



JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

EL CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD

2011

EDITORES ■

Víctor Bazán ■

Claudio Nash ■



Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Chile



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa de Estudios de Gobernación y Administración

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

2011

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

2011

Editores
V́ctor Bazán
Claudio Nash



Programa de Estudios de Derechos Humanos

© 2012 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

Klingelhöferstrasse 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 90 n.º 19C-74, piso 2

Bogotá, Colombia

Tel.: (+571) 743 0947

iusla@kas.de

www.kas.de/iusla

twitter: KASiusLA

Facebook: KaS | Formando Justicia en América Latina

Editor responsable

Christian Steiner

Corrector

Alejandro Coto

Diseño y armado

Manosanta desarrollo editorial

ISSN: 1688-826X

Impreso en Colombia-Printed in Colombia

Por: UNIÓN GRÁFICA LTDA. En julio de 2012.

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

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

Sumario

Presentación	9
Prólogo	11
PRIMERA PARTE. El control de convencionalidad	
El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas <i>Víctor Bazán</i>	17
Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas» <i>Claudio Nash Rojas</i>	57
Apuntes a «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas», de Víctor Bazán <i>Aylín Ordóñez Reyna</i>	71
SEGUNDA PARTE. Informes por países de jurisprudencia relevante en materias de justicia constitucional y derechos fundamentales 2010-2011	
Pronunciamientos significativos de la Corte Suprema de Justicia argentina (2010-2011). Consolidación de estándares sustentables en sectores de la justicia constitucional y los derechos fundamentales <i>Víctor Bazán</i>	85
Justicia constitucional y derechos fundamentales en Bolivia. Avances y retrocesos <i>José Antonio Rivera S.</i>	101
Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: report 2010-2011 <i>Leonardo Martins</i>	113

Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2010-2011) <i>Claudio Nash R. y Paz Irarrázabal G.</i>	123
Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana <i>Humberto Antonio Sierra Porto</i>	135
Eficacia de los derechos humanos en Costa Rica <i>Gilbert Armijo</i>	143
La justicia constitucional en Guatemala. Casos relevantes (2010-2011) <i>Aylín Ordóñez Reyna</i>	153
¿Quién controla al controlador constitucional en el Perú? <i>César Landa</i>	167
Jurisprudencia constitucional uruguaya <i>Martín Risso Ferrand</i>	179
La justicia constitucional en Venezuela y su creciente instrumentalización <i>Jesús M. Casal</i>	187

Presentación

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se complacen en presentar al público esta tercera interesante y novedosa publicación que nace de un esfuerzo aunado con los juristas que integran el Grupo de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.

Valoramos la importancia de esta producción porque nace de un encuentro de construcción colectiva en que el diálogo y la discusión informada tuvieron transversal presencia; pero también porque discute sustanciales temáticas que resultan pertinentes para las realidades jurídicas de Latinoamérica. Así, el lector interesado en esta publicación encontrará un rico escenario argumentativo que versa sobre el control de convencionalidad y sobre los avances constitucionales en derechos fundamentales que se han desarrollado en el contexto regional.

Sin duda, estos ejes temáticos son el reflejo de un llamado a múltiples voces por el reconocimiento y la efectividad de una justicia constitucional que gozando de calidades profesionales y de incuestionable independencia, sea consciente y coadyuvante en la construcción del Estado democrático y social de derecho en cada uno de los países latinoamericanos.

En igual sentido, la publicación recoge las preocupaciones en torno a la responsabilidad que atañe a los administradores y actores de justicia de los ámbitos nacionales, para que su ejercicio profesional tenga impactos directos en el goce y garantía de los derechos humanos, con todo lo que esto implica para el fortalecimiento de la legitimidad del Estado y su institucionalidad.

A ello se suman las demandas que recoge el texto por la integración y elevación de los estándares internacionales de protección de derechos humanos en los contextos nacionales, las cuales se hacen cada vez más necesarias e imperantes para ampliar y profundizar los diálogos jurisprudenciales entre los tribunales y cortes de toda la región, en perspectiva de aportar el respeto y la garantía de los derechos humanos y de fortalecer sus instancias de protección.

Por todo ello, y por su invaluable aporte al debate jurídico de América Latina es de interés del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica extender sus más

fraternos agradecimientos a cada uno de los integrantes del Grupo de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, quienes además de honrarnos con su trabajo, han contribuido a enlazar esfuerzos hermanos y duraderos senderos de amistad.

Finalmente, compartimos el júbilo y felicitamos a los doctores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Humberto Sierra Porto, asiduos participantes del Grupo de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, quienes recientemente han sido nombrados como jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el periodo comprendido entre 2013 y 2018. Estamos seguros de que seguirán siendo ustedes dignos representantes de la justicia y valientes protectores de los derechos humanos, también en esta importante instancia.

CHRISTIAN STEINER

Director

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Fundación Konrad Adenauer

Prólogo

— I —

Este volumen refleja la provechosa continuidad de la labor que viene realizando el Grupo de Estudios sobre «Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales», convocado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

En esta oportunidad se recogen los aportes que dieron cuerpo a la valiosa III Reunión Regional de Trabajo llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, los días 11 a 13 de julio de 2011.

— II —

Cumpliendo lo proyectado en la II Reunión Regional (Montevideo, 2010), la primera fase de la labor interna del Grupo se circunscribió a un tema de fundamental importancia que se constituyó en la base de discusión: «El control de convencionalidad». El trabajo central fue elaborado por Víctor Bazán y los comentarios a tal ensayo estuvieron a cargo de Claudio Nash Rojas y Aylín Ordóñez Reyna. Posteriormente, diversos aspectos de la cuestión fueron fructuosamente discutidos por los miembros del Grupo.

Además de la segunda fase interna en la que se presentaron las experiencias comparadas en torno a sentencias relevantes (de 2010-2011) en materia de justicia constitucional y derechos fundamentales de los diversos países representados en el Grupo, se desarrollaron otras enriquecedoras actividades abiertas.

— III —

Sobre la base de la metodología de trabajo definida oportunamente, el presente libro se divide en dos partes.

1. El primer segmento focaliza exclusivamente el tema «El control de convencionalidad» y consta de tres aportes:
 - el documento central, realizado por Víctor Bazán y titulado «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas».
 - las anotaciones de Claudio Nash Rojas bajo el título: «Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”».
 - Las reflexiones de Aylín Ordóñez Reyna en torno a “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, de Víctor Bazán».

2. La segunda parte, titulada «Informes por países de jurisprudencia relevante en materias de justicia constitucional y derechos fundamentales (2010-2011)», ofrece los siguientes trabajos, cuya secuencia se ordena alfabéticamente por el nombre del Estado correspondiente, es decir, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela:¹
 - «Pronunciamientos significativos de la Corte Suprema de Justicia argentina (2010-2011). Consolidación de estándares sustentables en sectores de la justicia constitucional y los derechos fundamentales», por Víctor Bazán.
 - «Justicia constitucional y derechos fundamentales en Bolivia. Avances y retrocesos», por José Antonio Rivera S.
 - «Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2010-2011», por Leonardo Martins.
 - «Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2010-2011)», por Claudio Nash Rojas y Paz Irrazabal G.
 - «Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana», por Humberto Antonio Sierra Porto.
 - «Eficacia de los derechos humanos en Costa Rica», por Gilbert Armijo.
 - «La justicia constitucional en Guatemala. Casos relevantes (2010-2011)», por Aylín Ordóñez Reyna.
 - «¿Quién controla al controlador constitucional en el Perú?», por César Landa.
 - «Jurisprudencia constitucional uruguaya», Martín Risso Ferrand.

1 Si bien el Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México) participó activamente de la III Reunión del Grupo, celebrada en Lima, se excusó justificadamente de remitir el texto escrito de su trabajo para la presente publicación.

- «La justicia constitucional en Venezuela y su creciente instrumentalización», por Jesús M. Casal.

— IV —

Pensamos que el tercer volumen de la serie, que aquí prologamos, es muy significativo pues contiene contribuciones en temas trascendentes de gran actualidad y palpitante prospectiva como el del control de convencionalidad, además de valiosas reseñas jurisprudenciales que permiten tener un panorama *aggiornado* del estado de situación de la justicia constitucional y los derechos fundamentales en numerosos países del área latinoamericana.

La obra ha sido ideada como un aporte para los espacios académicos y científicos, pero además para ser un vehículo de información que llegue al público en general y a los operadores jurídicos: jueces, abogados postulantes, organizaciones no gubernamentales, legisladores, autoridades y funcionarios públicos, estudiantes.

Es que su propósito es contribuir al debate plural sobre problemáticas centrales de preocupación en el marco del Estado Constitucional, entre ellas: la independencia de la justicia constitucional; la cabal protección de los derechos fundamentales, en los planos internos e interamericano; el respeto por las instituciones democráticas; y el fortalecimiento de una «cultura constitucional y convencional» en los jueces y demás autoridades públicas, tanto como en la propia sociedad civil.

— V —

Para dar vida a esta publicación se ha contado con la valiosa y desinteresada participación de importantes colegas latinoamericanos, todos ellos juristas relevantes y sin duda referentes en las materias que conforman el núcleo temático del Grupo de Estudios. A ellos, muchas gracias.

Dejamos además testimonio de reconocimiento institucional al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y al Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Por último, pero no menos importante, agradecemos sinceramente el fundamental apoyo profesional y humano del Dr. Christian Steiner y su equipo, para fortalecer al Grupo y posibilitar su perdurabilidad.

Este libro y la inminente IV Reunión Regional, a celebrarse en agosto próximo en Sucre, Bolivia, testimonian que el corazón del Grupo sigue latiendo y que todos quienes lo integramos estamos intensamente comprometidos en el esfuerzo por cumplir sus objetivos.

Víctor Bazán y Claudio Nash Rojas, editores
San Juan, República Argentina, y Santiago, Chile, julio de 2012.

PRIMERA PARTE

El control de convencionalidad

El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*

Víctor Bazán**

I. INTRODUCCIÓN

En general, y entre otros tópicos relacionados, se examinará la importancia y los retos que afronta el *control de convencionalidad* a cargo de los magistrados nacionales (y demás autoridades públicas), que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre

* En su versión original, este texto se confeccionó para cumplir la tarea que se nos encomendara en cuanto a desarrollar el documento base de trabajo y discusión de la Reunión del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, llevada a cabo en Lima, Perú, entre los días 11 a 13 de julio de 2011.

Dado que el presente libro se publica en el curso del año 2012, hemos considerado imprescindible incluir aquí algunas actualizaciones (respecto de sentencias de la Corte IDH y otros aspectos interesantes del control de convencionalidad), con el objeto de intentar que el trabajo resulte de la mayor utilidad posible para los lectores.

** Profesor titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público y fundador y actual director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor invitado de posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en diversas universidades argentinas y del exterior. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (París); de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional; del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (del que forma parte de su junta directiva); de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (en la que integra su comité ejecutivo); de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (donde ha ocupado diversos cargos directivos, entre ellos el de director de la Sección de Derechos Humanos en los períodos 2005-2007, 2007-2009 y 2009-2011); vicepresidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Miembro del Grupo de Estudios por el Pluralismo Jurídico en Latinoamérica (PRUJULA) del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Integrante de la Unidad de Investigación de la Universidad de Bolonia (Italia), en el ámbito del proyecto universitario «PRIN» sobre el tema «La doctrina en la jurisprudencia constitucional». Investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Derechos Humanos (en lo sucesivo, CADH) y a los estándares interpretativos forjados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

Para desandar parte importante del camino propuesto, retrataremos diversos aspectos complejos de la cuestión central que se aborda en este documento.

En esa dirección, pondremos en contexto el control de convencionalidad; formularemos un deslinde conceptual de este; reseñaremos sucintamente la evolución de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH a su respecto; indagaremos sobre su objetivo genérico, el parámetro para efectuarlo, su ámbito de cobertura y la viabilidad de desarrollarlo de oficio.

A su tiempo, nos detendremos en la praxis de algunos órganos de cúspide de la justicia constitucional latinoamericana (específicamente en Argentina, Colombia y México), para indagar cómo ha sido receptado y qué impacto ha producido el control de convencionalidad en los respectivos escenarios jurídicos que serán puestos en foco.

Posteriormente, y antes de ingresar a las valoraciones conclusivas de este ensayo, nos ocuparemos de la relevancia de trazar líneas de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH y de intensificar un «diálogo jurisprudencial» entre ambas jurisdicciones, en orden a que las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente esta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a sus criterios jurisprudenciales.

Ello así, para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de acrecimiento de las dificultades en el empleo práctico del control de convencionalidad.

Evidentemente, toda esta rica y polifacética problemática representa una de las imágenes asociadas al fuerte crecimiento de los espacios de interacción del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, ante el protagonismo que cobran los *tribunales de cierre de la justicia constitucional*¹ en cada Estado parte del sistema interamericano y su relacionamiento con la *Corte IDH*, en tanto copartícipes jurisdiccionales de un obje-

1 Bajo tal expresión involucramos a las Cortes Supremas de Justicia (v. gr., Argentina, México), las Salas Constitucionales localizadas en Cortes o Tribunales Supremos de Justicia (por ejemplo, Costa Rica, Venezuela, Paraguay) y los Tribunales o Cortes Constitucionales (Bolivia, Chile, Perú, República Dominicana, Colombia, Guatemala), ya sea que estén enmarcados en el ámbito del poder, función o rama judiciales o que hayan sido diseñados como órganos constitucionales extrapoderes o entes constitucionales autónomos.

tivo convergente, tan amplio como sensible y trascendente: *las cabales protección y realización de los derechos en el área interamericana*.

Como tendremos ocasión de verificar, la aconsejable colaboración entre ambas instancias (interna e interamericana) no apunta a una relación jerárquica entre ellas, sino a una coexistencia coordinada en la hermenéutica *pro persona* de los derechos esenciales.

II. APRECIACIONES CONTEXTUALES

La creciente trascendencia de la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras del afianzamiento real y no solo declamado del sistema de derechos y garantías.

En tal escenario subyace la circunstancia que marca que la medular cuestión de los derechos humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional; esto es, que hace mucho tiempo ha dejado de ser una problemática exclusiva de los Estados.

Ciertamente, no se nos escapa que la jurisdicción interamericana ostenta una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de aquellas de los ordenamientos nacionales (cf. Preámbulo de la CADH, párrafo 2.º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos, vinculada al carácter subsidiario de la dimensión interamericana, está pensada para acordar al Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentado a un proceso internacional.

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer ámbito de tutela cabal de tales derechos, pues como afirma Pérez Tremps «[...] no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar esta y fomentar su mayor eficacia».²

Convergentemente, García Ramírez resalta que *la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional*.³

2 Pablo PÉREZ TREMP: «Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

3 Corte IDH, caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158; voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

No puede ocultarse que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad de primer orden y se convierte en uno de los desafíos centrales a los que se enfrenta la protección integral de los derechos fundamentales, sobre todo, en un momento como el actual, en el que la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos está inmersa, al menos desde el plano discursivo, en un modelo de justicia internacional de derechos humanos.

En el espacio de interacción jurisdiccional que mencionábamos, vale tener presente que tanto en la etapa inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto —en su caso— en la fase de ejecución de una sentencia de condena internacional de la Corte IDH,⁴ la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Como es de sobra conocido, en principio constituye recaudo esencial para franquear el acceso inicial al sistema interamericano⁵ el ya señalado agotamiento previo de los recursos internos (ante la existencia de una violación de derechos humanos no resuelta, o no reparada integralmente, en el espacio nacional) y, análogamente, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte IDH que aquel no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima, sus familiares o representantes legales, la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado remiso. Sin perjuicio, en esta última etapa de exigencia compulsiva de la operativización de los decisorios, de las facultades de supervisión que al respecto ostenta el Tribunal Interamericano.

Se torna, así, irrecusable asumir la imprescindibilidad del resguardo de los derechos humanos en el Estado constitucional y el sistema internacional. Asimilar tal premisa es un punto de partida básico en todo proceso hermenéutico que los aborde, desde que no puede pasarse por alto que algunos importantes ribetes del derecho internacional de los derechos humanos hacen parte del *ius cogens*, delineado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶ (CVDT), de 1969, en los artículos 53 y 64.

4 Cf. art. 68.2 de la CADH.

5 Cf. art. 46.1.a de la CADH.

Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5.2.b).

6 UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331, suscrita el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

La primera de dichas cláusulas lo conceptúa⁷ determinando que:

una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Por su parte, la segunda enfoca lo que se ha denominado el *ius cogens superviniente*, al disponer que «[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará».

Desde una perspectiva genérica, es posible observar que tanto el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia de la ONU (que sucedió a aquel Tribunal Permanente) han establecido la aplicación —*inter alia*— de «los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas» (concepto que hoy debe leerse a la luz del postulado de igualdad soberana de los Estados), y que —en definitiva— son los aceptados *in foro domestico* por los diferentes sistemas jurídicos internos.⁸

Como se sabe, los principios estructurales y los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento internacional hacen parte del núcleo indiscutido del *ius cogens*, es decir, de las normas imperativas, generando obligaciones *erga omnes* y los correspondientes derechos *erga omnes* para asegurar su respeto.⁹

Si bien en un principio el *ius cogens* estuvo asociado al derecho de los tratados, con el correr del tiempo fue expandiendo su radio de cobertura para alcanzar al derecho internacional general y abarcar todos los actos jurídicos, manifestándose en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados e incidiendo en los propios fundamentos del orden jurídico internacional.¹⁰

7 Establece además, en su parte inicial, que «[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general».

8 Véase Alejandro J. RODRÍGUEZ CARRIÓN: *Lecciones de derecho internacional público*, 6.ª ed., 2.ª reimpres., Madrid, Tecnos, 2009, pp. 154-155.

9 Cf. *mutatis mutandi*, Julio GONZÁLEZ CAMPOS, Luis SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: *Curso de derecho internacional público*, 4.ª ed. revis., Navarra, Thomson - Civitas, 2008, pp. 148-151.

10 Véase Corte IDH, opinión consultiva OC 18/03, «Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados», solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 17 de septiembre de 2003, serie A, n.º 18, párrs. 98 y 99.

Específicamente en lo que atañe al plano tutelar de los derechos humanos en el área interamericana, la Corte IDH ha contribuido al proceso de evolución del contenido material del *ius cogens*. La aserción puede corroborarse por ejemplo cuando argumenta que aquel cobija al principio de *igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación*; a la *proscripción de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes*; y al *derecho de acceso a la justicia* en los ámbitos nacional e internacional.

En definitiva, los principios de *ius cogens* son postulados aceptados por las naciones en el ámbito interno. Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir tales pautas y las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquellas, ya que los principios reconocidos por las «naciones civilizadas» son obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*.

Todo ello explica por qué debe dirigirse la mirada hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y que en no pocas ocasiones origina una urdimbre de relaciones tensionales.

III. ACERCA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. Ámbito de análisis

Previamente, corresponde enunciar ciertos elementos jurídica y axiológicamente significativos para dar contexto al tema específico del control de convencionalidad, los cuales se muestran asociados a los factores relevados en el apartado anterior.

Aludimos al notable nivel de desarrollo que ha adquirido el derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho local y la valía que cobran los informes, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (principalmente de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión IDH) y jurisprudencia (en el de la Corte IDH) *deben adaptarse las soluciones jurisdiccionales (y de las autoridades administrativas) dispensadas en los escenarios judiciales locales*.

Es claro que para justificar el incumplimiento de las obligaciones surgentes de los instrumentos internacionales que los Estados suscriban o las sentencias de condena de la Corte IDH, no valen excusas cimentadas en el vacío argumento de la *soberanía estatal absoluta*. Es que, además de que dicho concepto ha quedado

superado desde hace mucho tiempo (e incluso el propio Bodino¹¹ reconocía como límites al *derecho de gentes*), basta recordar a los Estados renuentes que es precisamente por conducto de un acto de *soberanía* que han firmado, aprobado y ratificado o adherido (según corresponda) a los instrumentos internacionales y aceptado la jurisdicción contenciosa de aquel Tribunal Interamericano. Huelga afirmar que la doctrina de los propios actos o *estoppel* (además de los principios fundamentales surgentes de los artículos 26, 27 y 31.1 de la citada CVDT) se encargaría de desvirtuar radicalmente semejante intento argumentativo.¹²

En resumen, la importancia de las líneas interpretativas marcadas por la Corte IDH excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que —como adelantábamos— impone el Estado constitucional en el marco del aseguramiento de la cobertura tuitiva integral del ser humano.

2. Aproximación conceptual

Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que este transita por dos vertientes, según veremos a continuación.

11 El citado teórico francés reconoció expresamente que el *poder soberano está vinculado por el derecho divino, natural y de gentes*; nunca pretendió que el Estado fuera el ordenamiento jurídico supremo y se limitó solo a sostener que constituye la *potestas* suprema, es decir, la instancia temporal suprema con relación a sus súbditos y ciudadanos.

Al respecto, CARPIZO expresa que la primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra en *Los seis libros de la República*, de Juan BODINO, quien estudió una realidad nueva y trató de definirla, concibiendo a la soberanía como un poder absoluto y perpetuo. Sin embargo, CARPIZO advierte que BODINO tuvo en claro que «el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el derecho internacional (inter-gentes)» (Jorge CARPIZO: «La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional», *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, n.º 28, julio-agosto de 1982, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 196-198).

Por su parte, FLORES OLEA ha indicado que «la expresión *legibus solutus* no significa arbitrariedad del soberano, porque los *príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios, de la naturaleza y al derecho de gentes*. BODINO distingue, nítidamente, entre *derecho* y *ley*, entre *principio* y *precepto*, y el soberano, a quien le compete *dar las leyes a los hombres*, no está sujeto, precisamente, a la ley, aunque *sí al derecho divino, natural y de gentes*» [cursivas del original] (Víctor FLORES OLEA: *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México [en adelante, UNAM], 1969, pp. 64-65; aludido por Jorge CARPIZO, «La soberanía...», o. cit., p. 197 y nota 4 a pie de página).

