colombia sino también en el mundo, pues establece la posibilidad de que un tribunal saque del ordenamiento jurídico una ley o un decreto del gobierno por ser contrarios a la Constitución, lo anterior por petición ciudadana. Es decir, ya para 1910, la Corte Suprema de Justicia de Colombia obraba como legislador negativo, 10 años antes de que se creara el Tribunal Constitucional austríaco y 19 años antes de que Kelsen expusiera su teoría sobre el tema (Mendieta, 2010, p. 72).

Así, Colombia goza de un sistema de *control de constitucionalidad mixto* (difuso y concentrado). En desarrollo del elemento *difuso*, todos los jueces pueden juzgar, a la luz de la Constitución Política, la conducta de los funcionarios públicos (y la de los particulares en ciertas circunstancias), cuando quiera que ellos o las instituciones en las que éstos desempeñan sus funciones sean demandados por cualquier persona mediante una *acción de tutela* ante la amenaza o violación de sus derechos constitucionales fundamentales. […] Adicionalmente, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, todos los jueces (y, en general,

[12] El general Rafael Reyes es elegido presidente de Colombia en 1904, se dedicó a gobernar en un régimen "dictatorial" conocido como el "Quinquenio de Reyes". Impuso una política proteccionista y medidas económicas tendientes a recomponer la desastrosa situación económico-financiera del país tras la guerra de los Mil Días. Pero el abuso de sus facultades presidenciales, la clausura del Congreso y su reemplazo por una Asamblea adicta terminaron por fortalecer a la oposición: Reyes tuvo que enfrentar dos conspiraciones en su contra. Para ampliar: VILORIA, J. (2009), "Historia empresarial del guineo: Empresas y empresarios bananeros en el departamento del Magdalena, 1870-1930", en *Cuadernos de Historia Económica y Regional*, Cartagena de Indias, Banco de la República.

todos los servidores públicos) deben preferir las disposiciones constitucionales, lo que en la práctica supone la obligación de reconocer para el caso concreto una *excepción de inconstitucionalidad*, sin necesidad de consulta o confirmación previa de la Corte Constitucional. En lo que tiene que ver con el elemento *concentrado*, la Corte Constitucional tiene la facultad de seleccionar para su *revisión* cualquiera de las sentencias de acciones de tutela que se encuentren ya en firme, y así unificar la jurisprudencia que surge de la interpretación del texto constitucional (Lancheros-Gámez, 2012, p. 165).

La correcta diferenciación entre el control de constitucionalidad y el de CCV constituye una delimitación correcta entre el margen de la aplicación del uno y del otro, aunque los dos se sumerjan dentro del denominado fenómeno de la constitucionalización del derecho;[13] este fenómeno tiene diversas aristas, pero todas confluyen frente a los efectos que produce el texto normativo supremo denominado Constitución dentro de los ordenamientos jurídicos, el poder irradiador que este tiene dentro de todas las otras ramas del derecho, hace que la perspectiva se convierta en un enfoque sistémico con orientación al sistema constitucional (Cubides, 2012, p. 27).

Aunque en el ejercicio de su papel como garantes de los derechos fundamentales y de los valores constitucionales, los Tribunales constitucionales pueden y deben actuar de manera que no lleguen a cuestionar la dinámica de la integración. Ello es posible […], si se admiten todas las consecuencias que comporta la apertura de la Constitución (Díez, 2013, p. 33). Lo que busca el CCV es que se adopte un concepto de mayor amplitud, que es precisamente el de los derechos humanos, y además dejar claro que éstos están previstos y tutelados no solamente en la propia Constitución sino, además, en los tratados internacionales, lo que todavía al día de hoy causa problemas en los tribunales para determinar su tutela efectiva (Fernández-Fernández y Samaniego, 2011, p. 196); establecido el origen de esta nueva figura aplicada por el SIDH desde la Corte IDH, se hace necesario indicar cuáles son sus implicaciones dentro de los Estados que reconocen la jurisdicción del Tribunal Regional.