12 Véase para ampliar el libro de Víctor BAZÁN: *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, México D. F., Porrúa, 2003, *passim*.

a. Ámbito internacional

Una de las modalidades se desarrolla en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque solo en época reciente la ha bautizado como *control de convencionalidad*.

Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia, v. gr., la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad (asunto que retomaremos).

b. Contexto interno

La restante tipología se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos.

En resumen, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus iuris*¹³ capital en materia de derechos humanos acerca del cual aquel ejerce competencia material.

13 Se ha señalado que la expresión *corpus juris de los derechos humanos* es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional (véase Daniel O'DONNELL: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2.ª ed., Santiago de Chile, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 57).

Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que, en principio y siempre que sea adecuadamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y en no pocas ocasiones genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurídicos *conozcan* el citado bloque de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios de *chauvinismo normativo* a la hora de concretarlo.

3. La visión de la doctrina de la Corte IDH en torno al control de convencionalidad

Realizadas las precedentes referencias descriptivas, recrearemos —por supuesto, no taxativamente— la secuencia que el uso *expressis verbis* de la locución *control de convencionalidad* ha tenido en el seno de la Corte Interamericana y de la magnitud preceptiva que paulatinamente se ha ido asignando a tal modalidad fiscalizatoria.

Todo indica que fue el hoy ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala*,¹⁴ quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión *control de convencionalidad* que trae consigo la jurisdicción de la Corte.

Aunque es preciso consignar que el citado ex magistrado centraliza el contenido semántico de aquella locución en el ámbito de despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concibe —*mutatis mutandi*— como una suerte de tribunal constitucional (o convencional) supranacional.

Retomando el hilo secuencial de las referencias que el nombrado jurista realiza al *control de convencionalidad*, ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el caso *Tibi c. Ecuador*,¹⁵ explicó que el Tribunal Interamericano *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, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo «conformar

14 Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, párr. 27.

15 Corte IDH, caso *Tibi c. Ecuador*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 7 de septiembre de 2004, serie C, n.º 114.

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» (párrafo 3).

En un voto razonado elaborado en el caso *López Álvarez c. Honduras*,¹⁶ y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el órgano que practica el *control de convencionalidad*—, debe explorar las circunstancias *de iure* y *de facto* del caso (párrafo 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el caso *Vargas Areco c. Paraguay*¹⁷ (resuelto el mismo día que el caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, del que nos ocuparemos *infra*), el varias veces citado ex magistrado del Tribunal Interamericano precisó que este «tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana» (párrafo 6), pudiendo solo

confrontar los hechos internos —leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo— con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquellos y estas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza» [párrafo 7].

Vale recordar que la Corte IDH, ya utilizando plenariamente la expresión *control de convencionalidad*, ha transmitido una señal a los magistrados internos de los Estados partes de la CADH, en lo tocante a la faceta del examen de convencionalidad practicable en sede interna.

Se trata del anunciado caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, en el que se ha pronunciado en los siguientes términos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos

16 Corte IDH, caso *López Álvarez c. Honduras*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de febrero de 2006, serie C, n.º 141.

17 Corte IDH, caso *Vargas Areco c. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 155.

a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*¹⁸ [remarcado añadido]

Dicho Tribunal ha ido más allá, determinando que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú*, puso de manifiesto que:

[...] los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes [...]¹⁹

Este tópico será retomado más adelante.

Asimismo, si confrontamos los fallos pronunciados en los casos *Almonacid Arellano y otros c. Chile* y *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú*, se hace notorio el mayor nivel de determinación jurídica en torno a la naturaleza y la preceptividad del control de convencionalidad que se opera en este último respecto de lo verbalizado en el primero de los decisorios nombrados.

En efecto, mientras que en el caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile* la Corte expresó un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una *especie de control de convencionalidad*, en el caso *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú* puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben realizar *no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad*. En síntesis, ya no se refirió laxamente a una *especie de control de convencionalidad*, sino que aludió

18 Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párr. 124.

También lo ha expresado, v. gr., en el caso *La Cantuta c. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, párr. 173.

19 Corte IDH, caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, cit. en nota 3, párr. 128.

expresamente a la obligación judicial de llevar adelante, además del contralor de constitucionalidad, *un control de convencionalidad*.

Y si a ello le adicionamos que, como quedó anunciado (y luego ampliaremos), en el mismo caso determinó que los magistrados deben efectivizar el control de convencionalidad incluso *de oficio* (por supuesto, también a pedido de parte), *es indudable que la Corte IDH ha apostado por reforzar la carga imperativa de tal fiscalización de convencionalidad*.

4. Objetivo genérico

a. Prolegómeno

En la dinámica interactiva de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se vincula con el establecimiento por esta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquellos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que este incurra en responsabilidad internacional, además de concurrir razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Puede resultar ilustrativo traer aquí la justificación que de ello proporciona García Ramírez (en su voto razonado en el mencionado caso *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú*), para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH,

no cabría esperar que esta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional —lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos—, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares.²⁰

Añadió que:

²⁰ Corte IDH, caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*, cit. en nota 3, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 8.

[l]a única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el «criterio de interpretación y aplicación», este sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida —insisto— merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de estos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.²¹

b. Dinámica jurisprudencial de la Corte IDH en el particular

En definitiva, como vimos *supra* y con mayor o menor dosis de contundencia léxica, en los citados casos *Almonacid Arellano y otros c. Chile* y *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú*, la Corte IDH impuso a los poderes judiciales de los Estados la obligación de concretar el *control de convencionalidad* de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos *vis-à-vis* la CADH, tomando en consideración al efecto no solo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que de este ha realizado el Tribunal Interamericano que, como se sabe, es su intérprete último.

Solo por traer a colación un pionero ejemplo de recepción del control de convencionalidad en las jurisdicciones constitucionales nacionales, en *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad*,²² de 13 de julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia argentina (en adelante, también CSJN) —por mayoría—²³ aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (véase, por ejemplo, el considerando 31 de la moción mayoritaria).

Para conformar tal matriz argumental receptó expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el párrafo 124 de la sentencia recaída en el caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, siendo al efecto particularmente relevante el considerando 21 de la posición triunfante de nuestro máximo tribunal en punto al deber del poder judicial local de realizar el *control de convencionalidad*, lo que —añadimos por nuestra parte— significa discernir si una norma interna *es o no convencional*.

Como el Tribunal Interamericano dejó en claro en el caso *Boyce y otros c. Barbados*, ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es in-

21 Ídem.

22 *Fallos*, 330: 3248.

23 Los alineamientos fueron: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.

constitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si esta también es *convencional*, o sea, debe además el órgano jurisdiccional en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH.²⁴

Es asimismo preciso puntualizar que en el caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido, precisó que:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. [cursivas añadidas] [párrafo 225]²⁵

Respecto del panorama someramente descripto es útil traer a colación otro ingrediente de importancia sustancial. En efecto, por medio de la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el caso *Gelman c. Uruguay*, la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en esa ocasión que:

[...] particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un «control de convencionalidad» [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial.* [cursivas agregadas] [párrafo 239]²⁶

En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado *expressis verbis* en la obligación de realizar control de convencionalidad a *cualquier autoridad pública*, lo que representa un mandato con un tenor tal de generalidad que, de no ser debidamente

24 Corte IDH, caso *Boyce y otros c. Barbados*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 20 de noviembre de 2007, serie C, n.º 169, párr. 78.

25 Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220.

26 Corte IDH, caso *Gelman c. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221.

delimitado por aquella en futuros pronunciamientos, es posible intuir que traerá aparejadas diversas dificultades operativas en el plano interno.

A su tiempo, en un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en los casos *López Mendoza c. Venezuela*²⁷ y *Atala Riffo y Niñas c. Chile*²⁸ que, *con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.*

Para cerrar este segmento, y procurar compendiar la secuencia creciente de *destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y del crecimiento del alcance material de tal test de compatibilidad convencional*, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones:

- Poder Judicial (caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*).
- Órganos del Poder Judicial (caso *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú*).
- Jueces y órganos vinculados a la Administración de justicia en todos los niveles (caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*).
- Cualquier autoridad pública y no solo el Poder Judicial (caso *Gelman c. Uruguay*).
- Adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH (caso *López Mendoza c. Venezuela* y caso *Atala Riffo y Niñas c. Chile*).

5. ¿Cuál es el parámetro del control de convencionalidad?

Nos aventuramos a plantear que el material de cotejo para desarrollar el contralor de convencionalidad no se agota en el Pacto de San José de Costa Rica, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de protección de los derechos humanos, y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH.

En otras palabras, alcanza a los documentos internacionales respecto de los cuales este último Tribunal ejerce competencia material.

27 Corte IDH, caso *López Mendoza c. Venezuela*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de septiembre de 2011, serie C, n.º 233, párr. 228.

28 Corte IDH, caso *Atala Riffo y Niñas c. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, serie C, n.º 239, párr. 284.

En torno al tema, en su voto razonado emitido en el varias veces nombrado caso *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú*, el entonces magistrado García Ramírez puntualizó que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la CADH, tal función se despliega

en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. [párrafo 2]

En tal sentido, en la opinión consultiva OC 16/99,²⁹ específicamente en el párrafo 115, el Tribunal Interamericano sostuvo:

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones [...]

Para cerrar esta esquemática reseña, se aprecia en línea convergente que en la opinión consultiva OC 17/2002,³⁰ el Tribunal Interamericano manifestó, más allá de lo referido en los párrafos 26 y 27, que:

[l]os Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquellos sean efectivos en toda circunstancia, *tanto el «corpus iuris» de derechos y libertades como las garantías de estos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática [...]. [énfasis agregado] [párrafo 92]*

29 Corte IDH, opinión consultiva OC 16/99, «El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal», solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, serie A, n.º 16.

30 Corte IDH, opinión consultiva OC 17/02, «Condición jurídica y derechos humanos del niño», solicitada por la Comisión IDH, 28 de agosto de 2002, serie A, n.º 17.

Ciertamente, resultan muy significativas las apreciaciones vertidas por el juez Cançado Trindade en su voto concurrente a la citada OC 17/2002, por ejemplo, en los párrafos 18, 31 y 50; además de los párrafos 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre «el *corpus juris* de los derechos del niño».

6. Espectro de cobertura

Comenzamos esta breve aproximación con un interrogante: las Constituciones nacionales, ¿pueden ser susceptibles de control de convencionalidad?

La respuesta afirmativa se impone, aunque debe admitirse que la cuestión no está exenta de dificultades operativas en su aplicación práctica.

Necesariamente debemos acudir —una vez más— al artículo 27 de la CVDT, que proscribe al Estado alegar su *derecho interno* para dejar de cumplir una obligación de carácter internacional. Y en tal expresión *derecho interno* naturalmente queda comprendida la Constitución Política del Estado.

En ese sentido, la Corte IDH en su opinión consultiva OC 4/84 de 11 de enero de 1984,³¹ consideró que el término *leyes internas*, sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, «es para toda la legislación nacional y para todas las *normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*» (énfasis agregado) (párrafo 14).

En el marco de este sintético acercamiento al punto, puede apreciarse que, de hecho, la Corte IDH ha ejercido en más de una ocasión control de convencionalidad sobre reglas constitucionales consideradas contrarias a la CADH. Baste como ejemplo traer a colación aquí el fallo pronunciado en el caso *La Última Tentación de Cristo c. Chile*,³² donde decidió que el Estado debía «*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa [...]*» (punto resolutivo 4). Concluyó que aquel había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el artículo 19, número 12 de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párrafo 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH (párrafo 73).

31 Corte IDH, opinión consultiva OC 4/84, «Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización», solicitada por Costa Rica, 19 de enero de 1984, serie A, n.º 4.

32 Corte IDH, caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001, serie C, n.º 73.

Ya desde el perfil del control de convencionalidad de disposiciones constitucionales operable *ad intra*, habrá que analizar en el contexto del Estado en cuestión quién(es) recepta(n) la competencia para desplegarlo y, en su caso, qué efectos tendría semejante declaración de inconvencionalidad; asuntos, todos, no precisamente sencillos ni de importancia menor.

Sea como fuera, en el varias veces citado caso *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú* la Corte IDH parece clarificar la incógnita —al menos en abstracto— al enfatizar en el también nombrado párrafo 128 que «[...] los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, [...]».

Hemos remarcado *ex professo* la expresión *normas internas*, por cuanto ello permite interpretar que el material de derecho interno que se somete a fiscalización de compatibilidad convencional *vis-à-vis* la CADH (*inter alia*) envuelve a las *disposiciones constitucionales* que indudablemente quedan inmersas en aquel enunciado genérico.

Por lo demás, en el nombrado párrafo 128 de la sentencia, la Corte IDH no ha excluido *expressis verbis* del análisis exigido a la categoría de normas constitucionales, lo que añade algún peso adicional al intento propositivo que formulamos.

7. Sobre el control de convencionalidad de oficio

La aplicación oficiosa de tal modalidad de contralor, que supone una manifestación de la observancia por los jueces locales de la jurisprudencia internacional, puede *inter alia* explicarse —empleando *mutatis mutandi* las palabras de Jimena Quesada—:

por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la «piedra de toque» del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal.³³

33 Luis JIMENA QUESADA: «La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional», en Miguel REVENGA SÁNCHEZ (coord.): *El Poder Judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 542.

Para su afirmación, aquel autor busca apoyo en Benedetto CONFORTI (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: «Cabalmente,

La propia Corte IDH ha abierto el espacio para una interpretación extensiva en tal sentido, pues —basándose en el citado principio *iura novit curia*—, al desarrollar su tarea jurisdiccional en casos contenciosos no se ha autolimitado a las alegaciones que expresamente hubieran realizado la Comisión IDH en el escrito de demanda³⁴ o la víctima o sus representantes en las presentaciones que articulan. Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la CADH y sobre la plataforma del mencionado principio (el que, según afirma, se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional) «para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella [...]».³⁵

Siendo así, y si los jueces nacionales tienen el *deber* de realizar el control de convencionalidad al aplicar la normativa interna a los casos concretos que resuelvan, pocas alternativas quedan para obturar discursivamente la posibilidad de que aquellos lo hagan *ex officio*, esto es, aun cuando las partes no lo hubiesen planteado.

La declaración de anticonvencionalidad *es una cuestión de derecho y no de hecho*, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al *derecho aplicable* para dirimir la contienda.

cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *iura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces» («La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional», o. cit., pp. 542-543 y nota 96 a pie de página).

34 Ello por supuesto responde al esquema anterior a las modificaciones reglamentarias en la Comisión y la Corte IDH operadas en 2009. En el caso de la Comisión, la innovación fue aprobada durante su LXXXVII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 (luego retocado el 2 de septiembre de 2011). Respecto de la Corte IDH, la enmienda en cuestión se produjo durante su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, desarrollado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

En el escenario actual se aprecia una mutación del rol de la Comisión en el ámbito del desenvolvimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte. En función de ello, ha desaparecido la calificación que antes se adjudicaba a aquella como *parte procesal*.

Se explica entonces que en los términos del art. 35 del Reglamento de la Corte IDH *la Comisión no inicie el procedimiento con la presentación de una demanda, sino con la remisión de su informe de fondo, emitido conforme al art. 50 de la CADH, presentando además los fundamentos que la llevaron a someter el caso al Tribunal.*

35 Cf., entre numerosos precedentes, Corte IDH, caso *Godínez Cruz c. Honduras*, sentencia de fondo, 20 de enero de 1989, serie C, n.º 5, párr. 172; caso *de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de enero de 2006, serie C, n.º 140, párr. 54; caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006, serie C, n.º 146, párr. 186; y caso *Kimel c. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, serie C, n.º 177, párr. 61.

Tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la *litis*, solo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (que, cuando menos, debería ostentar cotización constitucional), tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes.³⁶

Al solo efecto ilustrativo, se aprecia que la Corte Suprema de Justicia argentina *in re Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación*,³⁷ de 31 de agosto de 2010, se apoyó en la doctrina de la Corte IDH en el nombrado caso *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú*, recordando que dicho Tribunal Interamericano

ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de «convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. [remarcado agregado] [considerando 10]

Ello marca de manera ostensible la expresa recepción del control de convencionalidad de oficio por el máximo tribunal argentino; al tiempo que se hace perceptible el mensaje que este transmite a los órganos judiciares inferiores (y, agregamos por nuestra parte, al resto de las autoridades públicas) para que se conduzcan en sentido convergente.

IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA VISIÓN DE CIERTOS ÓRGANOS MÁXIMOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LATINOAMÉRICA

Despojados naturalmente de cualquier inalcanzable propósito de exhaustividad, recorreremos la praxis de algunos tribunales de clausura de la justicia constitucional en Latinoamérica para observar el grado de desarrollo que exhiben en cuanto a la recepción del constructo *control de convencionalidad*, las fórmulas que utilizan al respecto y el impacto que este ha ocasionado en los ordenamientos internos.

36 Para redactar este párrafo, tomamos en parte y *mutatis mutandi*, lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por Germán J. BIDART CAMPOS: *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 155.

37 *Fallos*, 333:1657. Votaron de modo coincidente los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

En esa línea, y más allá de reiterar condensadamente el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia argentina, nos detendremos en los casos de la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de México.

1. Corte Suprema de Justicia argentina

Para ponderar el tenor de permeabilidad del máximo tribunal nacional acerca del control de convencionalidad diseñado por la Corte IDH, acabamos de anticipar el temperamento adoptado en *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad*, de 13 de julio de 2007, y *Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación*, de 31 de agosto de 2010.

Ese tándem de sentencias testimonia cómo la Corte ha sido pionera en Latinoamérica al acoger explícitamente, ya desde 2007, el deber paulatinamente cimentado por la Corte IDH (preponderantemente a partir de 2006) en torno al control de convencionalidad.

Así, en *Mazzeo* denota el acatamiento de los primeros rasgos bosquejados por el Tribunal Interamericano en la materia; mientras que en *Videla* patentiza la absorción e internalización de instrucciones más definidas y demandantes de aquel, como la referida al ejercicio incluso *ex officio* de tal fiscalización convencional.

2. Corte Constitucional de Colombia

a. La sentencia C-442/2011 y otros precedentes a los que remite

Nos concentraremos en un relativamente reciente pronunciamiento, sin perjuicio de efectuar alusiones a otros decisorios de importancia en cuanto a la magnitud que la Corte Constitucional (CC) asigna a los fallos de la Corte IDH.

En la sentencia C-442³⁸ de 25 de mayo de 2011, la Sala Plena de la CC aludió expresamente al *control de convencionalidad*.

En el caso, se había planteado una acción pública (artículo 241 de la Constitución Política) denunciando en definitiva la inconstitucionalidad de los artículos 220 a 228 (tipificación penal de los delitos de injurias y de calumnias) de la ley n.º

38 Su texto puede verse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-442-11.htm>. Fue magistrado ponente el doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

599, de 2000 —por la cual se expide el Código Penal—, por vulnerar los artículos 20, 29 y 93 constitucionales y los artículos 9 y 13 de la CADH.

Para conformar su argumentación, la CC evocó su posición —forjada en decisiones anteriores— en torno a que la jurisprudencia de la Corte IDH

es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad. [cf. ap. II. «Consideraciones», punto 7, «El precedente sentado en el caso *Kimel c. Argentina*»]³⁹

En esa línea, y en idéntico subapartado II.7, apuntó que «la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad»⁴⁰ (énfasis del original).

Convergentemente, ya en la sentencia C-228 de 3 de abril de 2002,⁴¹ la Sala Plena de la CC había destacado la importancia de valorar la doctrina sentada por la Corte IDH, en punto a que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la CADH, para efectos de estudiar la constitucionalidad del artículo 137 de la ley n.º 600 de 2000,⁴² demandado en aquella ocasión (idéntico subapartado).

Asimismo, en la sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006,⁴³ al analizar distintas disposiciones de la ley n.º 975 de 2005⁴⁴ relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Sala Plena de la CC reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, «[...] por tratarse de de-

39 Caso identificado en nota 35, *in fine*.

40 En este punto la CC cita las sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010 (véase nota n.º 53 del fallo analizado).

41 Fueron sus magistrados ponentes los doctores Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

42 Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

43 Actuaron como mm. pp. los doctores Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Treviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

44 Ley por cuyo intermedio «se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios». Es comúnmente conocida como Ley de Justicia y Paz.

cisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [...]» (idéntico subapartado).

En la nota n.º 54 de la sentencia C-442/2011, localizada al finalizar el párrafo que acabamos de transcribir parcialmente, la CC señaló que en definitiva la línea argumentativa adoptada «resulta concordante con la postura de la Corte IDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la CADH»; lo que el Tribunal Interamericano ha realizado en el caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile* (párrafo 124) y en el caso *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú* (párrafo 128).

Ya refiriéndose al caso *Kimel c. Argentina*⁴⁵ de la Corte IDH, la CC indicó que,

aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un *control de convencionalidad* que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, [...] [remarcado agregado] [id. subap.]

En definitiva, y con salvamento de voto del entonces presidente de la corporación, Dr. Juan Carlos Henao Pérez, y de la magistrada María Victoria Calle Correa, la CC declaró exequibles los citados artículos 220 a 228 de la nombrada ley n.º 599 de 2000.

b. Recapitulación

Más allá de la decisión puntual adoptada por la CC en la sentencia centralmente enfocada, consideramos que esta exhibe algunos perfiles dignos de destacar:

- resalta su visión y convicción en cuanto a que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH, y en punto a que dicha jurisprudencia ostenta *carácter vinculante*.
- utiliza explícitamente la expresión *control de convencionalidad*.

45 Corte IDH, caso *Kimel c. Argentina*, citado en nota 35, *in fine*.

- cita, bien que en nota, los fallos de la Corte IDH recaídos en el caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile* (párrafo 124) y en el caso *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú* (párrafo 128), lo que —luego de anudar tal referencia a los otros puntos aquí colacionados— permite inferir que acepta las emanaciones de vinculatoriedad y pertinencia del ejercicio de semejante modalidad de fiscalización convencional, incluso *ex officio*.

3. Suprema Corte de Justicia de México

a. El caso Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos y su impacto «sísmico» en la Suprema Corte

Básicamente a partir del caso *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos*,⁴⁶ el asunto del control de convencionalidad ha convulsionado a la Suprema Corte de Justicia de México (SCJM), desencadenando fuertes movimientos y debates internos en orden a encauzar la búsqueda de los medios adecuados e idóneos para dar cumplimiento al aludido pronunciamiento internacional.

Completan el cuarteto de sentencias del período 2009/2010 de la Corte IDH referidas a la obligatoriedad del contralor de convencionalidad, las condenas contra México pronunciadas en el caso *Fernández Ortega y otros*,⁴⁷ el caso *Rosendo Cantú y otra*⁴⁸ y el nombrado caso *Cabrera García y Montiel Flores*.⁴⁹

Retomando el tema del caso *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos* y sus implicancias, durante 2010 el entonces ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, presentó una consulta a trámite para determinar cuáles eran las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación derivadas de aquella sentencia de condena de la Corte IDH, cuyo proyecto fue confeccionado por el ministro José Ramón Cossío Díaz, aunque luego del debate (llevado a cabo los días 31 de agosto y 2, 6 y 7 de septiembre de aquel año) fue rechazado por exceder los términos de la consulta planteada.

46 Corte IDH, caso *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2009, serie C, n.º 209.

47 Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros c. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010, serie C, n.º 215.

48 Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra c. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010, serie C, n.º 216.

49 Caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, citado en nota 25.

Dicha desestimación generó el expediente «Varios» 489/2010, del que fue ponente la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, cuyo proyecto fue debatido en el Tribunal Pleno en diversas sesiones de julio de 2011 y resuelto el 14 de julio de dicho año. Vale recordar que el encargado del «engrose» de la decisión fue el ministro José Ramón Cossío Díaz.

En apretada e incompleta síntesis, entre otras, en el expediente «Varios» 912/2010 dentro del expediente «Varios» 489/2010, se fijaron las siguientes pautas:

- las sentencias condenatorias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano sea parte, son obligatorias *en sus términos* para el Poder Judicial de la Federación.
- los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- existe un modelo de control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto, y en segundo término, el control del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.
- todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de estas.

Debe además advertirse que se procedió a una reinterpretación del artículo 133 de la Constitución Política⁵⁰ a la luz del vigente artículo 1, *ibídem*, esto es, conforme la versión reformada publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.⁵¹

Asimismo, la SCJM ha determinado que el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no puede entenderse un control como el

50 Dicho art. 133 de la Constitución mexicana está inspirado en el art. VI de la Constitución de Estados Unidos, tal como sucede con el art. 31 de la Ley Fundamental argentina.

51 Una somera referencia a tan relevante reforma constitucional puede verse en Víctor BAZÁN: «Estado constitucional y derechos humanos en Latinoamérica: algunos problemas y desafíos», en Juan Manuel LÓPEZ ULLA (dir.): *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Navarra, Civitas - Thomson Reuters, 2011, en esp. pp. 95-96.

que se ordena en aquella sentencia si no se parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1 y 133 de la Constitución Federal y que es parte de la esencia de la función judicial.

A ese fin se estableció que tal tipo de interpretación de parte de los jueces supone cumplir los siguientes pasos:

- *interpretación conforme en sentido amplio*, que significa que se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- *interpretación conforme en sentido estricto*, para casos en los que existen varias interpretaciones jurídicamente válidas de un determinado precepto, supuesto en el que los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.
- *inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles*.

b. Control «difuso» de convencionalidad y otras innovaciones sustanciales en el sistema jurídico mexicano

La cuestión suscitada como consecuencia de la búsqueda de bases firmes y sustentables para encaminar el cumplimiento de las imposiciones establecidas en el caso *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos* en particular (aunque en realidad con valencia que desborda los específicos contornos de este), es una de las más trascendentes y complejas en la historia jurisdiccional e institucional reciente de la SCJM.

Entre otros asuntos, ha traído consigo replanteos y modificaciones de gran calado que han llevado a *aggiornar* el sistema de control de constitucionalidad y, por supuesto, el de convencionalidad, para liberar la marcha hacia una modalidad difusa.⁵² Todo ello, en un contexto impactado por la reciente modificación constitucional (arriba citada) que ha instilado una clara impronta, originando —*inter alia*— la mutación del paradigma de los derechos humanos y un demandante y

52 En particular sobre el tema del *control difuso de convencionalidad*, sugerimos revisar el voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pronunciado en el multicitado caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México* (véase nota 25).

reciclado paisaje jurídico para los jueces y magistrados mexicanos y el resto de los operadores del sistema jurisdiccional.

V. LA NECESIDAD DE AFIANZAR UN DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL CRÍTICO⁵³

1. Algunos casos testigo

Previo a incursionar específicamente en el tema que se anuncia en el epígrafe de este apartado V, es preciso reseñar ciertos casos jurisprudenciales que nos brindarán algún soporte para desarrollar argumentalmente lo que acerca de aquel tópico sostendremos *infra* (subapartado 2).

a. En Argentina

Nos referiremos a una interesante causa resuelta por la CSJN argentina: *Espósito, Miguel Ángel*,⁵⁴ de 23 de diciembre de 2004.

En tal sentencia, al menos por parte de varios de sus componentes, exteriorizó un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH, al admitir mayoritariamente⁵⁵ el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por aquel Tribunal Interamericano, cuyas decisiones —sostuvo la CSJN— resultan de «cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (artículo 68.1 CADH)», por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (considerando 6.º de la mayoría).

Previamente, había puntualizado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia

53 Entre otros trabajos de Víctor BAZÁN sobre el tópico, véase por ejemplo: «Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, segundo semestre 2011, Valencia, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, 2012, pp. 63-104.

54 *Fallos*, 327:5668.

55 Formaron la mayoría los doctores Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los doctores Belluscio y Maqueda (conjuntamente), y Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

de 18 de septiembre de 2003 en el caso *Bulacio c. Argentina*,⁵⁶ en el que se declaró la responsabilidad internacional del país —entre otros puntos— por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (considerando 5.º del voto triunfante).

Acotó que,

en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. *Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado*, por lo que correspondía declarar inaplicables al caso las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en una causa que, en principio, no podría considerarse alcanzada por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad: Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad». ⁵⁷ [énfasis añadido] [considerando 10 de la mayoría]

56 Corte IDH, caso *Bulacio c. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100.

57 Vale recordar aquí que, por imperio de la innovación constitucional argentina de 1994, el art. 75, inc. 22, 2.º párr., de la Constitución atribuye jerarquía constitucional *originaria* (es decir, discernida directamente por la propia Convención Constituyente reformadora) a los once instrumentos internacionales que se enumerarán en el párrafo siguiente de esta nota. Tal jerarquización constitucional se hizo en las condiciones de vigencia de dichos instrumentos internacionales, además de advertirse que estos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución (es decir, la fracción dogmática) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Los documentos internacionales recipiendarios de jerarquía constitucional originaria son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ya en el párr. 3.º del mismo inciso del art. 75 se ha estatuido el procedimiento para que el Congreso de la Nación adjudique tal valencia a otros tratados y convenciones sobre derechos humanos (naturalmente, luego de aprobarlos) más allá de los que la Ley Fundamental nominó primigeniamente.

Sobre la base de tal atribución congresal se ha deparado cotización constitucional *ex post* (o derivada) a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por conducto de la ley n.º 24820, publicada el 29 de mayo de 1997; y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por medio de la ley n.º 25778, publicada el 3 de septiembre de 2003; instrumentos internacionales —ambos— referidos en la sentencia de la CSJ que glosamos en el texto.

En síntesis, la CSJN no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH, ni de puntualizar que

se plantea la paradoja de que solo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. *Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional.* [énfasis nuestro] [consid. 16 de la mayoría]

b. En Colombia

Una mirada interesante en el escenario jurídico colombiano viene proporcionada por Góngora Mera, para quien en la actualidad, «el ejemplo más notable de fijación dialógica de estándares judiciales en materia de derechos humanos como un proceso conjunto» entre la Corte Constitucional (CC) y la Corte IDH se aprecia en la reciente evolución jurisprudencial en torno a «derechos de las víctimas de conflicto armado interno, en el marco del proceso de desmovilización de grupos paramilitares». ⁵⁸

En su recorrido argumental toma como puntos de partida la sentencia de la CC C-228 de 2002 como *sentencia de relevancia*⁵⁹ (o sea —en la visión del autor citado—, aquella por medio de la cual «se reconoce el valor normativo de un estándar judicial interamericano en un asunto constitucional concreto») ⁶⁰ y el caso *19 Comerciantes c. Colombia*,⁶¹ como *sentencia de persuasión* por la Corte IDH⁶² (conceptuado tal tipo de fallo como aquel en el cual el Tribunal Interamericano «fija

58 Manuel E. GÓNGORA MERA: «Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas», en Armin VON BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un «Ius Constitutionale Commune» en América Latina?*, t. II, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 407-408.

59 *Ibidem*, p. 409.

60 *Ibidem*, p. 408.

61 Corte IDH, caso *19 Comerciantes c. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 5 de julio de 2004, serie C, n.º 109.

62 Cf. Manuel E. GÓNGORA MERA, o. cit., p. 409.

su postura y expone sus argumentos sobre un debate colombiano, y de este modo trata de influir tanto a los actores políticos locales» como a la propia CC).⁶³

Por último, el autor citado identifica tres tipos de convergencia que pueden apreciarse en las jurisprudencias de ambas Cortes: i) convergencia descendente (*top-down*), en la que la CC ha adoptado estándares interamericanos; ii) convergencia ascendente (*bottom-up*), donde la Corte IDH ha adoptado estándares de aquella; y iii) convergencia paralela entre los dos tribunales «por la difusión horizontal de estándares consagrados en *soft law* del sistema universal de derechos humanos».⁶⁴

2. Diálogo jurisprudencial

La sentencia sumariamente colacionada en primer término es solo una muestra de la tendencia que (no exenta de vaivenes)⁶⁵ exhibe la CSJN argentina en cuanto a adoptar en sus fallos una interpretación conforme a la CADH y a receptor los pronunciamientos de la Corte IDH y los estándares valorativos que esta ha venido perfilando en su trayectoria jurisprudencial,⁶⁶ aun cuando no se esté de acuerdo con ella y se deje verbalizada tal discrepancia en el decisorio.

Juzgamos que dicha tesitura resulta laudable y consistente con los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. En particular, se abastecen las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental del derecho de los tratados), cumplimiento de buena fe (que recorre transversalmente a todo el derecho internacional) e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones, según nuestro criterio) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales. Todo ello de acuerdo, en lo respectivamente correspondiente, con los citados artículos 26, 31.1 y 27 de la CVDI, conjunto de reglas medulares en materia de observancia de los tratados internacionales.⁶⁷

63 *Ibíd.*, p. 408.

64 *Ibíd.*, p. 409. Para el desarrollo de tales tipologías convergentes, véanse pp. 411 ss.

65 Véase sobre el particular Víctor BAZÁN, por ejemplo en: «La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno», en *Revista de Derecho Político*, n.º 73, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, septiembre-diciembre de 2008, pp. 315-373.

66 Entre otros trabajos de Víctor BAZÁN, compúlese: «El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia argentina», en *Estudios Constitucionales*, año 8, n.º 2, 2010, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, pp. 359-388.

67 Cabe resaltar, en lo tocante al art. 26 de la CVDI, y su reflejo en el art. 31.1, *ibíd.*, que al enunciado tradicional en punto a que «los pactos deben ser cumplidos», la disposición añade «de buena fe», que natu-

Sin embargo, en un plano general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un *diálogo jurisprudencial* entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquella tenga presente las observaciones o discordancias que estos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal Interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional.

Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente *para hacer más efectiva y eficiente la protección de aquellos en nuestro espacio regional*.

Es que, como con agudeza se ha afirmado (en referencia específica al citado caso *Espósito* de la CSJN argentina),

el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de *diálogo crítico* que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana [en *Espósito*] [...] Es indudable que *así como la jurisprudencia constitucional argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema*.⁶⁸ [énfasis añadido]

ralmente es un principio general del derecho. Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, también jurídico, al haber quedado literalizadas igualmente en el Preámbulo de esta, que en su párr. 3.º reza: «Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos».

A su tiempo, entre los principios de la ONU, la Carta de esta Organización establece en el art. 2.2 lo siguiente: «Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*» (énfasis añadido).

Véase para ampliar Ernesto DE LA GUARDIA: *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 94-95.

68 Víctor ABRAMOVICH: «Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino», en Víctor ABRAMOVICH, Alberto BOVINO y Christian COURTIS (comps.): *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, CELS - Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, 2007, pp. VI-VII.

Y convergentemente con la línea argumental que aquí esbozamos, también se ha llamado la atención sobre el punto, afirmando que:

la meta de que la jurisprudencia interamericana sea norma interpretativa de las reglas convencionales requiere adecuaciones de rol por parte de la Corte IDH. Posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se reflejan en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo. Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos. *La construcción de reglas en una comunidad de principios se logra a través de[!] diálogo interjurisdiccional, el intercambio y el aprendizaje recíproco. La capacidad y voluntad de crítica es vital en esta construcción.*⁶⁹ [énfasis añadido]

En el fondo, y como se adelantaba, la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales no apunta a generar una relación de jerarquización formalizada entre estos y aquellos, sino a trazar una *vinculación de cooperación en la interpretación* pro persona de los derechos humanos. Al respecto, Landa advierte que no puede olvidarse que el artículo 29.b de la CADH proscribía a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte IDH, «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados».⁷⁰

Con algún punto de contacto con la problemática anunciada en el texto, la doctrina del *margin de apreciación nacional*, de extendido uso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y escasa receptividad en

69 Fernando BASCH: «Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios», borrador del trabajo presentado a las Jornadas «Una Constitución para el nuevo siglo», 18 y 19 de mayo de 2010, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, <<http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc>>.

70 César LANDA: «Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional Peruano», en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela. 2009, Montevideo, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 2010, p. 77.

la praxis interamericana,⁷¹ responde —en la percepción de García Roca— a «una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona».⁷²

Naturalmente, un eventual empleo de semejante *margen de apreciación nacional* habría de ser razonable y sumamente prudente para evitar que se volatilice la esencia de la protección de los derechos humanos.

Como lo pusiera de manifiesto el juez García-Sayán en su voto concurrente en el caso *Cepeda Vargas c. Colombia* de la Corte IDH,⁷³

Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de «nacionalización» del derecho internacional de los derechos humanos. Para que *ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita.* [énfasis añadido] [párrafo 33]

3. Breve mensaje final

Extrapolando *mutatis mutandi* a nuestro contexto de discusión las certeras apreciaciones de Jimena Quesada, el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que

se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de

71 Fue empleada por la Corte IDH en la opinión consultiva OC 4/84, de 19 de enero de 1984, «Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización», solicitada por el Gobierno de Costa Rica, serie A, n.º 4, por ejemplo en los párrs. 58 y 62.

72 Javier GARCÍA ROCA: «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», en Víctor BAZÁN (coord.): *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. II, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, p. 1517.

73 Corte IDH, caso *Cepeda Vargas c. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 26 de mayo de 2010, serie C, n.º 213.

articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad.⁷⁴

Recurriendo a un ejercicio extremo de síntesis, pensamos que la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente como una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales o cortes supremas, sino también haciendo foco en una

construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional, gracias a las interacciones e influencias recíprocas que se están presentando entre las cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana, e incluso entre las cortes constitucionales entre sí.⁷⁵

Entre las distintas variantes taxonómicas de *diálogo*, pueden aquí mencionarse la *vertical*, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y la *horizontal*, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinamental.⁷⁶

Desde estas líneas, condensadas al máximo, y antes de dar paso al epílogo, propiciamos una suerte de «fertilización cruzada» (*crossfertilization*)⁷⁷ de aquellas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos.

VI. VALORACIONES CONCLUSIVAS

1. La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exi-

74 Luis JIMENA QUESADA: «El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 15, primer semestre 2010, Madrid, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, 2010, pp. 41-74.

75 Manuel E. GÓNGORA MERA, o. cit., p. 429.

76 Nos servimos, *mutatis mutandi*, de las reflexiones de Giuseppe DE VERGOTTINI: *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 10.

77 Utilizamos tal término a modo ilustrativo y tomándolo de lo explicado por Giuseppe DE VERGOTTINI, o. cit., p. 20 y notas a pie de página 10, 11 y 12.

gencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por el Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

Con ello, el Estado sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión y, lo que es mucho más importante, se prevenirían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales.

2. La Constitución, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas —*inter alia*— en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la protección y la realización de los derechos fundamentales, expresión directa de la dignidad de la persona.*

En esa línea, el incremento de los espacios de conectividad del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, constituye una realidad insoslayable y de gran significación jurídica y axiológica.

3. La interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja y genera un haz de relaciones no siempre lineales ni pacíficas.

Precisamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*. Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que este transita por dos vertientes.

Una se desarrolla en sede *internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde hace bastante tiempo aunque solo en época reciente se la ha identificado como *control de convencionalidad*. Consiste básicamente en la obligación del Tribunal de analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. Paralelamente, tal contralor convencional deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al artículo 2 de la Convención. En resumen, se concreta una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de este instrumento internacional, o de otros respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia material.

La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales y otras autoridades públicas (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber de estos de constatar la compatibilidad de las

reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

4. Con todo, una de las ideas medulares que pretendemos rescatar a modo recapitulativo es la importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias internacionales (en nuestro caso, principalmente de la Corte IDH) tenga eco en los órganos jurisdiccionales nacionales. Dicho de otro modo, que se haga foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales.⁷⁸

Aunque en definitiva, como sucede con diversas cuestiones propias del derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del *control de convencionalidad* están cifradas en el grado de receptividad de esta en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados.

El hoy presidente de la Corte IDH, Diego García-Sayán, en su voto concurrente emitido en el caso *Cepeda Vargas c. Colombia*, ha precisado que:

[...] los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos. Ciertamente no solo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos.⁷⁹ [énfasis nuestro] [párrafo 30]

5. De la conjugación de los artículos 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados partes de la 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; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquellos se obligan a

78 Cf., *mutatis mutandi*, Luis JIMENA QUESADA: «La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional», cit. en nota 33, pp. 501-502 y nota 13 a pie de página.

79 Corte IDH, caso *Cepeda Vargas c. Colombia*, cit. en nota 73.

adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En tal contexto, la palabra *garantizar* supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

6. El citado principio de *adecuación normativa* supone la obligación general de cada Estado parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en aras de garantizar los derechos en ella reconocidos, lo que significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales (y restantes autoridades públicas) asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

7. Como insistentemente ha señalado la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.⁸⁰

8. No está de más insistir en que varias facetas del derecho internacional de los derechos humanos pertenecen al ámbito del *ius cogens*; que lo ideal es siempre bregar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; y que es preciso asimilar —en paráfrasis de Higgins—⁸¹ que el

80 Véase, por ejemplo, Corte IDH, opinión consultiva OC 2/82, «El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)», solicitada por la Comisión IDH, 24 de septiembre de 1982, serie A, n.º 2, párr. 29.

Un análisis de tal opinión consultiva puede verse en Víctor BAZÁN: «La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Germán BIDART CAMPOS *et al.* (coords.): *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, t. I, 2000, pp. 91-165.

81 Rosalyn HIGGINS: *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 2003, *passim*.

derecho internacional general no son solo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*, y que los derechos fundamentales constituyen un sistema integrado tendiente a *salvaguardar la dignidad del ser humano*.

9. Uno de los ingredientes que debería estudiarse profundamente para verificar si puede o no aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre el Tribunal Interamericano y las jurisdicciones internas, es el recurso a la doctrina del *margen de apreciación nacional*, de vasto (aunque proteico) empleo por el TEDH, pero con una discreta repercusión en la Corte IDH.

El tema no está exento de dificultades operativas por el riesgo de la generación de inseguridad jurídica que tal doctrina podría traer consigo, además de la necesidad de exigir a su respecto un empleo cauteloso para evitar el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de estos.

En ese sentido, dejar librado al *margen de apreciación nacional* conceptos tan complejamente difusos, sobre todo en materia de derechos humanos, como *orden público, bien común*, etc., fundamentalmente en sitios donde los tribunales que deben definirlos se muestren permeables a las presiones del poder político, podría resultar altamente riesgoso.

En suma, lo ideal sería que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un *margen de apreciación y no un margen de arbitrariedad*; esto es, una herramienta para utilizar con máximas prudencia y razonabilidad.

Al respecto, no puede ya discutirse que la pauta de *razonabilidad* ha pasado de ser *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho* (Zagrebel'sky dixit).⁸²

10. En un contexto donde crece la circulación de reglas iusinternacionales y se intensifica la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por los jueces (y otras autoridades públicas competentes) del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional.

Sin embargo, tal faena no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial* entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos.

82 Gustavo ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3.ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, p. 147.

En otras palabras, debe gestarse a partir de una relación bi o multidireccional en la que se respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y la trascendencia de sus estándares, pero que simultáneamente esta no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales, políticas, jurídicas y culturales de los Estados que integran el sistema regional.

11. La anhelable *sinapsis* entre tales instancias, incluso en una «atmósfera saturada de tensiones cordiales»,⁸³ se plantea desde la esperanzada convicción de que es necesario y conveniente que convivan en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la sintonía de una hermenéutica *pro persona*, en tanto ambas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos básicos*.