IV. Las obligaciones supranacionales dadas por la Corte IDH y en especial las contenidas del CCV

En el caso del denominado SIDH, el debate durante los primeros años de trabajo de la Comisión IDH y la Corte IDH intentó determinar si éstas podían (o no) hacer responsables a los Estados que incumplían sus obligaciones internacio-

[13] Para ampliar, ver: CUBIDES, J. (2012), "La relación del fenómeno de la constitucionalización del derecho con el Derecho Procesal Constitucional", *Revista Justicia Juris*, vol. 8, núm. 1, pp. 22-29.

nales; como corolario, surgió la pregunta sobre cómo deben implementar los Estados las decisiones de los órganos supranacionales (Contesse, 2011, p. 252). La Corte IDH ya en extensa jurisprudencia ha determinado que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la CADH. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado (caso *La Última Tentación de Cristo-Olmedo Bustos y otros*, 2001).

En este orden de ideas, la Corte IDH en el marco de la CADH, determinó que la responsabilidad internacional de los Estados surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter *erga omnes* (respecto a todos), de respetar y garantizar las normas de protección consagradas en los artículos 1.1[14] y 2[15] del aludido instrumento internacional (Medina, 2009, p. 93). Es así que desde sus primeros fallos, la Corte IDH en los denominados casos hondureños[16] (casos *Velázquez Rodríguez*, 1988; *Godínez Cruz*, 1989, y *Farién Garbi y Solís Corrales*, 1989), ya enmarcaba categóricamente cómo iba a imponer responsabilidad internacional de los Estados, de ahí que se mencione expresamente en el caso *Velázquez Rodríguez* (1989) que del artículo 1.1 de la CADH se derivan dos obligaciones para los Estados:

i. La primera obligación es la **de respetar los derechos y libertades** reconocidos en la CADH. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana, y en consecuencia, superiores al poder del Estado (caso *Velázquez Rodríguez*, párr. 165, p. 34).

---

[14] Para ampliar la CADH (1969) en su artículo 1, menciona: **Obligación de Respetar los Derechos:** 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

[15] Al respecto, el CADH (1969) en su artículo 2, estipula: **Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno**. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

[16] Para ampliar, ver más en: BONILLA, J. (2012), "Casos Hondureños ante el Sistema Interamericano y el uso de la Doctrina del Margen de Apreciación", en ACOSTA, P. y NÚÑEZ, M. (coords.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Instituto de investigaciones Jurídicas-UNAM.

ii. La segunda obligación es la de **garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos** reconocidos en la CADH a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (caso *Velázquez Rodríguez*, párr. 166, p. 35).

Las obligaciones contenidas en la CADH sobre el respeto de los derechos y la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los mismos, no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esto, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental desde todas las autoridades que cumplan función pública, para que aseguren la existencia, en la realidad, de una efectiva garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Los tratados internacionales de derechos humanos establecen la obligación de los Estados partes no solo del respeto a estos derechos, sino de la aplicación de medidas legales, administrativas y de cualquier índole para su correcto cumplimiento. La recepción de estos instrumentos puede realizarse a través de los denominados puentes cultural, constitucional, legal, jurisdiccional y político, lo cual se integra a la obligación constitucional de todas las autoridades ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (Castañeda, 2012, p. 249).

Para que las normas internacionales realmente operen, el Estado debe establecer, además, recursos adecuados y eficaces que los individuos puedan ejercer para reclamar la violación a sus derechos humanos (Medina, 2005, p. 249). La Corte IDH ha señalado en un fallo reciente que: la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla (caso de la *Comunidad Mayagna-Sumo*, 2001).

Aunque uno solo pensaría que las obligaciones sobre derechos humanos recaen en los Estados, la Doctrina alemana denominada el *Drittwirkung der Grun-*

drechte[17] (eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros) ha sido acogida por la Corte IDH, de forma expresa en la Opinión consultiva N° 18 (Corte IDH, 2003). En cualquier caso, las consecuencias van más allá de la obligación del Estado de disponer de los medios necesarios para evitar o reparar las lesiones de derechos en las relaciones privadas. La Corte IDH declara rotundamente y sin ningún género de dudas, como lo venía haciendo desde la segunda época de la jurisprudencia, que los derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares (Mijangos, 2007, p. 605). De seguro hace no muchas décadas ni siquiera se soñaba con un tribunal de derechos humanos ante el cual se juzgara a los Estados, fenómeno ya común en Europa y América, incipiente en África, y que no muy tarde, el resto de las regiones del mundo tendrán que imitar. No debe temerse a la ampliación de las esferas de competencia en materia de derechos humanos ni deben, por duras que sean, reputarse metas inalcanzables; es hora de ponerse a debatir seriamente en el continente sobre la cuestión de la responsabilidad individual en materia de violaciones a los derechos humanos (Savioli, 1995, p. 98).

De tal suerte que las obligaciones en materia de derechos humanos son contundentes y numerosas, pero en especial las que se derivan de las sentencias de la Corte IDH son más próximas al ordenamiento jurídico de los Estados, puesto que la responsabilidad internacional de no violar derechos humanos se ha quebrantado dentro de toda la región; tenemos todavía mucho por delante en América Latina para que el proceso de "nacionalización" de los estándares internacionales de derechos humanos se hagan pan de cada día, que no sea "coto" del movimiento de derechos humanos o de los académicos especializados en el área, sino una herramienta conceptual y operacional de todas y cada una de las personas que desempeñan función pública y, en particular, de todos y cada uno de los y las integrantes de los tribunales (García-Saýan, 2009, p. 119).

Aunado a lo anterior, aparece en escena a nivel latinoamericano un nuevo mecanismo denominado CCV; éste es un paradigma que está en constante configuración, que nace de la necesidad de que los Estados cumplan con las sentencias de la Corte IDH; lo importante de esta nueva obligación es su significado, que se traduce en el cumplimiento que se les debe a las sentencias transnacionales de la Corte IDH como un precedente jurisprudencial que evita cometer reiteradamente las mismas faltas contra la CADH. El ejercicio supranacional obliga a los Estados a tener en cuenta los fallos del Tribunal Interamericano, como jurisprudencia vinculante una vez sea proveída tanto en el campo internacional como en sus relaciones internas (Vivas y Cubides, 2012, p. 196).

---

[17] Para ampliar sobre este concepto, revisar: MIJANGOS J. (2007), "La Doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte* en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, UNED, pp. 583-608.

V. A manera de conclusión

El Control de Convencionalidad (CCV) en el ámbito internacional no tiene ningún problema, pues se da de manera continua, no solo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino prácticamente ante cualquier tribunal internacional en el ámbito de sus competencias. Pero en el ámbito interno, la situación no es igual, ya que en muchos países y más para los poderes judiciales, el derecho de origen internacional incorporado en sus sistemas jurídicos prácticamente no existe y mucho menos lo observan y cumplen (Kastilla, 2011, p. 599).

Cuando la Corte IDH, luego de hacer el CCV, dispone que en el caso concreto se violó la Convención, tal pronunciamiento es vinculante (arts. 62.3 y 68.1 del Pacto), y el Estado tiene la obligación de adaptar y en su caso modificar el derecho interno, incluyendo la propia Constitución, bajo apercibimiento de incurrir en *responsabilidad estatal*. Esto quiere significar que desde esta vertiente la decisión interamericana no implica una abrogación automática del precepto local, pues es el país quien debe cumplir con el pronunciamiento regional (Hitters, 2009, p. 123); no obstante, dado que una figura como el CCV es un paradigma en constante construcción, se denota que en algunas sentencias de la Corte IDH (casos *Barrios Altos*, 2001; *Tribunal Constitucional de Perú*, 2001, y *La Cantuta*, 2006) ha ido más allá de sus atribuciones como Tribunal Regional, y la Corte IDH se ha comportado como un verdadero Tribunal Constitucional declarando inaplicables normas nacionales.