83 Aunque pensada y escrita para otros temas y contexto, por su fuerza expresiva tomamos la citada imagen discursiva del libro de George STEINER: *Lecciones de los maestros*, trad. de María Condor, Buenos Aires, Debolsillo, 2011, p. 34.

Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas»

Claudio Nash Rojas*

I. INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad como elemento guía en el avance hacia la protección plena de los derechos humanos ha gozado de un extenso desarrollo jurisprudencial en el sistema interamericano, sin embargo, en el ámbito nacional su desarrollo aún es incipiente. Por esto es relevante analizar su sentido y alcance a la luz de la jurisprudencia y estudiar su importancia como mecanismo integrador en el diálogo jurisprudencial. Así, este debate en el marco del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales es un paso lógico en la medida en que es un espacio en donde se presentan las principales dudas de la forma de implementación de la figura del *control de convencionalidad*.

En el presente texto desarrollo algunos de los puntos tratados por Víctor Bazán con el objeto de avanzar en este análisis y aportar algunos elementos a la discusión.

II. APRECIACIONES CONTEXTUALES:

RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL

DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNO

En años recientes hemos sido testigos de cómo se ha desarrollado una estrecha relación entre el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el derecho interno de los Estados. Esta relación se basa en la importancia que reviste la protección de los derechos humanos en ambos sistemas. En este sentido, se ha señalado

* Doctor en Derecho (Universidad de Chile). Académico de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile y subdirector del Centro de Derechos Humanos (CDH) de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Agradezco a Constanza Núñez, asistente de investigación del CDH, por su ayuda en este trabajo.

que el sistema interamericano tiene una naturaleza coadyuvante o subsidiaria en esta labor (como se establece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH] en el párrafo 2.º de su Preámbulo);¹ sin embargo, la alusión que se hace en el texto de Bazán a esta naturaleza omite el hecho de que la subsidiariedad se aplica solo a lo jurisdiccional. La labor del sistema interamericano tiene más aristas a explorar, donde su funcionamiento es prioritario, por ejemplo, formular recomendaciones a los Estados, elaborar estudios e informes o la realización de *observaciones «in loco»*.

La viva interacción entre ambos sistemas se ha manifestado de diversas maneras tanto en las sentencias nacionales como en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Un ejemplo de esta relación es la figura del *control de convencionalidad*, que se constituye como un punto de convergencia que permite el diálogo jurisprudencial a la luz de las experiencias nacionales e influye en generar una articulación y estándares en materia de protección de los derechos humanos.

Pero esta figura no está exenta de problemas y uno relevante es que su denominación se presta para algunas confusiones que es relevante clarificar, principalmente, en lo que dice relación con los objetivos de esta figura. Al usar una expresión similar al *control de constitucionalidad* propio del derecho constitucional se crean expectativas que pueden confundir a un lector poco conocedor del DIDH. La propia Corte IDH ha sido consciente de este problema y en su jurisprudencia ha ido aclarando algunos temas relevantes a resolver para dar un contenido efectivo a esta figura. Siguiendo el esquema que nos propone el texto de Bazán iremos perfilando estos temas.

III. ACERCA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. Fundamento del control de convencionalidad

Para poder profundizar en el análisis del control de convencionalidad, se requiere precisar cuál es el origen de su obligatoriedad, es decir, su fundamento. La mención a estos elementos estuvo ausente en el análisis realizado por Víctor Bazán (salvo una referencia en las conclusiones) y es fundamental para entender la im-

1 Preámbulo, párr. 2.º, de la CADH: «[...] Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos [...]».

portancia de realizar dicho control y para señalar que su ausencia implica que los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional.

Así, vemos que el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1,² 2³ y 29⁴ de la CADH. De dichos artículos se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que estos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, protección y promoción de dichos derechos.

Asimismo, la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas internas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *pacta sunt servanda* obliga a los Estados a dar cumplimiento a sus compromisos internacionales, lo que debe realizarse de *buena fe* por los Estados y sin invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir dichos compromisos.⁵

2. Ámbito de aplicación

Como nos ilustra el texto de Bazán, el control de convencionalidad encuentra su aplicación en dos ámbitos: en el plano internacional y en el ámbito interno de los Estados.

2 Art. 1.1 de la CADH: «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».

3 Art. 2 de la CADH: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviera 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».

4 Art. 29 de la CADH: «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

5 Para esto, véase Convención de Viena de Derecho de los Tratados, UN Doc A/CONF.39/27 (1969), arts. 26, 27.

Efectivamente, en la esfera internacional es la Corte IDH la que ejerce un control de convencionalidad propiamente tal, esto es, un control que permite la expulsión de las normas contrarias a la Convención Americana, a partir de los casos concretos que se someten a su conocimiento. Aquí es relevante destacar que esto se hace efectivo, por ejemplo, a través de la supresión de normas locales opuestas a la CADH, como ha ocurrido con la declaración de incompatibilidad de leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH.

En el ámbito interno, como señala Bazán, el control de convencionalidad es el realizado por los magistrados locales al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. Sin embargo, es importante recalcar que este control es un mecanismo de garantía interpretativo, similar al que realiza la Corte IDH, pero que las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada operador de justicia y, por tanto, esto no necesariamente implica que los jueces tengan la facultad de expulsar normas del sistema interno. Un modelo determinado de control de constitucionalidad o convencionalidad no podría ser impuesto por la Corte IDH. Teniendo claro esto, podemos afirmar que lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno.

3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sobre el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH me gustaría sistematizar en etapas lo que Víctor Bazán ha llamado «la visión de la doctrina de la Corte IDH en torno al control de convencionalidad». Así, podemos señalar que la jurisprudencia de la Corte IDH ha pasado por varias etapas en el desarrollo de dicho concepto y que analizar esta evolución es fundamental para entender el actual sentido y alcance de esta labor.

Cuando Sergio García Ramírez, en su voto razonado, en el caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala* hace por primera vez alusión al control de convencionalidad, se pone de relieve la importancia que tiene para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados el análisis del funcionamiento del Estado en su conjunto y que en este análisis la Corte IDH hace un control de convencionalidad de las actuaciones del Estado:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.⁶

a. Primera etapa

Es claro que existe una primera etapa en que se delinearón los aspectos generales de la figura del control de convencionalidad. Se señala que el Poder Judicial debe realizar una *especie* de control de convencionalidad, lo que parece una posición prudente y clarificadora de la naturaleza diversa que tiene esta figura de aquel ejercicio propio del derecho constitucional.

Asimismo, se avanza en indicar que este control incluye la interpretación que ha hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante, ya que en muchos sistemas internos esta es una cuestión debatida:

La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado,

6 Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, párr. 29.

sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁷

b. Segunda etapa

Avanzando en la evolución de su jurisprudencia, la Corte IDH estableció que el control debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local y aclaró que este se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de aquella. Me gustaría destacar que esta aproximación de la Corte IDH es relevante desde el punto de vista de la legitimidad del sistema, ya que toma en consideración la organización interna del Estado y permite un funcionamiento coherente del sistema.

La Corte IDH no impone un sistema, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el sistema constitucional nacional:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.⁸

c. Tercera etapa

En una tercera etapa en el análisis, la Corte IDH va más allá y señala que el control de convencionalidad compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incorporando lo que se había señalado anteriormente acerca de la importancia de que este control se realice en el ámbito de competencias

7 Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párr. 124.

8 Corte IDH, caso *Trabajadores cesados del Congreso («Aguado Alfaro y otros») c. Perú*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158, párr. 128.

de cada magistratura. Esta apertura hacia los órganos competentes para realizar el control permite la inclusión de los tribunales constitucionales y reafirma la idea de que todo juez debe realizar este control con independencia de sus características particulares.

Es relevante destacar que este control difuso no puede imponerse por la Corte IDH:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁹

Asimismo, en esta sentencia clarifica cualquier duda que pudiera surgir sobre la naturaleza de esta institución y los alcances propiamente interpretativos de la figura del control de convencionalidad:

De tal manera, como se indicó en los casos *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, es necesario que las *interpretaciones* constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, *independientemente* de las reformas legales que el Estado deba adoptar [...], en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convenciona-

9 Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, párr. 225.

lidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.¹⁰

d. Cuarta etapa

Complementando la línea temporal en que hace el análisis de la jurisprudencia Víctor Bazán, considero relevante agregar que en su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública. Es decir, se amplía el espectro desde el Poder Judicial a todos los órganos públicos, a propósito del análisis de la compatibilidad de una ley de amnistía aprobada democráticamente, con las obligaciones que impone la CADH:

[...] La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo *susceptible de ser decidido* por 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. [...].¹¹

4. Objetivos del control de convencionalidad

Como señala Bazán, la realización de un control de convencionalidad puede tener múltiples objetivos. Así, sostiene Bazán en su texto, la creación de *patrones hermenéuticos* se constituye como una de las principales metas en la labor que realiza la Corte IDH. Sin embargo, me parece que el control de convencionalidad, tanto en el ámbito interno como internacional, cumple un objetivo distinto, que es contribuir a una mejor protección de los derechos humanos mediante la interpretación que se hace de los preceptos basada en el artículo 29 de la CADH y que este control per-

¹⁰ *Ibíd*em, párr. 233 (destacado mío).

¹¹ Corte IDH, caso *Gelman c. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, párr. 239.

mite avanzar mediante la retroalimentación jurisprudencial hacia el desarrollo del *ius commune constitutionale* en las Américas.¹²

De esta forma, el objetivo central de la figura del control de convencionalidad es concretar la obligación de garantía consagrada en la Convención Americana (artículos 1.1 y 2) a través de un ejercicio hermenéutico que deben realizar todos los poderes del Estado y principalmente, el Poder Judicial. Los *patrones hermenéuticos* que surgen de la jurisprudencia de la Corte IDH es la guía que podrán utilizar los agentes del Estado para cumplir con sus funciones, pero no es propiamente el objetivo de esta figura.

5. Dificultades operativas en la aplicación interna del control de convencionalidad

La aplicación del control de convencionalidad en el ámbito interno de los Estados, como constata Bazán, implica dificultades en su aplicación operativa. Sin embargo, para aclarar el asunto, hay que destacar varias cuestiones.

En primer lugar, hay que recalcar que este control debe desarrollarse en el marco de las competencias internas de cada operador de justicia, como ha recalcado la Corte IDH en su jurisprudencia.¹³ Esto permite descomprimir la discusión en torno a la legitimidad del sistema y respecto a los alcances del control de convencionalidad.

En segundo lugar, se debe recordar que el control de convencionalidad es distinto al control de constitucionalidad de las normas internas. Esto trae como consecuencia importantes discusiones, tales como la que plantea la pregunta acerca de si puede un órgano de la jurisdicción ordinaria *inaplicar* una ley interna en virtud del control de convencionalidad si esta no ha sido declarada inconstitucional. Estas respuestas no se encuentran delineadas claramente en el texto de Bazán; sin

12 Véase en este sentido: Eduardo FERRER MAC-GREGOR: «Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 131, mayo-agosto de 2011, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 917-967; Néstor P. SAGÜÉS, «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad», en *Revista de Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2010, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, p. 117.

13 Corte IDH, caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*, cit., párr. 128; caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de septiembre de 2010, serie C, n.º 217, párr. 202; caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, cit., párr. 225; caso *Vélez Loor c. Panamá*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2010, serie C, n.º 218, párr. 287; caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2010, serie C, n.º 219, párr. 176.

embargo, a la luz de las limitaciones que conlleva que el control se desarrolle bajo el marco de las competencias internas de cada órgano, parece más claro que esto debe ser la guía de actuación en todo caso.

Además, hay que poner de relieve que el control que realiza la Corte IDH es siempre un control concreto de convencionalidad, mientras que en el ámbito interno se debe desarrollar un control difuso de convencionalidad que puede traer como consecuencia la inaplicación o expulsión de normas.¹⁴ En ambos sistemas procede un ejercicio hermenéutico relevante desde la perspectiva de protección de los derechos humanos y es a esto a lo que debe prestar atención la figura del control de convencionalidad.

Finalmente, quiero destacar que como desafío de la implementación, se debe agregar que en el derecho interno se debe ir avanzando hacia la aplicación directa de las normas del DIDH y su jurisprudencia, ya sea a través de la constitucionalización de ciertas normas o a través de la aplicación del *bloque de constitucionalidad*. Este bloque de constitucionalidad debe incluir las normas de los tratados internacionales de derechos humanos y la interpretación que de estos preceptos han hecho los sistemas de protección. Esta es la obligación básica que adquieren los Estados al hacerse parte de un tratado de derechos humanos. La figura del control de convencionalidad no es otra cosa que la concreción de esta obligación, no una nueva.

IV. LA NECESIDAD DE AFIANZAR UN DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL CRÍTICO

La interacción que existe entre el DIDH y los sistemas nacionales, representada en el control de convencionalidad, permite desarrollar un diálogo jurisprudencial que implica avanzar hacia el desarrollo de estándares, criterios e interpretación de las normas de derechos humanos que tiendan a su efectiva protección. En este sentido, Bazán nos muestra diversos *casos testigo* de este diálogo. A este respecto, agregó el caso mexicano, que en su jurisprudencia reciente aporta importantes elementos a la discusión.

14 Debemos recordar que este ejercicio dependerá de las funciones y competencias de cada órgano. En concreto, si un juez en el ámbito interno está facultado para realizar expulsión de normas, lo puede hacer en el análisis de control de convencionalidad, y si no lo está siempre estará obligado a realizar una interpretación normativa que tienda a la efectiva protección de los derechos fundamentales.

1. Algunos casos testigo

a. Argentina

En el texto de Bazán, se reseña el caso *Espósito*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia Argentina en 2004, como un ejemplo del diálogo jurisprudencial entre el sistema interamericano y las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, si bien da cuenta de la interacción que existe entre ambos sistemas, no trata específicamente sobre la utilización de la figura del control de convencionalidad. Es más bien un caso donde se hace efectiva la condena internacional del Estado en un caso específico, bajo la óptica de que lo señalado por el tribunal internacional impone restricciones al ejercicio de la jurisdicción nacional y de que esta jurisdicción es la llamada a dar efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por la Convención. En este sentido, se debe recordar que el ejercicio del control de convencionalidad compete a ambos sistemas, donde estos realizan una labor hermenéutica relevante desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos.

b. México

México, en su más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁵ ha desarrollado un interesante análisis del control difuso de convencionalidad, a propósito de la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos*:¹⁶

[...] los demás jueces (los que no pertenecen al Poder Judicial de la Federación) en los asuntos de su competencia podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, solo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones [...] todos los jueces del Estado Mexicano a partir de este momento y de conformidad con el artículo 1.º constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que a su juicio consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los tratados en materia de derechos humanos.

15 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sesión pública ordinaria del pleno, celebrada el jueves 14 de julio de 2011.

16 Corte IDH, caso *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2009, serie C, n.º 209.

Las afirmaciones de la Corte Suprema mexicana dan cuenta íntegramente de cómo se ha desarrollado una viva interacción entre los sistemas nacionales y el sistema internacional, al facultar a los jueces nacionales a *inaplicar* normas que infrinjan tratados internacionales. De esta forma se avanza en el objetivo de lograr un pleno y efectivo goce de los derechos humanos.

c. Colombia

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana Bazán constata que se pueden observar tres tipos de convergencias entre la jurisprudencia nacional e internacional. Un primer tipo de convergencia se detecta cuando la Corte Constitucional adopta estándares interamericanos (*top-down*), un segundo tipo de convergencia se encuentra cuando la Corte IDH adopta estándares de la Corte Constitucional colombiana (*bottom-up*) y finalmente, existe una *convergencia paralela* donde hay una difusión horizontal de estándares.

Resulta muy interesante la distinción entre estos tres tipos de acercamientos jurisprudenciales, sin embargo no queda claro el alcance de la llamada *convergencia paralela*, asunto relevante para entender la función del control de convencionalidad en este análisis.

V. VALORACIONES CONCLUSIVAS

Me resulta interesante destacar tres de las valoraciones conclusivas que realiza Víctor Bazán en su análisis del control de convencionalidad.

En primer lugar, hay que reafirmar la importancia de que todo el análisis del control de convencionalidad es una pieza clave para evitar el riesgo de que los Estados incurran en responsabilidad internacional. Esto se realiza mediante la incorporación de estándares, la aplicación directa de normas internacionales y el análisis de la compatibilidad de las normas internas con la CADH por los órganos públicos llamados a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales.

En segundo lugar, Bazán señala que la base normativa de la que emana el control de convencionalidad se desarrolla a través de la conjugación normativa de los artículos 1.1 y 2 de la CADH. En este aspecto hay que poner de relieve la importancia de la garantía como pilar fundamental en el actuar del Estado y aquí es donde el control de convencionalidad es clave para asegurar que se dé pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención de conformidad con los estándares internacionales. Asimismo, se debe recordar que la base normativa

también la encontramos en el artículo 29 de la CADH y en los principios del derecho internacional público.

Finalmente, parece peligroso recurrir a la doctrina del *margen de apreciación* nacional para salvar las dificultades operativas que trae consigo la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito interno de los Estados. La peligrosidad radica en que la utilización de esta doctrina puede llevar a la desnaturalización de las obligaciones de los Estados (y por consiguiente puede incrementar el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional); además, desde el punto de vista de la seguridad jurídica parece poco plausible aplicar esta doctrina cuando el desarrollo del control de convencionalidad puede estar sujeto a los vaivenes políticos de los Estados.

En definitiva, el texto de Víctor Bazán es una excelente base para ir discutiendo los alcances de esta interesante figura del *control de convencionalidad* y da pie a varios temas que enriquecen el diálogo jurisprudencial del que somos testigos en nuestra región.

Apuntes a «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas», de Víctor Bazán

Aylín Ordóñez Reyna*

Las relaciones entre los Estados se incrementan día a día, y dentro de ellas la formalización por vía de los pactos, acuerdos y tratados adquiere particular relevancia. De esa cuenta, se consolidan también los mecanismos para verificar la aplicación de tal normativa de manera que esta ya no solo forme parte del conjunto de disposiciones aplicables en un Estado constituyendo una norma más dentro de su conjunto normativo sino que se dé cumplimiento a los mandatos del derecho internacional que imponen su aplicación de buena fe y la imposibilidad de oponer el derecho interno para justificar su incumplimiento, entre otras obligaciones.

Dentro de los mecanismos que posibilitan el cumplimiento de las obligaciones internacionales se encuentra el *control de convencionalidad*, tema central de análisis en la reunión anual 2011 del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Humanos, cuya ponencia central se encomendó al connotado jurista y profesor Víctor Bazán, habiéndosele conferido el honor de comentarla.

Con relación al tema resulta interesante puntualizar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha ido interpretando en su jurisprudencia las obligaciones de los Estados respecto de la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), estableciendo situaciones en las que podría producirse incumplimiento de estos. Así se ha puntualizado que:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a las que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictan-

* Abogada y notaria por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala. Magíster en Derechos Humanos. Doctora en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona. Coordinadora de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Rafael Landívar. Letrada de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

do disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él es indiferente para estos efectos.¹

De esa cuenta, los Estados deben proferir normas acordes con los mandatos de la CADH y el cumplimiento de tales obligaciones se verifica por la Comisión y la Corte y en caso de no adecuarse las disposiciones normativas de un Estado a lo establecido por la Convención pueden proferirse resoluciones del sistema que así lo establezcan. Sin embargo, el actuar de la Corte y sus interpretaciones fueron ampliándose al establecer que los jueces nacionales también debían verificar esa adecuación del derecho interno a la Convención, realizando para ello un *control de convencionalidad*, contenido central del trabajo elaborado por el profesor Víctor Bazán.

En este se abordan inicialmente las apreciaciones contextuales y el acercamiento conceptual al tema, así como la visión de esta doctrina, desglosándose lo referente a tal control en el plano internacional y en el interno. Al respecto precisa el autor que, en el ámbito internacional, esa tarea

consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia, v. gr., la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.²

En cuanto a tal función, en el plano internacional, si bien no es un término que se utilizara desde el inicio de sus funciones, sino derivado inicialmente de los votos razonados del juez Sergio García Ramírez, resulta congruente con las tareas del Tribunal Internacional realizar el referido *control de convencionalidad*, puesto que su principal función consiste en la interpretación y la aplicación de las disposiciones de la Convención, por ello resulta lógico estimar que habrá de cotejar las normas

1 Corte IDH, opinión consultiva OC 13/93, «Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», 16 de julio de 1993, serie A, n.º 13.

2 Cf. en este mismo tomo, Víctor BAZÁN: «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas», subap. III.2.a.

internas o situaciones que le sean sometidas a su conocimiento con el marco normativo que la rige, como lo es la CADH y otros tratados en esta materia.³

La definición del *control de convencionalidad* se extendió entonces más allá de la forma internacional ya no conformándose con la verificación efectuada por la Corte IDH sobre la base de sus facultades, sino que esta también debe producirse en el plano interno, aspecto que a continuación se aborda en el documento de Bazán, y que consistirá en:

la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos.⁴

En el trabajo reseñado se describe con suma precisión cómo inicialmente se partió de los votos razonados de Sergio García Ramírez, con la expresión *control de convencionalidad* desde el caso *Myrna Mack c. Guatemala*, hasta su aplicación por la Corte IDH, a partir del caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*,⁵ para precisar que:

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos [...]. El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación

3 Puntualizó el referido juez en el párr. 27 del voto razonado al fallo de 25 de noviembre de 2003 de la Corte IDH, sentencia de fondo, reparaciones y costas, dictada en el caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, que: «Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional».

4 Véase el trabajo citado en nota 2, subap. III.2.b.

5 *Ibidem*, subap. III.3.

que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [...].⁶

La referida tarea no habrá de ser cuestión sencilla pues trasciende del ámbito de actuaciones de la Corte IDH para instar el referido control a los jueces internos al verificar la conformidad de actos y normas producidos en ese ámbito frente a la CADH, instrumentos del sistema y estándares interpretativos de la Corte. Tal actividad será semejante a la realizada por ellos al efectuar un *control de constitucionalidad*, con la diferencia de que en este último se verificará la conformidad de dos normas internas, de las cuales una de ellas es la norma fundamental de su ordenamiento jurídico interno, y a la cual se le ha reconocido supremacía respecto del resto de la normativa interna. En el caso del control de convencionalidad, situaciones diversas se presentarán ante los jueces de los diferentes Estados de que se trate, toda vez que estos en su normativa interna se encontrarán con contextos distintos, tales como la jerarquía con la cual se reciben los tratados internacionales en su derecho interno, el mandato que las Constituciones imponen respecto de su supremacía frente al resto de normas internas, el ámbito de competencias que estos poseen. Sin embargo, debe tenerse presente que si un Estado ha aceptado y ratificado un tratado internacional este debe ser cumplido, y según las previsiones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), particularmente lo dispuesto en sus artículos 26 y 27, puede señalarse que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, y una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

A lo largo del trabajo presentado se realiza el análisis del control de convencionalidad pero ya no circunscrito a la verificación realizada por la Corte IDH con relación al cumplimiento de los Estados por medio de sus órganos —Ejecutivo, Legislativo y Judicial— de la CADH, sino como el mecanismo que debe ser llevado a cabo a fin de velar por la conformidad de su derecho interno con la Convención y los estándares interpretativos forjados por la Corte IDH.

Entonces desde la perspectiva interna, es decir, desde el enfoque constitucional surge una serie de interrogantes: ¿quiénes ejercen ese control en el nivel nacional?; ¿todos los jueces o únicamente la última instancia, bien se trate de la Corte Supre-

6 Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párr. 124.

ma o el Tribunal Constitucional?; ¿respecto de qué normas internacionales se debe ejercitar el control de convencionalidad?; ¿con relación a qué normas nacionales se debe ejercer tal comparación?; ¿las Constituciones nacionales también deberán ser cotejadas frente a la norma internacional?; ¿puede realizarse el análisis de convencionalidad *ex officio* o únicamente a instancia de parte?; ¿de hacerlo *ex officio* podrá ser estimada una decisión *ultra petita*?

Respecto de las cuestiones anteriormente indicadas se exponen respuestas en el trabajo que se comenta, de manera por demás explicativa. Así, con relación a la primera se precisó que en el caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile* (párrafo 124) y en el caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*⁷ (párrafo 225), se puntualizó:

[...] cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos los jueces, también están sometidos a aquel, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin [...].

Se podría concluir que el control de convencionalidad lo pueden y deben llevar a cabo todos los jueces, lo que oportunamente realizado impediría que el caso se eleve a instancias internacionales, aplicándose la normativa internacional desde el ámbito interno, convirtiéndose al derecho internacional en una instancia verdaderamente subsidiaria.

Ahora bien, puede estimarse que desde la perspectiva interna esta tarea no es sencilla y serán diferentes situaciones las que habrán de superar los jueces nacionales para poder realizar un control de convencionalidad. Así, se señala por ejemplo lo que podría ocurrir con aquellos que no estén facultados para realizar control de constitucionalidad. ¿Podría estimarse que sí lo estarían para el de convencionalidad? Al respecto, integrándose la normativa internacional que exige el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en este ámbito, podría afirmarse que todo juez debería realizarlo. Sin embargo, esa tarea se torna compleja ante las particulares situaciones de los Estados. Para el efecto se cita en el documento el caso de México, en cuya situación deben tomarse en consideración las recientes modificaciones al sistema de justicia de ese país que posibilitan el control difuso de constitucionalidad.⁸

7 Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220.

8 Véase subap. IV.3 del trabajo citado en nota 2.

Es evidente que el control de convencionalidad podría evitar acudir a las instancias internacionales al respetarse el contenido de la disposición internacional y en caso de que el conflicto se presente, se estará frente a una posible desestimatoria. Ahora bien, de no hacerlo es probable que el asunto deba ser sometido a conocimiento de la Comisión y la Corte y después de un largo recorrido pueda obtenerse la resolución de inaplicar la norma anticonvencional.

Por ello, es necesario analizar que la adecuada utilización del control de convencionalidad puede evitar condenas internacionales, tal lo acontecido en el caso de Guatemala frente a la aplicación del artículo 201 del Código Penal.⁹ Esto surgió frente al contenido del artículo 4.2 de la CADH, el cual establece que para los Estados que no hayan abolido la pena de muerte, no podrían ampliarla a otros delitos que no la tuvieran prevista al suscribir tal documento internacional. En Guatemala aún se contempla la aplicación de la pena de muerte, y el Código Penal en su artículo 201 contenía una regulación que establecía que podría imponerse pena de muerte al autor del delito de secuestro cuando con ocasión del plagio falleciera la víctima del delito. Tal norma inició su vigor en 1973, es decir antes de la vigencia de la Convención, la que se ratificó por Guatemala el 25 de mayo de 1978, aceptándose la competencia de la Corte a partir del 9 de marzo de 1987. Sin embargo, en virtud de modificaciones realizadas al citado Código en la década de los noventa se estableció que a los autores del delito de plagio o secuestro de una o más personas con el propósito de lograr rescate, canje de personas o la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad del secuestrado o con cualquier otro propósito similar o igual, se les aplicaría la pena de muerte, y cuando esta no pudiera ser impuesta se aplicaría la pena de prisión de veinticinco a cincuenta años.¹⁰

Se produjo entonces la situación en la cual algunos juzgadores estimaron la improcedencia de la pena de muerte, en virtud de la contravención que esta ocasionaría a la CADH, realizando un verdadero control de convencionalidad. Sin embargo, también se produjo el hecho de que otros juzgadores aplicaron la norma nacional,

9 El texto original del artículo establecía que: «El plagio o secuestro de una persona con el objeto de lograr rescate, canje de terceras personas y otro propósito ilícito de igual o análoga entidad, se castigará con la pena de ocho a quince años de prisión. Se impondrá la pena de muerte al responsable cuando con motivo u ocasión del plagio o secuestro falleciere la persona secuestrada».

10 Con la última reforma se estableció textualmente: «A los autores materiales o intelectuales del delito de plagio o secuestro de una o más personas con el propósito de lograr rescate, canje de personas o la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad del secuestrado o con cualquier otro propósito similar o igual se les aplicará la pena de muerte y cuando esta no pueda ser impuesta se aplicará prisión de veinticinco a cincuenta años».

lo que ocasionó, después de agotadas las instancias nacionales, la demanda contra Guatemala ante el sistema interamericano, lo que originó condenas, después de un proceso, en casos tales como *Raxcacó Reyes*.¹¹ Esto evidencia la importancia de un oportuno control de convencionalidad en el nivel nacional,¹² así como la trascendencia de que tal control se realice por todos los juzgadores.

Ante una de las interrogantes que formula en el documento que se comenta, respecto de sobre qué normas internacionales se debe ejercitar el control de convencionalidad, Bazán contesta con suma propiedad al expresar:

Nos aventuramos a plantear que el material de cotejo para desarrollar el contralor de convencionalidad no se agota en el Pacto de San José de Costa Rica, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de protección de los derechos humanos, y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH. En otras palabras, alcanza a los documentos internacionales respecto de los cuales este último Tribunal ejerce competencia material.¹³

Las obligaciones internacionales adquiridas lo son respecto de todos los instrumentos de tal carácter y por ende no podría pensarse que se verifique la conformidad de las normas internas únicamente frente a la CADH, por lo que la tarea de los juzgadores de conocer el derecho internacional y manejarlo de igual manera que el derecho interno, y aun con preeminencia frente a aquel, es fundamental. Tal afirmación deviene compatible con los mandatos del derecho internacional, pues no podría estimarse que si se ha aceptado la obligatoriedad de la Convención y de otros instrumentos internacionales del sistema interamericano, solo respecto de la primera se realice la verificación de adecuación del ordenamiento interno, ya que

11 Corte IDH, caso *Raxcacó Reyes c. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 15 de septiembre de 2005, serie C, n.º 133.

12 En ese caso la Corte IDH ha realizado el control de convencionalidad. Al respecto se pronuncia Hitters cuando señala «la Corte IDH, llevando a cabo el “control de convencionalidad” entre el Pacto de San José y el Código Penal guatemalteco, consideró que este último infringía los postulados de aquel, por lo que dispuso que el país debería modificar esta norma punitiva, que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias y que mientras no se cumpla con tal mandato jurisdiccional el Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro» (Juan Carlos HITTERS: «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación [Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos]», en *Estudios Constitucionales*, año 7, n.º 2, 2009, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, p. 114).

13 Cf. subap. III.5 del trabajo citado en nota 2.

ello podría provocar incumplimiento de otras disposiciones de nivel internacional, y por ende ser por ello responsable el Estado.

Un aspecto sumamente complejo es que también dicho control debe abarcar la interpretación que de los referidos instrumentos internacionales haya elaborado la Corte IDH, puesto que los operadores de justicia nacionales no solo deben respetar y aplicar la normativa internacional, entendiéndose por esta los tratados internacionales y convenios, sino que además deben conocer y aplicar la interpretación que de ella ha realizado la Corte.¹⁴

Con relación al tema se precisa en el artículo de Bazán que:

[...] en un plano general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un *diálogo jurisprudencial* entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquella tenga presente las observaciones o discordancias que estos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal Interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional.¹⁵

Seguidamente puede puntualizarse, desde la perspectiva del derecho constitucional, la interrogante en cuanto a sobre qué normas nacionales se debe ejercer tal comparación y en su caso, la parte más compleja, si las Constituciones nacionales también deberán ser cotejadas frente a la norma internacional.

Se concluye en el trabajo presentado que tal control debe ejercerse respecto de todo tipo de normas internas, incluso respecto de la propia Constitución, y se señala que en lo que respecta a la Constitución «la cuestión no está exenta de dificultades operativas en su aplicación práctica».¹⁶

14 Al respecto señala Londoño Lázaro que representa un reto fundamental a manera de presupuestos del control de convencionalidad la consistencia, rigurosidad y razonabilidad de la jurisprudencia interamericana. Indica que se espera de la Corte un justo equilibrio entre la fidelidad a la Convención y la interpretación dinámica del *corpus iuris* internacional, en atención a las circunstancias cambiantes de los tiempos; cualquier exceso que llegara a menoscabar el núcleo esencial de un derecho, haciendo juego a las fuerzas ideológicas o políticas ajenas a la tarea judicial podría poner en jaque la credibilidad del sistema (María Carmelina LONDOÑO LÁZARO: «El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, n.º 128, mayo-agosto de 2010, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas [IIJ], Universidad Nacional Autónoma de México [UNAM], p. 793).

15 Véase documento de Víctor Bazán citado en nota 2, subap. V.2.

16 *Ibíd.*, subap. III.6.

Para reforzar el punto se cita el hecho de que la Corte IDH ha ejercido en más de una ocasión control de convencionalidad sobre normas constitucionales consideradas contrarias a la CADH, como en el caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c. Chile*, en el que se decidió que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico interno en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa —el artículo 19, numeral 12, de la Constitución la establecía—.¹⁷ Además tal argumento se refuerza con el caso *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú*, en el que se estableció que «los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad”, *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana [...]»,¹⁸ quedando comprendidas obviamente las normas constitucionales dentro de las normas internas.

Al respecto puede afirmarse que cualquier disposición nacional contraria a una disposición internacional podría acarrear responsabilidad para el Estado, por lo que debe ejercerse ese control respecto de todo tipo de normas; sin embargo, la jerarquía de la norma que se estime infractora de las internacionales, complicará más el análisis que deba efectuar el juzgador, puesto que la mayoría de las Constituciones imponen su preeminencia frente a todo tipo de normas, lo que podría ocasionar ese conflicto.

Al respecto, puede citarse a guisa de ejemplo el caso de Guatemala donde, en aplicaciones preferentes de los tratados internacionales en el ámbito interno, los jueces se han encontrado frente a dos normas que han estimado que podrían colisionar. Por una parte, el artículo 46 de la Constitución que prevé la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos frente al derecho interno, y por otra, el mandato contenido en el artículo 204 de ese mismo cuerpo legal que impone la obligación de los jueces de respetar el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado. Si bien estas normas deberían interpretarse en armonía y sobre la base del principio *pro persona*, de manera que se busque la solución que mejor proteja a la persona y en garantía del pleno respeto a los derechos humanos, esta segunda norma ha provocado cuestionamientos con relación a la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno. Situaciones similares podrían producirse por los jueces nacionales al realizar un control de convencionalidad y tener que descartar aquellas

17 Corte IDH, caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001, serie C, n.º 73.

18 Corte IDH, caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158, párr. 128.

normas que contravengan la internacional, más aún si la inaplicada pudiera ser la constitucional. Será entonces cuando la convicción de la vigencia y la preeminencia del derecho internacional en materia de derechos humanos debería posibilitar su aplicación preferente.

Por último, debe responderse la interrogante referente a si tal control deberá ejercerse a instancia de parte o podrá hacerse de oficio. En forma interesante se resuelve esta cuestión en el trabajo de Bazán, donde se afirma:

La declaración de anticonvencionalidad *es una cuestión de derecho y no de hecho*, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al *derecho aplicable* para dirimir la contienda.¹⁹

La Corte IDH ha puntualizado que los órganos del Poder Judicial deben ejercer ese control *ex officio*, el cual se ejercería en el marco de sus competencias, por lo que no se estima lesivo lo antes afirmado. Tal afirmación encuentra su fundamento en que se está en un caso normativo ante un conflicto de leyes, y el juez conoce el derecho y debe aplicarlo, y ante una disposición que aparentemente colisione con otra debe seleccionar la disposición adecuada, que en este caso será la norma internacional a la que el Estado se ha obligado frente a una norma interna que la contradiga.

Al respecto, resulta interesante señalar lo afirmado por Ferrer Mac-Gregor, quien indica:

En efecto, la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar «de oficio» el control de convencionalidad «evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes», no puede interpretarse como limitante para ejercer el «control difuso de convencionalidad», sino como una manera de «graduar» la intensidad del mismo. Esto es así, debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una «interpretación convencional» de la norma nacional.²⁰

19 Véase el ensayo citado en nota 2, subap. III.7.

20 Eduardo FERRER MAC-GREGOR: «Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad (A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*)», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, n.º 131, mayo-agosto de 2011, México D. F., IIJ, UNAM, p. 936.

Puntualizados los aspectos anteriores se hace necesario reflexionar respecto de las situaciones que en la práctica pueden producirse en relación con la aplicación del *control de convencionalidad* por los jueces internos, dentro de las cuales no todas parecen ser sencillas de superar. Así, puede mencionarse lo que ya puntualiza el autor del artículo comentado, en el que se indican aquellos casos en que los jueces no estuvieran facultados para ejercer el control de constitucionalidad y, por tanto, ¿cómo podrían hacerlo respecto del control de convencionalidad? Puede igualmente citarse la existencia de normas internas que dificulten tal tarea, como la jerarquía con la cual se reciba al derecho internacional en el ámbito interno, o la falta de conocimiento y aplicación de tal normativa.

Para lograr la aplicación del relacionado control los jueces deben considerar la aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos y la circunstancia de que este forma parte de la estructura normativa del Estado, así como su eficacia plena en el ámbito interno. Además, debe darse el reconocimiento de la jerarquía del derecho internacional sobre el derecho interno, en el sentido de que en caso de existir una norma nacional contraria a lo previsto en el tratado internacional, será este último el aplicable debido a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado y la normativa existente en esta materia, entre ellas el artículo 27 de la CVDT.²¹ Es necesario un proceso de conocimiento de los juzgadores, no solo de las normas internacionales vigentes sino de los estándares interamericanos en estas materias, lo que debe ser constante, ya que constante es el crecimiento jurisprudencial. Es necesaria la apertura del juzgador a la integración del derecho, conformado este por normas pertenecientes al ámbito nacional e internacional y en aras del principio *pro persona*.

Por último, resulta muy interesante lo afirmado en el trabajo de Bazán respecto a que debe darse una cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales, que no apunta a generar una relación de jerarquización formalizada entre estos y aquellos, sino a trazar una vinculación de cooperación en la interpretación *pro persona* de los derechos humanos, es decir un diálogo jurisprudencial en el que los internos puntualicen sus disidencias y observaciones a las

21 A ese respecto se pronuncia Quinche Ramírez, cuando indica que «para el caso específico del control de convencionalidad, es también hermenéuticamente necesario plantear la existencia de un principio que permita entender como norma superior a la Convención Americana, y con ella, privilegiar la unificación de la interpretación que hace la Corte Interamericana por medio de sus sentencias» (Manuel Fernando QUINCHE RAMÍREZ: «El control de convencionalidad y el sistema colombiano», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 12, julio-diciembre de 2009, México D. F., Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, p. 177).

líneas jurisprudenciales de los internacionales y estos, a su vez, puedan tomar en consideración tales cuestiones para elaborar su jurisprudencia.²²

Pero no solo dificultades o aspectos que deben superarse podrían remarcarse en el interesante tema del control de convencionalidad, sino que es necesario referirse a las ventajas de este, entre las que pueden mencionarse que de producirse este control y aplicarse la normativa internacional en el ámbito interno frente a normas internas que puedan colisionar con aquella, se reducirá la necesidad de acudir a las instancias internacionales, evitándose de esta manera los litigios en el plano internacional, lo que evitará que los fallos nacionales puedan ser modificados por los referidos tribunales.

Para concluir resulta interesante citar una de las afirmaciones finales del ensayo objeto central de este comentario, en el cual se puntualiza que «las posibilidades de éxito de la tesis del control de convencionalidad están cifradas en el grado de receptividad de esta en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados».²³

22 Cf. documento citado en nota 2, subap. V.2.

23 *Ibíd*em, subap. VI.4.

En similar sentido se pronuncia SAGÜÉS, al afirmar con relación al control de convencionalidad que «es un instrumento eficaz para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales. Su éxito dependerá del acierto de las sentencias de la Corte Interamericana, y de la voluntad de seguimiento de los tribunales nacionales» (Néstor Pedro SAGÜÉS: «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad», en *Estudios Constitucionales*, año 8, n.º 1, 2010, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, p. 117).

SEGUNDA PARTE

**Informes por países de jurisprudencia relevante
en materias de justicia constitucional
y derechos fundamentales
2010-2011**

**Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia,
Costa Rica, Guatemala, Perú, Uruguay, Venezuela**

Pronunciamientos significativos de la Corte Suprema de Justicia argentina (2010-2011). Consolidación de estándares sustentables en sectores de la justicia constitucional y los derechos fundamentales

Víctor Bazán*

I. BREVÍSIMA INTRODUCCIÓN

Este reporte meramente enunciativo del período 2010-2011 incluirá sumarias observaciones relativas a un conjunto de fallos de interés en materias de justicia constitucional y derechos humanos, temáticas centrales de incumbencia del grupo de estudios de cuyo trabajo la presente publicación es fruto.

* Profesor titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público y fundador y actual director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor invitado de posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en diversas universidades argentinas y del exterior. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (París); de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional; del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (del que forma parte de su junta directiva); de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (en la que integra su comité ejecutivo); de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (donde ha ocupado diversos cargos directivos, entre ellos el de director de la Sección de Derechos Humanos en los períodos 2005-2007, 2007-2009 y 2009-2011). Vicepresidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho para Latinoamérica de la Universidad de Chile. Miembro del Grupo de Estudios por el Pluralismo Jurídico en Latinoamérica (PRUJULA) del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Integrante de la Unidad de Investigación de la Universidad de Bolonia (Italia), en el ámbito del proyecto universitario PRIN sobre el tema «La doctrina en la jurisprudencia constitucional». Investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Todas las sentencias que relevaremos corresponden a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN o Corte), cabeza del Poder Judicial y, en cuanto tal, órgano de cúspide de la jurisdicción constitucional en Argentina.

II. RASGOS, CONTENIDO Y ALCANCES DE LA RESEÑA

Más allá de abordar algún decisorio sobre facetas de derechos no analizadas puntualmente en reportes anteriores, un rasgo saliente del presente es que se incluirán resoluciones que exhiben puntos de conexión temática con otras que sí fueron anotadas anteriormente y que operan como útiles componentes del trazado jurisprudencial de la CSJN en parcelas significativas del área de los derechos fundamentales.

En primer lugar, y tal como deslizáramos en nuestro informe obrante en la anterior publicación de esta colección, *continúan evidenciándose dificultades para efectivizar ciertos pronunciamientos del máximo órgano de justicia constitucional*.¹ Justamente, revisaremos aquí determinados episodios de una saga de fallos paradigmáticos en tal sentido, emitidos en la causa *Sosa, Eduardo Emilio c. Provincia de Santa Cruz*, que exhiben claramente el citado déficit de operatividad.

Asimismo, y en línea con uno de los decisorios que examináramos en el número inaugural de este repertorio² (*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad*),³ enfocaremos el recaído *in re Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación*, que incrementa el tenor de preceptividad que la CSJN asigna a la tarea de llevar adelante el *control de convencionalidad*.

Algo semejante ocurrirá con el caso *Editorial Perfil S. A. y otro c. Estado Nacional, Jefatura de Gabinete de Ministros*, que aquí repasaremos y que también se vincula estrechamente con lo resuelto por el alto tribunal en un fallo focalizado en el susodicho

1 Víctor BAZÁN: «La Corte Suprema argentina y algunos fallos relevantes en materia de derechos fundamentales en el período 2009-2010», en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011, en esp. pp. 107-108.

2 Víctor BAZÁN: «Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina», en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela. 2009*, Montevideo, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010, pp. 26-27.

3 *Fallos*, 330:3248, de 13 de julio de 2007.