Es claro que el CCV desde su origen pretoriano aplicado por el juez que ha tenido la competencia para realizarlo, lo ha hecho examinando un tratado internacional con una norma de inferior jerarquía; no obstante, la Corte IDH ha entendido que no solo en sede internacional procede el CCV, sino en sede nacional o interna para cotejar normas de inferior jerarquía con la CADH y su exégesis, realizada por la misma Corte IDH por ser la intérprete auténtica de la Convención; las implicaciones de aceptar la implementación de esta institución jurídica dentro del Estado propende la garantía efectiva de los derechos humanos tanto de arriba hacia abajo como de abajo hacia arriba.

Los Estados se obligan a respetar los derechos y libertades que se establecen en la CADH, además de adoptar las medidas de cualquier índole para hacer valer los derechos humanos; esto se hace más notable con el CCV puesto que de su aplicación denota dejar de aplicar las normas cuando éstas sean in-convencionales. El Estado debe establecer si aplicará los postulados de este nuevo mecanismo para la protección de derechos o si, de lo contrario, no reconocerá que la misma Corte IDH ha buscado diferentes instituciones para hacer que sus sentencias se cumplan. Si todos los Estados sometidos a la jurisdicción regional aplicaran dicha figura, hoy, en vez de concluir, sería el momento de comenzar a hablar de un derecho común interamericano.

VI. Referencias bibliográficas

ACOSTA, J. y BRAVO, D. (2008), "El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana", International Law: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 13, pp. 323-362.

ACUÑA, J. (2009), *La justificación de las decisiones judiciales en el ejercicio del control constitucional de leyes. El juez constitucional en el siglo XXI,* FERRER MAC-GREGOR, E. y MOLINA SUÁREZ, C. (coords.), México, Universidad Nacional Autónoma de México y Suprema Corte de Justicia de la Nación.

AGUILAR CAVALLO, G. (2012), "El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos", Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 de mayo de 2012, *Estudios Constitucionales* (10), pp. 717-750.

ARIAS, B. (2012), "Fundamentos de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Lex* social: *Revista de los Derechos Sociales,* núm. 1, pp. 74-94.

AYALA, C. (2007), "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Estudios Constitucionales*, pp. 127-201.

BAZÁN, V. (2011), "Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18/2a, pp. 63-104.

BEGNÉ GUERRA. A. (2003), *Democracia y control de constitucionalidad: los derechos político-electorales del ciudadano y el acceso a la justicia*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

BENAVENTE, H. (2012), *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: concepto y modalidades,* Perú, J.M. Bosch Editor.

CARBONELL. M. (2013), "Introducción general al control de convencionalidad", en *El constitucionalismo contemporáneo*, GONZÁLEZ, L. y VALADÉS, D. (coords.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

CÁRDENES, A. (2012), "Control de constitucionalidad a posteriori en Francia: ¿Inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?", *Cuestiones Constitucionales* (27), pp. 41-71.

CASTAÑEDA, M. (2012), *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

CASTRILLÓN Y LUNA, V. (2010), *El control constitucional en el Derecho Comparado. V Jornadas: Crisis y Derechos Humanos*, en DÍAZ MÜLLER, L. (coord.), México, Universidad Nacional Autónoma de México.

CONTESSE, J. (2011), "Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos", en RODRÍGUEZ, C. (ed.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

CASTILLA, K. (2011), "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, pp. 593-624.

CUBIDES, J. (2012), "La relación del fenómeno de la constitucionalización del derecho con el Derecho Procesal Constitucional", *Revista Justicia Juris*, vol. 8, núm. 1, pp. 22-29.

DÍEZ, J. (2013), "El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?", *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Madrid, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR).

FERNÁNDEZ-FERNÁNDEZ, V. y SAMANIEGO, N. (2011), "El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México", *IUS,* Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, año V, núm. 27, pp. 173-200.

FERNÁNDEZ-SEGADO, F. (2009), "La Justicia Constitucional en Francia", t. II, en *La Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado*, Madrid, Dykinson.

FROMONT, M. (2002), "El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas", *Revista Pensamiento Constitucional*, núm. 8, pp. 369-382.

GARCÍA-RAMÍREZ, S. (2011), "El control judicial interno de convencionalidad", *IUS,* Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, año V, vol. 28, pp. 123-159.