Los alineamientos fueron: por la mayoría, los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el juez Fayt y en disidencia parcial lo hizo la ministra Argibay.

primer ejemplar de esta serie.⁴ Aludimos a la causa *Editorial Río Negro S. A. c. Provincia del Neuquén s/ Acción de amparo*.⁵ Ambos pronunciamientos reconducen a un asunto hipersensible y primordial para el Estado constitucional, la consolidación de la democracia y la formación de una opinión pública saludable y plural: *la distribución por el Estado nacional de la publicidad oficial a los medios de comunicación*.

En dirección convergente, revisaremos la sentencia emitida *in re Méndez, Daniel Roberto s/ Recurso de casación*, que se asocia intensamente y añade ingredientes a lo decidido por la CSJN en *Verbitsky, Horacio*,⁶ causa que también fuera objeto de análisis en el número inaugural de esta serie.⁷ La impronta común que la CSJN inculca a las resoluciones se inscribe en el marco de las pautas y estándares de *protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad*.

Para cerrar el señalamiento jurisprudencial que da contenido a esta contribución, examinaremos el pronunciamiento emitido en el caso *R. P., R. D. c. Estado Nacional, Secretaría de Inteligencia del Estado*, en materia del *proceso constitucional de hábeas data*, tema al que no nos habíamos acercado en anteriores oportunidades por lo que aprovecharemos este espacio para efectuar anotaciones panorámicas a su respecto.

En suma, exploraremos un quinteto de aspectos centrales en los ámbitos de la justicia constitucional y los derechos fundamentales: i) la endeblez que ciertos fallos de la CSJN muestran a la hora de ser cumplidos; ii) la problemática del control de convencionalidad; iii) la protección de la libertad de expresión por medio de una justa, sustentable y transparente distribución por el Estado de la publicidad oficial; iv) los estándares tuitivos básicos de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad (que por supuesto incluyen a sus derechos sociales); y v) el proceso constitucional de hábeas data.

4 Víctor BAZÁN: «Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina», en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales [...]*. 2009, o. cit. en nota 2, pp. 28-29.

5 *Fallos*, 330:3908, de 5 de septiembre de 2007. Fue resuelto por mayoría, integrada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni; votando concurrentemente con ellos el juez Fayt; por su parte, las disidencias correspondieron en forma individual al ministro Maqueda y conjunta a los jueces Petracchi y Argibay.

6 *Fallos*, 328:1146, de 3 de mayo de 2005. También fue decidido mayoritariamente. La moción triunfante quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti; en disidencia se expidió el juez Boggiano y, también disidentemente —aunque solo en forma parcial— lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

7 Víctor BAZÁN: «Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina», en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales [...]*. 2009, o. cit. en nota 2, pp. 19-21.

III. RECORRIDO JURISPRUDENCIAL

1. Sosa, Eduardo Emilio c. Provincia de Santa Cruz

La génesis de la cuestión comienza a configurarse en el momento en que el Poder Legislativo de la Provincia de Santa Cruz dictó la ley n.º 2404 de 1995, por medio de la cual eliminó el cargo de procurador general ante el Tribunal Superior de Justicia que era ocupado en ese momento por el doctor Eduardo Emilio Sosa, quien gozaba de estabilidad de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución local.

Desde entonces, el doctor Sosa se embarcó en una larga y penosa lucha judicial —que lleva más de una década y media— con sentencias del citado Tribunal Superior provincial, la CSJN y actuaciones en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En una breve aproximación a la saga *Sosa*, se aprecia que desde el 30 de junio de 1998 las autoridades de aquella provincia han desobedecido sistemáticamente las diversas sentencias emitidas por la CSJN encaminadas a restituir en sus funciones al doctor Sosa, de las que fuera arbitrariamente separado.

Ante tal inveterada renuencia (incluso a reubicarlo en el cargo de agente fiscal ante dicho Tribunal local), y entre otras resoluciones, en el fallo de 14 de septiembre de 2010 la Corte Suprema Nacional dispuso:⁸ i) remitir copia certificada de las piezas pertinentes a la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia para que, por quien corresponda, *se investigue la posible comisión de un delito de acción pública*; y ii) comunicar la sentencia al Congreso de la Nación, a los fines de que *adopte las medidas que considere pertinentes respecto de la situación sobre la que le informaba*.

Acerca de este último punto, en el considerando 7.º, la Corte puntualizó:

La Constitución Nacional autoriza al Congreso de la Nación a garantizar la forma republicana de gobierno (artículos 6^º y 75 inciso 31^º), que se vería privada de la base misma

8 Fallos, 333:1771. Fue firmado coincidentemente por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

9 En su art. 6, la Constitución Nacional (CN) dispone: «El Gobierno federal *interviene* en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia» (remarcado agregado).

10 El art. 75, inc. 31 de la CN consagra la atribución del Congreso de la Nación de disponer la *intervención federal* a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires, o aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

que la sustenta si se ignorasen las atribuciones que el texto constitucional reconoce a esta Corte para la resolución de controversias con carácter final, quedando desquiciadas las funciones estatales, con el consiguiente desamparo de las garantías constitucionales.

El pronunciamiento de marras, de modo no precisamente subliminal, sugería así al Congreso analizar la alternativa de disponer la *intervención federal* a la citada provincia.

Sea como fuera, el grave conflicto de poderes que en aquel momento se suscitó hoy aparece apaciguado o adormecido al calor de otros graves problemas políticos y sociales que sacuden al país: creciente inflación, desaceleración de la economía, trabas absolutamente irrazonables e inconstitucionales a la compra de dólares por los ciudadanos, medidas restrictivas inusitadas a las importaciones, denuncias penales que envuelven al vicepresidente de la Nación, ahogo financiero a la provincia de Buenos Aires conducida por un gobernador que no goza de la simpatía de la Presidencia de la Nación, etcétera.

Sin embargo, el problema matricial subsiste: déficit de cumplimiento de ciertos pronunciamientos de la Corte Suprema, que también se verifica en otros numerosos fallos, como los ya mencionados en el ap. anterior, *Editorial Río Negro S. A.* y *Editorial Perfil S. A. y otro*.

El precedente identificado en último término será objeto, más adelante, de una sumaria referencia.

2. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación

Previo a detenernos en la resolución que indica el título, corresponde recordar que en un caso anterior (ya nombrado aquí), *Mazzeo*, la CSJN por mayoría se expidió por la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (cf., por ejemplo, el considerando 31 de la moción triunfante).

Para dar cuerpo a tal decisión, en el considerando 21 de la posición mayoritaria aludió explícitamente a la pauta sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el párrafo 124 de la sentencia recaída en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, donde esta sostuvo:¹¹

11 Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154.

La Corte es consciente [de] que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.* [remarcado añadido]

Ya en el caso *Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación*,¹² de 31 de agosto de 2010, la CSJN dio otro importante paso en la materia, al apoyarse (en los considerandos 8.º y 10) en la doctrina sentada por la Corte IDH en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*.¹³ En esta sentencia, el Tribunal Interamericano subrayó que:

[...] los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes [...]. [párrafo 128]

Sin duda, el criterio plasmado por la CSJN (uno de los tribunales pioneros en América Latina en seguir la ruta marcada en la materia por la Corte IDH) es tan importante como razonable. Es que, entre otros aspectos, la aplicación de oficio del control de convencionalidad es un reflejo del deber general que pesa sobre los jueces locales de *acatar la jurisprudencia internacional*; además, constituye una *cuestión de derecho* y no de hecho, por lo que aquellos pueden moverse válidamente con independencia de las pretensiones de las partes del proceso en cuestión; y, por último, queda validada por el principio *iura novit curia*, en cuanto a

12 *Fallos*, 333:1657. Votaron de modo coincidente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

13 Corte IDH, caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158.

que recae en la judicatura actuante la selección del derecho aplicable para dirimir una causa particular.¹⁴

3. Editorial Perfil S. A. y otro c. Estado Nacional, Jefatura de Gabinete de Ministros

La senda argumental labrada en la citada causa *Editorial Río Negro S. A.*¹⁵ ha sido afianzada en el caso nombrado en el rótulo de este subapartado,¹⁶ resuelto por mayoría¹⁷ el 2 de marzo de 2011.

Debe admitirse que este fallo añade un plus de importancia al estándar en la materia ya que, a diferencia del primero de los casos individualizados, en este último la sentencia involucra directamente al Estado nacional y no a uno provincial como en *Editorial Río Negro S. A.*, que envolvía a la provincia del Neuquén, aunque ello no empaña la importancia de la valiosa línea argumental que trazara.

Moviéndonos hacia la causa que anotaremos sucintamente, sus antecedentes revelan que «Editorial Perfil S. A.» y «Diario Perfil S. A.» dedujeron acción de amparo contra el Poder Ejecutivo nacional —Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros—, con el objeto de que se ordenara a esa autoridad el cese inmediato de la política discriminatoria que tales empresas alegaban y que consistía en excluir de la pauta publicitaria a todas sus publicaciones. En primera instancia se rechazó la acción, aunque luego el tribunal de alzada revocó la sentencia. Contra este último pronunciamiento, el Estado nacional dedujo recurso extraordinario, que fue concedido parcialmente. A su tiempo, la Corte Suprema confirmó el fallo recurrido.

En definitiva, apoyándose en el varias veces aludido *dictum Editorial Río Negro S. A.*, la mayoría del alto tribunal reafirmó que:

14 Sobre el tema, véase *supra* en esta misma publicación Víctor BAZÁN: «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas», *passim*. También, y entre otros estudios del mismo autor, pueden compulsarse: «En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2010, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, pp. 151-177; «El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial», en *La Ley. Actualidad*, año LXXV, n.º 22, Buenos Aires, 1 de febrero de 2011, pp. 1-4.

15 Identificada *supra*, en nota 5.

16 *Fallos*, 334:109.

17 Por la mayoría votaron los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Zaffaroni; en voto concurrente conjunto se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay; mientras que en concurrencia individual lo hizo el ministro Maqueda.

- la decisión del Estado de dar o no publicidad permanece dentro del ámbito de su discrecionalidad, pero si opta por concederla debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: i) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios sobre la base de criterios discriminatorios; y ii) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión, por lo que tiene a su disposición muchos criterios distributivos pero, cualquiera sea el que utilice, debe mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones; y
- el gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que llegan indirectamente a ese resultado, es decir, que basta con que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se produzca un supuesto de afectación a dicha libertad, y no resultan necesarios la asfixia económica o el quiebre del diario, supuesto que, por otro lado, se configuraría en casos de excepción. La afectación económica debe examinarse no solo en relación con la pérdida por no recibir publicidad oficial, sino también por la disminución en la venta de diarios en tanto muchos lectores se verían obligados a informarse por otros medios acerca de la gestión pública.

Por su parte, del voto concurrente de los jueces Petracchi y Argibay se desprende lo siguiente: si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente, que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo, y si ello gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio, no es aventurado sostener que unos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla; la intención ilícita no es condición *sine qua non* para que se configure una violación a la libertad de prensa, por lo que es irrelevante que se haya actuado o no con ánimo de discriminar al medio en razón de sus ideas y que este haya probado o no tal intención, ya que, a los efectos de brindar la protección que deriva de los artículos 14¹⁸ y 32¹⁹ de la Constitución nacional, es

18 Norma que establece, en la parte pertinente: «Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] *de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa*; [...]» (énfasis agregado).

19 Precepto que dispone: «El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan *la libertad de imprenta* o establezcan sobre ella la jurisdicción federal» (énfasis agregado).

suficiente con que resulte un tratamiento desperejo y que este no se encuentre debidamente justificado.

Finalmente, el ministro Maqueda —reenviando a su disidencia *in re Editorial Río Negro S. A.*, aunque adaptándola al presente caso— advirtió que si un medio de prensa demuestra una restricción en la distribución de la publicidad oficial que lo afecta, esa conducta podría tener por objetivo una voluntad de silenciamiento de un medio opositor; y el Estado Nacional debería cumplir con la carga de aportar algún tipo de justificación independiente y suficiente de la conducta discriminatoria en la que incurrió. Añadió que al no haber aportado ningún elemento en ese sentido, correspondía concluir que en la causa se configuraron los requisitos que habilitaban la procedencia de la acción de amparo, por lo que procedía confirmar la sentencia recurrida.

Resumiendo, *Editorial Perfil S. A.* representa una fusión argumental de la mayoría en *Editorial Río Negro S. A.* y la minoría en un fallo anterior, *Emisiones Platenenses S. A.*,²⁰ confluyendo en la percepción del Tribunal en punto a que la discrecionalidad en el manejo de la distribución de publicidad oficial debe adaptarse a un criterio objetivo razonable que, desde luego, excluye la arbitrariedad.

Cerramos este punto poniendo énfasis en que, pese a la trascendencia del tándem de decisorios relevados (*Editorial Perfil S. A.* y *Editorial Río Negro S. A.*), que cristalizan un criterio laudable y jurídicamente sustentable, justo es reconocer que la situación del reparto de la publicidad oficial (sin duda, una *moderna forma de censura*), continúa siendo un área delicada de manejo discrecional (con un fuerte sesgo arbitrario) por el Poder Ejecutivo nacional.

Con ello, queda en evidencia una vez más que determinados pronunciamientos de la CSJN caen en una cuasi inocuidad en la medida en que *afecten o rocen* ciertos intereses político-partidistas (del oficialismo gobernante) o sensibles espacios de poder.²¹

20 *Fallos*, 320:1191, de 12 de junio de 1997. La mayoría quedó conformada con los ministros Nazareno, Belluscio, Boggiano, López y Vázquez; mientras que en disidencia conjunta se pronunciaron los jueces Fayt, Petracchi y Bossert.

21 Sobre este y otros temas relacionados con la libertad de expresión y las amenazas que contra ella se ciernen, véase Víctor BAZÁN, por ejemplo en: «Confluencias y fricciones entre la libertad de información y los derechos a la honra y a la vida privada», en *El Derecho. «Serie Constitucional»*, Buenos Aires, 20 de junio de 2008, pp. 1-12; y en fecha más cercana: «Breves reflexiones sobre la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información pública», en *La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 9 de noviembre de 2011, pp. 12-19.

4. Méndez, Daniel Roberto s/ Recurso de casación

En este caso,²² de 1 de noviembre de 2011, la CSJN (que cita en varios párrafos a la nombrada resolución emitida en *Verbitsky*) declaró unánimemente²³ la inconstitucionalidad del artículo 121.c de la ley n.º 24660,²⁴ de ejecución de la pena privativa de la libertad, que dispone que «[l]a retribución del trabajo del interno, deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social, se distribuirá simultáneamente en la forma siguiente: [...] c) 25 % para costear los gastos que causare en el establecimiento».

Precisó que ello no solo frustra y desvirtúa los propósitos de la ley en la que se encuentra inserto —sustentar el fin de readaptación social del condenado—, sino que colisiona con enunciados de jerarquía constitucional, siendo deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía constitucional, sin que se trate de apreciar el mérito, conveniencia u oportunidad de una norma dictada por el legislador, cayendo la cuestión bajo la jurisdicción de la Corte, dado que al Poder Judicial le compete garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias (considerando 6.º, párrafo 5.º).

Luego de señalar que la readaptación social del penado resulta no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo *superior* de ese sistema, acotó que del texto constitucional y de los tratados internacionales con dicha jerarquía (artículos 18 y 75, inciso 22,²⁵ de la CN), surge que:

pesa sobre el Estado el deber de custodia de todas las personas que están sometidas a detención preventiva o condena y que dicho deber estatal debe llevarse a cabo con el debido respeto de los derechos fundamentales reconocidos por dichas normas, en el marco de los estándares internacionales. [considerando 3.º, párrafo 1.º]

Antes había advertido que, no por su elevado emplazamiento, dicho objetivo consiente toda medida por el solo hecho de que se la considere dirigida a su logro,

²² *Fallos*, 334:1216.

²³ Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

²⁴ *Boletín Oficial* (BO) de 16 de julio de 1996.

²⁵ Para compulsar el contenido del art. 75, inc. 22 de la CN, véase *supra* en este mismo libro, Víctor BAZÁN, «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas», o. cit., nota 57 a pie de página.

pues no resulta admisible que, so color de la mentada readaptación, el Estado ponga la satisfacción —total o parcial— de obligaciones propias en cabeza del interno (id. consid.).

El anunciado artículo 18 de la CN dispone que *las cárceles serán sanas y limpias para resguardo y no para castigo de los detenidos en ellas* —cláusula que según la Corte Suprema tiene contenido operativo—, por lo que se impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y la responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el *respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral* (considerando 3.º, párrafo 2.º).

Agregó el alto tribunal en idéntico segmento del considerando que, más aún, «las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones» a dichas obligaciones, pues ello «sería tanto como subvertir el Estado de derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella» (artículo 5.2 de la CADH).²⁶

Apoyándose en diversos documentos internacionales con jerarquía constitucional, instrumentos de *soft law* e *inter alia*, jurisprudencia de la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, trasuntó la idea de que por la «relación e interacción especial de sujeción» que se establece entre el interno y el Estado (considerando 5.º), *este no puede dejar de cumplir respecto de aquel sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales*.

5. R. P., R. D. c. Estado Nacional, Secretaría de Inteligencia del Estado

En este fallo, de 19 de abril de 2011, la CSJN dejó en claro que las disposiciones de la ley n.º 25326²⁷ de Protección de los Datos Personales (LPDP), la ley n.º 25520²⁸ (de Inteligencia Nacional) y el decreto n.º 950/2002²⁹ (reglamentario de esta última ley), conferían al actor el *derecho de obtener toda la información que pudiera existir en la Secretaría de Inteligencia y fuera útil para acceder al beneficio jubilatorio que invoca-*

26 El art. 5 de la CADH lleva por título «Derecho a la integridad personal». Su num. 2 determina: «Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

27 BO de 2 de noviembre de 2000 (fue observada por el Poder Ejecutivo, por medio del decreto n.º 995/2000). La citada ley fue reglamentada por el decreto n.º 1558/2001 (BO de 3 de diciembre de 2001).

28 BO de 6 de diciembre de 2001.

29 BO de 6 de junio de 2002, con fe de erratas en BO de 11 de junio de 2002.

ba; pero, para que tal derecho tuviera efectiva concreción, la Secretaría se encontraba obligada a manifestar si tenía o no los datos requeridos. Y si los tuviese, solo podría negarse a revelarlos en los términos del artículo 17, incisos 1.º y 2.º, de la LPDP, es decir, mediante decisión fundada en mérito a la defensa de la Nación, el orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros.

La citada sentencia complementa lo resuelto en *Ganora, Mario Fernando y otras/ Hábeas corpus*,³⁰ dirimido por mayoría³¹ en época anterior al dictado de la LPDP. En esta causa se dispuso que, en principio, la obtención de información sobre datos de carácter personal obrantes en organismos y fuerzas de seguridad encontraba adecuación legal en la acción de hábeas data, sin perjuicio de que el suministro de tal información pudiera, eventualmente, afectar la seguridad, la defensa nacional, las relaciones exteriores o una investigación criminal, cuestión que en cada caso debería ser invocada por el titular de la institución requerida y, a nuestro juicio, meritada por la autoridad judicial interviniente para verificar si mediaba un interés público relevante para restringir el derecho de autodeterminación informativa o si, por el contrario, no concurría en el caso la trascendencia exigible para relevar al organismo de su obligación de informar.

En aquel momento sostuvimos que la carencia de norma reglamentaria del artículo 43, párrafo 3.º de la CN³² (que se configuraba a la época de dicha resolución, 1999) no enervaba la potencialidad del proceso constitucional analizado. Por el contrario, argumentábamos que la falta de reglamentación enraizada en una omisión legislativa no resultaba oponible al justiciable y, en el interregno hasta el nacimiento de dicho dispositivo legal, el juez —de cara al proceso de hábeas data— debía dotarlo de razonable flexibilidad y expedirse por su admisión cualquiera fuese la vía mediante la cual se lo intentara.³³

30 *Fallos*, 322:2139, de 16 de septiembre de 1999.

31 La mayoría quedó compuesta por los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio y López; mientras que los ministros Fayt, Petracchi, Boggiano, Bossert y Vázquez se expidieron por medio de mociones concurrentes individuales.

32 Tal tramo del art. 43 se refiere al hábeas data, aunque sin emplear explícitamente tal denominación. Dispone que toda persona podrá interponer acción «para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística».

33 Al respecto, véase Víctor BAZÁN, por ejemplo, en: «El hábeas data y sus peculiaridades frente al amparo», en *Revista de Derecho Procesal [Amparo. Hábeas data. Hábeas corpus. I]*, n.º 4, Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 215-268; «El hábeas data y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa dirigido a acceder a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad y a requerir

A modo de digresión, recordamos que también desde hace tiempo venimos planteando que el *hábeas data* es un mecanismo tuitivo autónomo del proceso de amparo y que el bien jurídico que protege es también específico. Aludimos, respecto de esta última parte del aserto, al *derecho de autodeterminación informativa*, que presenta una doble dimensión: *sustancial o material*, como derecho en sí mismo; e *instrumental*, como sustento de otros derechos y libertades.

Precisamente, algunos de tales aspectos han sido puestos de relieve por la CSJN. Así, en el caso *Martínez, Matilde S. c. Organización Veraz S. A.*,³⁴ de 5 de abril de 2005, fijó su posición en cuanto a la autonomía del *hábeas data*, concibiéndolo como un instituto independiente del amparo, al puntualizar que los parámetros para juzgar la procedencia de la acción de protección de los datos personales son los establecidos en el artículo 33 de la LPDP,³⁵ pese a lo preceptuado en el artículo 37, *ibídem*.³⁶

Dichas apreciaciones se desprenden del voto mayoritario, firmado por los ministros Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. Una posición convergente en relación con la naturaleza autónoma del *hábeas data* puede extraerse del considerando 4.º del voto concurrente de la ministra Argibay; y en los considerandos 6.º y 7.º de la disidencia de la jueza Highton de Nolasco, cuya posición podría sintetizarse puntualizando que no cabe sujetar la procedencia de la acción de *hábeas data* a recaudos propios de la acción de amparo.³⁷

información sobre personas desaparecidas», en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, n.º 0, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales y Universidad de Lanús, Ad-Hoc, 2001, pp. 175-205; y más recientemente, «El *hábeas data* como proceso constitucional autónomo», en AA. VV.: *VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, t. II, Santo Domingo, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Comisión Nacional de Ejecución de la Reforma Procesal Penal y Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 192-238.

34 *Fallos*, 328:797.

35 El citado art. 33 de la LPDP, relativo a la procedencia de la acción, dispone: «La acción de protección de los datos personales o de *hábeas data* procederá: a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquellos; b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización».

36 Dicha norma, referida al procedimiento aplicable, determina: «La acción de *hábeas data* tramitará según las disposiciones de la presente ley y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo».

37 Además de los magistrados individualizados en el texto, participaron de la sentencia —con sendas disidencias— los doctores Belluscio y Boggiano.

IV. EPÍLOGO

I. Las líneas salientes que ofrece el panorama jurisprudencial descripto muestran:

- la persistencia de dificultades para lograr la plena eficacia de determinados fallos de la CSJN, fundamental pero no exclusivamente en casos con trascendencia institucional (v. gr., *Sosa*);
- la intensificación de la posición de permeabilidad del alto tribunal respecto del caudal vinculante del control de convencionalidad, el que puede (y debe) ser desarrollado de oficio por los jueces (*Mazzeo* y *Videla*); y que, añadimos por nuestra parte, de conformidad con jurisprudencia relativamente reciente de la Corte IDH, constituye función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial;³⁸
- la cristalización por la CSJN de una doctrina jurisprudencial auspiciosa en el sensible ámbito del reparto por el Estado de la pauta de publicidad oficial como medio para garantizar la libertad de expresión (asuntos *Editorial Río Negro S. A.* y *Editorial Perfil S. A. y otro*), aunque los pronunciamientos en tal sentido chocan con una cruda y dura realidad: la discrecionalidad e inequidad del manejo de tal atribución por las autoridades estatales, que circunvalan la exigencia de distribuirla conforme a criterios objetivos y razonables;
- la conformación de ciertos ejes tuitivos a partir del umbral infranqueable que conforman las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas,³⁹ a las que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana, postulado que fijara *in re* Verbitsky. A ello se adiciona el fortalecimiento del criterio en punto a que pesa sobre el Estado el deber de custodia de todas las personas que están sometidas a detención

38 Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, párr. 239.

Al respecto, véase Víctor BAZÁN, por ejemplo, en: «Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, 2.º semestre 2011, Valencia, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, 2012, pp. 63-104.

39 Adoptadas en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 663-C-31-7-57, complementada por la resolución 2076-13-5-77.

preventiva o condena y que dicho deber estatal debe llevarse a cabo con el adecuado respeto de los derechos fundamentales, al tiempo de tomarse en consideración que, por la relación y la interacción especiales de sujeción que se genera entre el interno y el Estado, este no puede omitir respecto de aquel sus deberes en el sensible ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales (caso *Méndez*); y

- en torno al hábeas data y el acceso a los datos personales obrantes en archivos, bases o bancos de datos vinculados con actividades estatales de seguridad e inteligencia, tal derecho puede ser ejercido por el titular o interesado, y está obligado el órgano público concernido a manifestar si tiene o no los datos requeridos. En caso de que los poseyese, solo podría negarse a revelarlos por medio de decisión fundada sustentada en razones de defensa de la nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros (causas *Ganora* y *R. P., R. D.*).

2. Ya desde una perspectiva genérica,⁴⁰ los perfiles salientes de la trayectoria jurisprudencial reciente de la CSJN en materia de derechos humanos revelan (salvo algunos fallos discutibles) una propensión a acatar los dictados del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en lo que hace a las cláusulas de los instrumentos internacionales (incluso ciertos documentos de *soft law*), como respecto de la interpretación de los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de supervisión de los distintos sistemas tutelares en la materia.

La anterior aserción se verifica tanto respecto del esquema interamericano, con la Corte IDH en la cúspide, cuanto de las instancias universales, encarnadas —*inter alia*— en el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ello supone que semejante temperamento jurisdiccional se ha centrado no solo en facetas atinentes a los derechos civiles y políticos, sino que ha abarcado a los derechos de incidencia colectiva y a los derechos económicos, sociales y culturales.

Ha generado, así, un significativo aporte para eliminar los obstáculos que suelen impedir el goce real de estos últimos, que no tienen menor entidad que los civiles y políticos y que, por tanto, no pueden mantenerse mediatizados al influjo de

40 En este punto, véase Víctor BAZÁN: «La Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunas líneas jurisprudenciales salientes en materia de derechos fundamentales», en *La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 29 de marzo de 2012, pp. 1-31.

un malentendido concepto de *progresividad* concebido como letargo o pasividad estatales *sine die*, sino que, por el contrario, debe pensarse en términos de *dinamismo y evolución sustentables*; parámetro que, a su vez, exige ser conjugado con la *prohibición de regresividad injustificada*.⁴¹

41 Sobre la problemática de los derechos económicos, sociales y culturales, puede compulsarse de Víctor BAZÁN, por ejemplo: «Vías de maximización protectoria de los derechos económicos, sociales y culturales», en *La Ley*, t. 2007-D, Buenos Aires, pp. 1135-1149; «La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales», en Víctor BAZÁN (dir.): *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos), Ediciones Legales, 2009, pp. 257-300; «Justicia constitucional y protección del derecho fundamental a la salud en Argentina», en *Opus Magna. Constitucional guatemalteco*, t. III, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, Corte de Constitucionalidad, 2011, pp. 233-288.

Justicia constitucional y derechos fundamentales en Bolivia. Avances y retrocesos

José Antonio Rivera S.*

I. CONTEXTO

Resulta necesario recordar que el Estado Plurinacional de Bolivia cuenta con un modelo europeo o *kelseniano* de control de constitucionalidad, con algunos resabios del modelo americano o de la *revisión judicial*, pues el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), por mandato del artículo 196 de la Ley Fundamental del Estado, es el máximo guardián e intérprete de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

También es importante recordar que el TCP, en materia de protección de los derechos fundamentales, conoce y resuelve, en revisión de oficio, las acciones tutelares siguientes: acción de libertad (hábeas corpus), acción de amparo constitucional, acción de protección de privacidad (hábeas data), acción de cumplimiento y acción popular; estas acciones tutelares son sustanciadas y resueltas en única instancia por los juzgados públicos por materia, los juzgados públicos mixtos o las salas de los tribunales departamentales de justicia.

El Estado Plurinacional de Bolivia se encuentra en un proceso de transición del sistema constitucional configurado por la Constitución de 1967, con reformas introducidas en los años 1994 y 2004, hacia un nuevo sistema constitucional configurado por la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009.

* Magíster en Derecho Constitucional. Ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Presidente del Colegio de Abogados de Cochabamba. Catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba. Docente invitado de la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca. Docente de posgrado en la Universidad Gabriel René Moreno de Santa Cruz, la Universidad Andina Simón Bolívar, la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, la Universidad Mayor San Andrés de La Paz, la Universidad Domingo Sabio de Santa Cruz y la Universidad Los Andes de La Paz. Autor de varios libros y ensayos sobre derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos.

En el nuevo sistema constitucional, el TCP está integrado por siete magistrados titulares y siete magistrados suplentes, todos ellos elegidos por voto directo y sufragio universal. Los magistrados titulares y suplentes fueron elegidos el 16 de octubre de 2011, habiendo prestado el juramento de fidelidad a la Constitución y asumido sus funciones el 3 de enero de 2012, fecha en la cual también entró en vigencia plena la ley n.º 027 del TCP.

Para lograr que la transición en el ámbito judicial y del control de constitucionalidad sea ordenada, la Asamblea Legislativa Plurinacional ha expedido la ley n.º 212 de Transición para el Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura y TCP. Por previsión del artículo 20 de la mencionada ley, la Sala Plena del TCP debe conformar una sala liquidadora transitoria, conformada por cinco magistrados suplentes,¹ con la finalidad de que proceda a resolver todos los procesos constitucionales ingresados hasta el 31 de diciembre de 2011, en el marco de la ley n.º 1836, en un plazo que no deberá exceder de veinticuatro meses; esto supone que esa sala liquidadora debe resolver más de dos mil procesos constitucionales ingresados hasta el 31 de diciembre de 2011 y que se encuentran acumulados, entre los que se tienen las acciones tutelares.

En vigencia plena de la ley n.º 027 del TCP, los magistrados titulares que asumieron sus funciones han elegido al presidente del Tribunal, cargo que recayó en la persona del magistrado Ruddy José Flores Monterrey; también han organizado las tres salas especializadas con la siguiente conformación: Sala Primera: magistrados Efrén Choque Capuma (presidente) y Soraida Chanez Chiré; Sala Segunda: magistradas Neldy Andrade Martínez (presidenta) y Ligia Mónica Velázquez; y Sala Tercera: magistrados Gualberto Cusi Mamani (presidente) y Mirtha Camacho Quiroga. Finalmente ha sido conformada la Sala Liquidadora Transitoria, conformada por los siguientes magistrados suplentes: Blanca Isabel Alarcón Yampasi, Macario Lahor Cortez Chávez, Carmen Silvana Sandoval Landívar, Edith Vilma Oroz Carrasco y Zenón Hugo Bacarreza Morales.

Durante la gestión 2011, el Tribunal Constitucional ejerció sus labores jurisdiccionales con los magistrados y magistradas interinos que fueron designados

1 La disposición legal referida infringe la norma prevista por el art. 120.I de la Constitución que, como elemento esencial de la garantía judicial del debido proceso, consagra el derecho al juez natural independiente, competente e imparcial; toda vez que el magistrado suplente, al haber sido instituido para reemplazar al magistrado titular en casos de impedimento temporal o definitivo, no puede ejercer la función, por lo tanto, no puede ejercer competencia en forma simultánea con los magistrados titulares que se encuentran en ejercicio.

por el presidente del Estado, mediante decreto presidencial n.º 0432, de 17 de febrero de 2010.

En su labor de ejercer el control de constitucionalidad en defensa de la Constitución, así como en resguardo y protección de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha expedido jurisprudencia constitucional que presenta avances, pero también lamentables retrocesos, en la construcción de un Estado constitucional de derecho.

II. SENTENCIAS DE 2010 Y 2011

En el presente informe corresponde presentar la jurisprudencia constitucional de mayor relevancia emitida por el Tribunal Constitucional de Bolivia durante la gestión 2011, con relación a la protección de los derechos fundamentales.

A ese efecto se ha procedido a la selección de aquellas determinaciones adoptadas por el Tribunal Constitucional con mayor relevancia; ello en función de dos parámetros: el primero, porque constituyen un avance importante en materia de protección de los derechos fundamentales; y el segundo, porque constituyen un lamentable retroceso.

Seguidamente se presenta una recensión de aquellas sentencias constitucionales que han creado jurisprudencia que constituye un avance en materia de protección de los derechos fundamentales; para luego presentar aquellas que constituyen un retroceso.

1. La protección del derecho a la libertad física y el derecho a la vida frente a particulares

Se ha hecho una costumbre en el Estado Plurinacional de Bolivia que los centros hospitalarios y clínicas particulares procedan a la retención de aquellos pacientes que una vez recibida la atención médica y dados de alta por el profesional médico no pueden cancelar el costo de la atención médica recibida. Se trata de una retención de la persona como garantía para hacer efectivo el cobro de dinero por los servicios brindados; se aplica hasta tanto los familiares cancelen el monto adeudado. Esa determinación constituye una grave vulneración del derecho a la libertad física, y pone en amenaza de restricción el derecho a la vida; pero algo más grave, constituye una vulneración de la dignidad humana de la persona retenida.

Ante esas conductas ilegales, una persona afectada planteó el recurso de hábeas corpus, hoy acción de libertad, en contra del director de un centro hospita-

rio; situación ante la que el Tribunal Constitucional tomó la posición proactiva de conceder la tutela inmediata ordenando el pago de daños y perjuicios. Esa posición fue asumida en la sentencia constitucional SC 0288/99-R, de 29 de octubre, reiterada en la SC 1042/2000-R, de 9 de noviembre.

Sin embargo, a partir de una interpretación restringida de la norma prevista por el artículo 18 de la Constitución de 1967, el Tribunal Constitucional cambió de posición y determinó que el recurso de hábeas corpus, hoy acción de libertad, no procede contra particulares, argumentando que si el derecho a la libertad física es restringido por un particular, con la retención de pacientes en centros hospitalarios o clínicos, se configura el delito de privación indebida de libertad. Ante esa posición, el autor de este trabajo expresó de manera reiterada voto disidente.

Esa posición restringida del Tribunal Constitucional fue reconducida mediante la SC 00074/2010-R, de 3 de mayo, con fundamentos sustentados en la norma prevista por el artículo 125.II de la Constitución, misma que fue interpretada en sentido extensivo respecto a la legitimación pasiva para plantear la acción de libertad contra los particulares, interpretación que fue realizada en concordancia práctica con los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos. En la mencionada sentencia constitucional se argumentó lo siguiente:

[...] tanto los centros hospitalarios públicos como privados, lesionan el derecho a la libertad individual y de locomoción de los pacientes dados de alta o en su caso de aquellos que se nieguen a dar la alta, cuando con la retención —en sus instalaciones— pretenden coaccionar el pago de la deuda por cuentas de tratamiento médico e internación; en cuyo caso, corresponde conceder la tutela que brinda el artículo 125 de la CPE, que está destinada a proteger a toda persona que se creyere ilegalmente restringida o suprimida de su libertad personal y de locomoción, a consecuencia de actos de los funcionarios públicos o de personas particulares [...] ningún centro hospitalario o de salud público o privado debe retener a un paciente que no pueda cubrir los gastos que ha demandado su curación, toda vez que la norma prevé que las obligaciones de naturaleza patrimonial deben ejecutarse únicamente sobre el patrimonio del sujeto responsable, por tanto los nosocomios a través de sus unidades jurídicas, deberán constituir mecanismos legales que les permitan garantizar el cobro de la obligación, teniendo en cuenta la situación de indigencia, pobreza, beneficios, descuentos, programas asistenciales y otros promovidos por el Estado.

Ratificando la nueva posición de protección del derecho a la libertad física y derecho de locomoción, el Tribunal Constitucional, mediante la SC 0667/2010-R,

de 19 de junio, definió que el responsable por la retención indebida de un paciente en un centro hospitalario es el director del hospital o clínica. El argumento fue expuesto de la siguiente forma:

[...] el director de un hospital, sea privado o público, tiene el deber de verificar que en la institución a su cargo no se susciten situaciones irregulares, restrictivas de los derechos de sus pacientes, responsabilidad que emerge de sus funciones y atribuciones propias de máxima autoridad de un centro hospitalario, aun cuando no hubiese sido dicha autoridad quien dispuso o impidió la salida del hospital de un paciente por razones estrictamente económicas, pues corresponde a dicha autoridad asumir la responsabilidad por los hechos que se susciten bajo su dirección por parte del personal, y en su caso, al conocer una situación irregular lesiva de derechos, está en la obligación de corregirlos o subsanarlos, lo que no ocurrió en el presente caso.

Mediante la SC 0482/2011-R, de 25 de abril, el Tribunal Constitucional ha consolidado su posición de otorgar protección efectiva e inmediata al derecho a la libertad física y el derecho de locomoción en aquellos casos en los que sean vulnerados por actos o decisiones ilegales de particulares, cuando los responsables de un centro hospitalario o clínico privado proceden a la retención de un paciente como medio para lograr el pago por los servicios prestados.

Al consolidar la posición antes referida, el Tribunal Constitucional ha definido los presupuestos que deben concurrir para que la acción de libertad proceda contra los particulares que vulneran el derecho a la libertad física o derecho de locomoción, al retener pacientes en centros hospitalarios o clínicos; presupuestos que —según señala el Tribunal Constitucional— tienen la finalidad de lograr el equilibrio en la relación jurídica entre los centros hospitalarios o clínicos con los pacientes, evitando que la acción de libertad sea utilizada para eludir el pago de los gastos provocados en recuperar la salud del paciente.

2. La protección de los bienes de los menores de edad frente a la usucapión

En el ordenamiento jurídico civil del Estado Plurinacional de Bolivia, una forma de adquirir la propiedad sobre un bien mueble o inmueble es la de usucapión, que se opera mediante la posesión pacífica y continuada del bien por el tiempo que la ley señala. Según la norma prevista por el artículo 134 del Código Civil: «Quien en virtud de un título idóneo para transferir la propiedad adquiere de buena fe un

inmueble de alguien que no es su dueño, cumple la usucapión a su favor poseyéndolo durante cinco años contados desde la fecha en que el título fue inscrito»; esa forma de adquirir la propiedad sobre un bien inmueble se conoce como la usucapión quinquenal u ordinaria. De otro lado, por previsión del artículo 138 del mismo Código: «La propiedad de un bien inmueble se adquiere también por solo la posesión continuada durante diez años»; a esta forma de adquirir la propiedad se la conoce como usucapión decenal o extraordinaria.

La legislación civil sustantiva no ha previsto norma alguna que restrinja la posibilidad de que una persona pueda tomar posesión de un bien inmueble perteneciente a un menor de edad, y pueda plantear demanda de usucapión para adquirir la propiedad sobre el inmueble; motivo por el cual se han planteado demandas que fueron declaradas probadas, como el caso que motivó la emisión de la sentencia constitucional que se examinará a continuación.

El Tribunal Constitucional, en su SC 0773/2011-R, de 20 de mayo, en resguardo de los derechos de la niñez, adolescencia y juventud que consagra la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, así como las normas previstas por el Código de Familia, ha realizado una interpretación del artículo 136 del Código Civil desde y en conformidad con la Constitución, aplicando el principio *favoris debilis*, sobre cuya base ha creado una subregla definiendo que «[...] el cómputo del término de la usucapión de bienes de menores, debe iniciarse a partir del momento que el menor alcanza la mayoría de edad».

La jurisprudencia constitucional establecida en la SC 0773/2011-R, de 20 de mayo, que tiene fuerza vinculante, constituye una protección de los derechos de los menores de edad a la propiedad privada y a la garantía judicial del debido proceso; pues impedirá que se consuma la pretensión de aquellas personas que toman posesión de los bienes inmuebles de menores y luego plantean la demanda de usucapión para adquirir la propiedad sobre el bien inmueble, sin que el menor de edad tenga la oportunidad de asumir defensa de sus bienes en el proceso para hacer valer sus pretensiones y defender sus derechos.

3. Un lamentable retroceso en la protección del derecho al debido proceso en los procesos penales

Para resguardar y proteger el derecho a la garantía judicial del debido proceso, en su elemento del derecho a ser procesado en un plazo razonable sin dilaciones indebidas, la ley n.º 1970 del Código de Procedimiento Penal, en su artículo 133 ha previsto el plazo máximo de duración del proceso penal en tres años; de otro lado,

en su artículo 27, numerales 8 y 10, ha instituido la extinción de la acción penal por prescripción y por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso.

Tomando en cuenta la finalidad que persigue la extinción de la acción penal y dada la naturaleza jurídica de la excepción de extinción, el Tribunal Constitucional, en su SC 1709/2004-R, de 22 de octubre, definió lo siguiente:

[...] si bien se halla sujeta a un trámite, por sus efectos liberatorios y por los fundamentos en que se asienta, bien puede ser opuesta en momentos procesales distintos al desarrollo de la etapa del juicio; es decir también puede ser formulada ante los Tribunales competentes para sustanciar y resolver los medios impugnativos previstos por ley, pues, un entendimiento diferente posibilitaría la prosecución de un proceso penal e incluso la eventual posibilidad de imponerse una sanción por un delito cuya acción prescribió por el transcurso del tiempo fijado por ley, en cuyo caso la potestad punitiva del Estado ha perdido legitimidad.

Ello supone que, en el marco del activismo judicial, el Tribunal Constitucional realizó una interpretación extensiva de las normas procesales y prescindiendo del formalismo y ritualismo procedimentales determinó que la excepción debe ser tramitada y resuelta por el juez o tribunal que tenga en su conocimiento la causa principal, incluyendo las etapas recursivas del proceso penal. Esa definición fue reiterada por las sentencias constitucionales SC 0036/2005, de 16 de junio; SC 0305/2005-R, de 5 de abril, y SC 0245/2006-R, de 15 de marzo, habiendo sido consolidada por la SC 0430/2010-R, de 28 de junio.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional conformado por los magistrados interinos cambió radicalmente de posición, a partir de una aplicación literal y gramatical de las normas procesales y un anclaje en el ritualismo y formalismo procedimentales, mutando la jurisprudencia constitucional anteriormente referida. En efecto, mediante la SC 1,716/2010-R, de 25 de octubre, el Tribunal Constitucional ha definido lo siguiente:

En consecuencia, reiteramos el cambio de línea jurisprudencial en sentido de que el hecho que se pueda solicitar en cualquier etapa del proceso no implica que el Tribunal de Casación tenga competencia para conocer y resolver dicha petición, que como se tiene dicho en estricta aplicación de la competencia que nace exclusivamente de la ley, corresponde a los jueces de instancia, con la eventualidad de su impugnación en la vía incidental ante las Cortes Superiores de Distrito en sujeción al artículo 51 inc. 1 del CPP.