GARCÍA-SAYÁN, D. (2009), "La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, GARCÍA-RAMÍREZ, S. y CASTAÑEDA, M. (coords.), México, Universidad Nacional Autónoma de México.

GÓMEZ-PINTO, L. (2010), "El control constitucional en Colombia: sobre El inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública", *Revista Vniversitas* (122), pp. 169-212.

GUSTAVO MANCILLA, R. (2010), "Congruencia y Control Constitucional Intraconstitucional", *Cuestiones Constitucionales* (22), pp. 157-187.

HITTERS, J. (2009), "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, pp. 109-128.

—— (2012), "Legitimación democrática del Poder Judicial y control de convencionalidad", en *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial, una visión desde América Latina y Europa*, SAIZ, A. (coord.), México, Editorial Porrúa.

HUERTA, C. (2003), "La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVI, núm. 108, pp. 927-950.

IBÁÑEZ, J. (2012), "Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 8, pp. 103-113.

LANCHEROS-GÁMEZ, J. (2012), "El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa: Síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional", *Revista Díkaion*, vol. 1, núm. 21, pp. 159-186.

LONDOÑO, M. (2005), "La efectividad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Díkaion*, vol. 19, núm. 1, pp. 203-208.

LÓPEZ BOFILL, H. (2002), *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes,* (Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra); recuperado de http://www.tdx.cat/handle/10803/7279.

MEDINA, C. (2005), "Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

MEDINA, F. (2009), "La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano", en *Debate interamericano,* ACOSTA, J. y AMAYA-VILLAREAL, A. (coords.), Bogotá, Ministerio de Relaciones Exteriores.

MENDIETA, D. (2010), "La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia", *Revista Vniversitas* (120), pp. 61-84.

PELAYO, C. (2012), *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

PIA, M. (2007), "El sistema interamericano de tutela de los derechos humanos. Una comparación con el sistema europeo bajo la perspectiva del acceso y de la efectividad", *Revista Meritum*, núm. 2, pp. 211-263.

PINON, S. (2010), "El sistema constitucional de Francia", *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (7), núm. 14, pp. 17-74.

PINTO, A. y DE AZEVEDO, J. (2009), "Las órdenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Poder Judicial de los Estados", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* vol. 39, núm. 111, pp. 227-252.

PRIETO-SANCHÍS, L. (2013), *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta.

RANGEL, L. (2011), "Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional", *IUS*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. 5, núm. 28, pp. 160-186.

SAGÜÉS, N. (2011), "El 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los Derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", en *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, VON BOGDANDY, A. *et al.* (coords.), México, Universidad Nacional Autónoma de México.

SALVIOLI, F. (1995), "La responsabilidad internacional estatal e individual mirada desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos: a propósito de la opinión consultiva nº 14", *Revista de Relaciones Internacionales*, La Plata, Instituto de Relaciones Internacionales y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, pp. 93-98.

SALGADO, E. (2012), "La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 26, pp. 221-260.

SERRANO, S. (2011), *Criterios de aplicación del DIDH. Introducción al Derecho Internacional de los derechos humanos. Maestría en Derechos Humanos y Democracia,* Documentos de Trabajo núm. 4, México, Flacso.

VIVAS, T. y CUBIDES, J. (2012), "Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana", *Entramado*, vol. 8, núm. 2, pp. 184-204.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar
en el mes de junio de 2014 en
PorrúaPrint®
Av. República de Argentina 17, col. Centro,
06020, Del. Cuauhtémoc, México, DF
Tel. 5704 7506

Artículos

La lid constitucional
Patricio Alejandro Maraniello
Argentina

El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano. ¿Cambio de paradigma?
Pamela Juliana Aguirre Castro
Ecuador

El juicio político en el contorno del control de constitucionalidad y de convencionalidad
Pablo Darío Villalba Bernié
Paraguay

Los derechos humanos de índole convencional y su asentimiento por los tribunales mexicanos
Alfonso Jaime Martínez Lazcano
México

La génesis del Control de Convencionalidad (CCV) desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)
Jaime Alfonso Cubides Cárdenas
Colombia

TECNOLÓGICO DE MONTERREY®