La nueva posición asumida por el Tribunal Constitucional, con relación a la instancia en la que debe ser sustanciada y resuelta la excepción de extinción de la acción penal por prescripción o por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso, significó una grave vulneración al derecho a las garantías judiciales del debido proceso, en sus elementos del derecho a ser procesado en un plazo razonable y del derecho al juez natural independiente, competente e imparcial. Ello por las siguientes razones:

- porque en aquellos casos en los que el expediente se encuentra en conocimiento del Tribunal Supremo de Justicia (antes Corte Suprema de Justicia), esperando turno por más de tres años para el sorteo y la resolución correspondiente del recurso de casación, deberá ser devuelto ante el juez o tribunal de instancia para que se tramite la excepción; dicho trámite demorará entre seis meses a dos años, si se toma en cuenta que la resolución emitida por el juez o tribunal de instancia podrá ser impugnada por vía de apelación,² con lo que se seguirá ampliando el tiempo de duración de la sustanciación del proceso penal.
- porque en el sistema procesal penal previsto por la ley n.º 1970 del Código de Procedimiento Penal, el tribunal de sentencia, integrado por dos jueces técnicos y tres jueces ciudadanos, se disuelve una vez emitida la sentencia, ya que el sistema recursivo es de reenvío, pues si el tribunal de apelación anula la sentencia se reenvía la acción penal a otro tribunal de sentencia; de manera que si la causal de extinción de la acción penal se opera en la fase de apelación o de casación, el tribunal de instancia no está legalmente conformado, por lo que la excepción tendría que ser tramitada por otro tribunal que carece de competencia.

Ante la situación referida, el Tribunal Constitucional ha modulado la jurisprudencia establecida en la SC 1716/2010-R, de 25 de octubre, definiendo que la excepción de extinción de la acción penal solamente podrá ser planteada por la parte interesada hasta antes de que se emita la sentencia.

En efecto, mediante la SC 1529/2011-R, de 11 de octubre, el Tribunal Constitucional ha modulado la jurisprudencia antes referida en los siguientes términos:

2 Uno de los graves problemas en el sistema judicial boliviano es la retardación de justicia, pues los recursos de apelación demoran en ser resueltos un promedio de dos años; y los recursos de casación un promedio de cuatro años.

De lo anotado precedentemente, es preciso modular la SC 1716/2010-R, de 25 de octubre, en cuanto a la oportunidad de plantear la excepción de la extinción de la acción penal, en estricta observancia de la previsión legal, en los siguientes términos: Corresponde en forma exclusiva a los jueces y tribunales de primera instancia conocer la excepción de extinción de la acción penal, que podrá formularse únicamente en la etapa preparatoria así como en el transcurso del juicio oral hasta antes de dictarse sentencia. Ante el rechazo de la excepción planteada en el juicio oral, el agraviado podrá reservarse el derecho de impugnarla como agravio de apelación restringida.

La posición asumida por el Tribunal Constitucional en su SC 1529/2011, de 11 de octubre, constituye un lamentable retroceso en la protección del derecho a la garantía judicial del debido proceso, en su componente del derecho a ser procesado en un plazo razonable.

Ello por las siguientes razones: porque se ha vaciado de contenido la excepción de extinción de la acción penal por prescripción o por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso penal, ya que las dos causales previstas por el artículo 27, numerales 8 y 10 de la ley n.º 1970 se operan también en la fase del recurso de apelación, así como en la fase del recurso de casación, etapas en las que, según la posición asumida por el Tribunal Constitucional, no podrá plantearse la excepción.

En el sistema procesal penal configurado y regulado por la ley n.º 1970 del Código de Procedimiento Penal, el plazo o término de prescripción de la acción penal empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o en que cesó su consumación, y solo se interrumpirá por la declaratoria de rebeldía del imputado, momento desde el cual el plazo se computará nuevamente; de manera que la apertura de la acción penal en sí misma no interrumpe el transcurso del plazo de prescripción, por lo que la prescripción puede operarse recién cuando el proceso se encuentre en trámite del recurso de apelación o del recurso de casación; sin embargo, en esos supuestos el procesado no podrá plantear la excepción de prescripción según la jurisprudencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional en su SC 1529/2011-R, de 11 de octubre.

Por otro lado, el plazo máximo de duración del proceso, previsto por el artículo 133 de la ley n.º 1970 del Código de Procedimiento Penal, generalmente vence cuando el proceso se encuentra en etapa de sustanciación del recurso de apelación o del recurso de casación; ello debido a las demoras injustificadas que se producen en esas etapas procesales. Normalmente en la etapa del juicio oral no se produce el vencimiento del plazo máximo de duración. En consecuencia, la posición asumida por el Tribunal Constitucional en su SC 1529/2011-R, de 11 de octubre, impide que

el procesado, víctima de la retardación de justicia, pueda hacer valer su derecho a un procesamiento en plazo razonable, con lo que se vacía de contenido la excepción de extinción de la acción penal prevista por el artículo 27.10 de la ley n.º 1970.

Con la posición asumida por el Tribunal Constitucional en su SC 1529/2011-R, de 11 de octubre, los procesos penales seguirán teniendo un promedio de duración de ocho años como sucede actualmente. Es preocupante que las acciones penales que fueron iniciadas en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1972, abrogado por la ley n.º 1970, todavía sigan en proceso en un número superior a los dos mil expedientes que se encuentran en curso de trámite, la mayoría de ellos en el Tribunal Supremo de Justicia, el que resolverá los recursos a través de su Sala de Liquidación en un plazo de 24 meses. En consecuencia, con la determinación objeto de análisis, se seguirán protegiendo las deficiencias del sistema procesal penal y la crónica retardación de justicia que se genera por la voluntad del Estado, con lo que se seguirá generando una sistemática violación del derecho a un procesamiento en plazo razonable, sometiendo a los imputados y procesados a un estado de permanente inseguridad.

Es importante recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de 30 de mayo de 1999, ha definido que el derecho a ser procesado en un plazo razonable «tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente»; y en su sentencia de 12 de noviembre de 1997, ha definido que:

[...] el principio de «plazo razonable» al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente [...]. Considera la Corte que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.

Al parecer, el Tribunal Constitucional tiene la creencia de que protegerá a la víctima del delito al inviabilizar el planteamiento y la resolución de la excepción de extinción de la acción penal en la fase de los recursos de apelación o de casación. Seguramente considera que al declararse la extinción de la acción penal la víctima se verá impedida de recibir la reparación de los daños civiles emergentes de la conducta delictiva; sin embargo, no ha tomado en cuenta que, si la acción penal es extinguida por una conducta ilegal asumida por los jueces o

magistrados, o los representantes del Ministerio Público, quienes han dado lugar a que el *ius puniendi* del Estado no sea ejercido oportunamente, por mandato expreso del artículo 113 de la Constitución, el Estado se hace responsable del resarcimiento de daños y perjuicios.

III. CONCLUSIONES

De las resoluciones seleccionadas y reportadas, a manera de conclusiones se puede inferir lo siguiente.

- En primer lugar, el Tribunal Constitucional, durante la gestión 2011 ha asumido posiciones que constituyen un importante avance en la labor de protección de los derechos fundamentales; principalmente, por un lado, en lo que concierne a la protección del derecho a la libertad física y del derecho a la locomoción frente a acciones ilegales e indebidas de personas particulares que los restringen; y, por otro, en lo referido a los derechos fundamentales de los menores de edad.
- En segundo lugar, en contraposición a ese importante avance, el Tribunal Constitucional también ha asumido una lamentable posición que constituye un retroceso en la labor de protección del derecho a la garantía judicial del debido proceso, en su componente del derecho a un proceso en plazo razonable, dando lugar a que se acentúe el crónico mal de la retardación de justicia que aqueja al sistema judicial del Estado Plurinacional de Bolivia.
- En tercer lugar, es notoriamente perceptible que los magistrados que integraron el Tribunal Constitucional durante la gestión de 2011 no abandonan su alineación en el ritualismo y formalismo procedimentales.

Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: report 2010-2011*

Leonardo Martins**

I. O CONTEXTO

Depois do Supremo Tribunal Federal (STF) ter feito, no período anterior (2009-2010), uso exagerado do novel instituto da súmula vinculante, que fora inserido pela EC 45 de 8 de dezembro de 2004¹ e regulamentado pela lei n.º 11.417 de 19 de dezembro de 2006, ao aprovar as súmulas vinculantes 15 a 31, dentre elas algumas sem observância rigorosa do requisito constitucional da presença de reiteradas decisões no sentido do texto a ser prescrito pela súmula, aprovou, no período ora em pauta, tão-somente uma súmula vinculante, a súmula vinculante 32, relativa a uma questão tributária. Se isso revela uma nova tendência e com isso um cuidado maior na observância dos pressupostos constitucionais para a aprovação de uma súmula que vincula todos os demais órgãos judiciários, assim como também a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a comunidade jurídica e política só poderá saber após sua eventual corroboração nos próximos anos. Se a tendência se confirmar, trata-se indubitavelmente de algo

* Colaboraram os seguintes membros da base de pesquisa «Constituição Federal Brasileira e sua Concretização pela Justiça Constitucional», da UFRN, por mim coordenada: Guilherme Arruda, Jairo de Souza Moura e Richardy Videnov. A eles meus sinceros agradecimentos.

** Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre (LL.M.) e doutor (*doctor iuris - Dr. iur.*) em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha. Pós-doutorados pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social da Universidade de Hamburg e pelo Erich Pommer Institut - Economia e Direito da Comunicação Social da Universidade de Potsdam (*fellow* da Fundação Alexander von Humboldt). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor visitante da Humboldt-Universität zu Berlin. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

1 Segundo o art. 103-A, caput da CF: «O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei».

a ser saudado, pois a inserção da súmula vinculante pelo constituinte derivado foi e continua sendo polêmica, principalmente porque tem o condão de abrir uma competência genuinamente legislativa e, por vezes, até constituinte à corte suprema que, nunca é demais lembrar, deve ser «guardiã» e não «senhora» da ordem constitucional vigente.

Nada obstante, dentre as selecionadas três decisões mais importantes do período abaixo sucintamente apresentadas e analisadas, apenas uma delas («Marchas da Maconha») pode ser considerada uma decisão que, apesar de alguns cabíveis reparos jurídico-dogmáticos, observa os limites da fiscalização da constitucionalidade de atos do poder público em sentido amplo.

No mais, a grande divergência em torno do controle de constitucionalidade da «lei da ficha limpa» (seis votos pela inconstitucionalidade de sua imediata aplicação e cinco votos contra) fala por si ao revelar a dificuldade da corte de se apartar dos conflitos político-partidários encontrados por trás de questionamentos de constitucionalidade e, também, em assumindo uma indevida postura política, de sequer chegar a um consenso em torno de questões políticas de tal relevância.

Por fim, o STF parece buscar uma legitimidade especial no atendimento de demandas políticas tidas por progressistas que, todavia, não encontram guarida no texto constitucional e, por se tratar de conformação de institutos de direito de família, i.e., de garantias institucionais privadas, precisam obrigatoriamente passar pelo processo legislativo formal. Nesse contexto, continua havendo um grande abuso da técnica decisória da interpretação conforme a Constituição.

II. DECISÕES RELEVANTES DO STF (PERÍODO 2010-2011)

1. Lei da Ficha Limpa (RE 633.703 - relator Min. Gilmar Mendes)

Por maioria, o STF deu provimento, em 23 de março de 2011, a um recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral que teria violado dispositivos da Constituição Federal, ao aplicar uma das novas hipóteses de inelegibilidade impostas por lei complementar, apenas quatro meses antes das eleições. O recorrente teve seu registro de candidatura às eleições de 2010 denegado em decorrência de condenação pelo Tribunal Regional Eleitoral por crime doloso de improbidade administrativa, nos termos do art. 1º, inc. I, alínea 'l', da LC 64/1994, com a redação determinada pela LC 135/2010, aplicada a pena de suspensão dos seus direitos políticos.

a. Direitos fundamentais envolvidos

O recorrente alegou violação aos princípios da não-culpabilidade, da irretroatividade da lei e da anterioridade da lei eleitoral com fulcro nos arts. 5º, incs. LVII e XXXVI, e 16 da CF, os quais determinam, respectivamente, que «ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória», que «a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada» e que a «lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência». A possível violação à norma do art. 16 protagonizou os debates. Com efeito, questionou-se se as novas causas de inelegibilidade constituiriam ou não alteração no processo eleitoral. Tal princípio da anterioridade configura, no sistema jusfundamental brasileiro, um direito fundamental de *status activus*, natureza que se deduz por fechar o capítulo IV («Dos direitos políticos») que, por sua vez, faz parte do título II da Constituição Federal, intitulado «Dos direitos e garantias fundamentais».

b. Decisão do STF: fundamentos e efeitos

O STF deu provimento ao RE 633703, e, por seis votos a cinco, decidiu pela inconstitucionalidade do acórdão do tribunal *a quo*. Na fundamentação do voto do relator, foi evocado, por analogia, o precedente estabelecido na ADI 3.685, na qual se reconheceu o caráter de garantia fundamental ao princípio da anterioridade tributária. O art. 16 da CF representaria uma efetiva garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos e para o «devido processo legal eleitoral». A aplicação imediata da «Lei da Ficha Limpa» representaria restrição a direitos e garantias fundamentais tanto do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato, como também dos próprios partidos políticos. No mais, o princípio da igualdade, em específico, o princípio da igualdade de chances e condições na competição eleitoral restaria violado.

O Tribunal reconheceu, ainda, por unanimidade e nos termos do voto do relator, a repercussão geral da questão relativa à aplicação da lei complementar n.º 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral, tendo autorizado os relatores a, monocraticamente, aplicarem o artigo 543-B do Código de Processo Civil, que trata da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia.

c. Análise crítica

Apesar de impopular, tendo em vista a reivindicação política de formadores de opinião e da parcela esclarecida da população brasileira pelo impedimento da participação de candidatos com antecedentes criminais, a decisão merece anuência. Questionável poderia ser o não-exame da possível violação do princípio da não-culpabilidade, uma vez que, nas próximas eleições de 2012, a LC 135/2010 não incorrerá na vedação do art. 16 da CF.

A não-presença de causas de inelegibilidades como condição de elegibilidade tal qual determinada pela LC 135/2010 não configura sancionamento penal, mas requisito para a candidatura. Outrossim, o art. 14, § 9º, da CF, segundo o qual Lei Complementar estabelecerá novos casos de inelegibilidade tendo em vista a proteção da probidade administrativa, da moralidade para exercício de mandato considerada vida progressa do candidato, e da normalidade e da legitimidade das eleições afasta qualquer possibilidade de confusão hermenêutica. Corroborando esse entendimento o simples reconhecimento de que o princípio da não-culpabilidade previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF, tem sua incidência restrita à ação penal e não na condenação por atos de improbidade administrativa. Nesse sentido, a CF prescreve, no art. 37, § 4º, que as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, não prejudicam a ação penal cabível. Dessa feita, a inelegibilidade decorrente do art. 1º, inc. I, alínea 'I', da LC 64/1994 com a nova redação determinada pela LC 135/2010 não consistira em violação do art. 5º, inc. LVII, da CF. De igual feita, por não se tratar de sancionamento penal não caberia falar em retroatividade da lei para atingir fatos pretéritos desabonadores do candidato, afastando-se, portanto, a alegação de violação ao art. 5º, inc. XXXVI da CF.

Os interesses constitucionalmente assegurados como a probidade e a moralidade legitimariam, assim, restrições ao acesso aos mandatos eletivos, ainda que não verificado o trânsito em julgado da condenação, desde que proferida por órgão colegiado.

2. Uniões homoafetivas (ADI 4277 e ADPF 132 - relator Min. Carlos Britto)

a. Síntese do caso

Em ação do controle normativo abstrato (ação direta de inconstitucionalidade), requereu-se que o art. 1723 do Código Civil seja interpretado conforme a Consti-

tuição, a fim de que os efeitos da união estável civil sejam estendidos aos pares de orientação homossexual. Buscou-se firmar a interpretação extensiva da expressão «entre o homem e a mulher» contida no dispositivo em pauta, para que não gozem dos benefícios somente os casais heterossexuais.

Em ação anterior (ADPF 132/RJ), depois assimilada pela ADI 4277, buscou-se ampliar os benefícios previdenciários concedidos aos parceiros homossexuais pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro (arts. 1º e 2º da lei estadual 5034/2007) para outras esferas, igualando-os no mesmo regime jurídico daqueles servidores que se encontram em união estável heterossexual.

b. Fundamentos da decisão

A ADPF 132 foi, como aludido, recebida, por decisão unânime, como ADI 4277. No mérito, também por decisão unânime, decidiu-se pela procedência da ADI que tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Dessa feita, os pares homossexuais passam a gozar de todos os efeitos da união civil estável, sendo considerados, segundo a interpretação pretoriana do art. 1723 do Código Civil, como «entidade familiar», também garantida pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Entre os direitos decorrentes, está o de adoção, previsto no art. 227, § 5º, da CF.

Dentre os motivos determinantes, o relator destacou os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); do pluralismo político (art. 1º, V), que ele entende por sócio-político-cultural; da vedação à discriminação por orientação sexual (art. 3º, IV); da igualdade, que ele cunha como «civil-moral» (art. 5º, *caput*); da legalidade (art. 5º, II); da intimidade e da vida privada (art. 5º, X).

Mencionando as referidas normas constitucionais sem aprofundar nos seus respectivos exames, entendeu o relator que o art. 226, § 3º, não proíbe a união estável de pares homossexuais, porque representaria uma norma geral negativa no sentido kelseniano, dada a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º). Existiria uma aceitação social que não seria vedada pelo silêncio constitucional quanto à proibição.

c. Leitura crítica

O voto do relator não enfrentou a questão objeto do exame a partir do parâmetro constitucional aplicável. Em primeiro lugar, a tese da não-proibição não tem o condão de estabelecer uma nova interpretação para o claro teor do art. 226, § 3º, da

CF. Não ser proibido implica tão-somente que um *comportamento* não possa ser sancionado, e não que o Estado deva assegurar uma proteção especial *institucional*. Também, por mais que tenha feito referência à adoção, não deixou claro que posição adotou com relação ao casamento homossexual, dada a previsão de que a lei facilitará a conversão da união estável (art. 226, § 3º, *in fine*).

Nesse sentido, há insegurança jurídica que provavelmente retornará para ser sanada pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Nesse período pós-decisão, é possível observar alguns posicionamentos arquetípicos por parte da jurisdição de primeiro grau: a) a autorização para conversão em casamento; b) a negativa por entender que a decisão não abarca tal disposição; e c) a negativa por falta de lei específica. Essa última, particularmente, demonstra um aspecto importante que também não fora devidamente instruído.

No que tange à dogmática jurídico-constitucional, não há como verificar uma incompatibilidade entre o objeto do exame, art. 1.723 do Código Civil, e o único parâmetro de julgamento adequado, que é o art. 226, § 3º, da CF, porque o primeiro praticamente reproduz o teor do último. A forma mais inequívoca para alcançar tal avanço social seria, como bem ressaltou Gilmar Mendes, por intermédio do Legislativo. Poder-se-ia, em primeiro lugar, partindo-se da não-vedação, simplesmente mudar o conteúdo do art. 1.723 do Código Civil, retirando-se dele a expressão «entre o homem e a mulher». No entanto, para se evitar possíveis revogações ou derrogações, faz-se necessária uma emenda constitucional (art. 60 da Constituição) para que a expressão restritiva seja retirada, também, do art. 226, § 3º, da CF.

No mais, trata-se de um direito fundamental cuja área de proteção tem cunho normativo e não comportamental. Trata-se, com efeito, de uma garantia institucional e como tal de um direito a um aparato normativo que configure os institutos do casamento e outros do direito de família. Por isso, somente o legislador formal pode dar conteúdo a tal garantia.

Também, a «interpretação conforme a Constituição», técnica decisória de mitigação dos efeitos da coisa julgada proveniente do direito constitucional alemão e tão recorrentemente abusada na jurisprudência do STF, pressupõe amplo debate entre as várias interpretações possíveis, devendo a Corte escolher aquela que for mais compatível com os parâmetros constitucionais aplicáveis. Esse debate não ocorreu nos votos de todos os membros da Corte que participaram do julgamento. Houve, como infelizmente tem ocorrido com bastante frequência, uma má utilização dessa técnica de modulação de efeitos da coisa julgada, que, originalmente, no direito constitucional alemão, tinha a função de preservar a lei de uma declaração de nulidade. Na prática jurisprudencial constitucional

brasileira, o uso da referida técnica tem servido à usurpação de competências legislativas pelo STF.

Por fim, todos os demais parâmetros trazidos no voto do relator e dos demais não são relevantes ou aplicáveis no caso. Por exemplo, não há que se falar em violação da igualdade de gênero, pois casais homossexuais femininos ou masculinos são tratados da mesma forma pela lei, e também não se pode falar em possível violação da igualdade geral, pois a configuração infraconstitucional do direito de família reflete a evolução sócio-política de um instituto jurídico; muito menos em princípio da legalidade, que seria aplicável somente a um direito fundamental de cunho comportamental e de *status negativus*. Para o reconhecimento da extensão dos efeitos da entidade familiar (instituto jurídico de família) «união estável» ou mesmo o casamento aos casais homossexuais, o legislador ordinário pode atuar, sendo exigido tão-somente uma maioria simples, pois não haveria incompatibilidade em face do art. 226, § 3º, da CF ou, em se querendo obrigar o legislador a fazê-lo, deve-se aprovar como aludido uma EC para retirar do art. 226, § 3º, da CF a expressão restritiva «homem e mulher».

3. «Marchas da Maconha» (ADPF/DF 187 - relator Min. Celso de Melo)

No dia 15 de junho de 2011, o Pleno do STF apreciou a arguição de descumprimento de preceito fundamental —ADPF 187— cujo objeto era a interpretação do art. 287 do Código Penal² que define o tipo penal do crime de apologia ao crime, quando aplicado a reuniões pacíficas de reivindicação da descriminalização da substância entorpecente *cannabis sativa*. Em decisão unânime, o STF julgou procedente a ADPF para dar ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme a Constituição, «de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização de drogas, ou de quaisquer substâncias entorpecentes, inclusive através de manifestações, reuniões e eventos públicos».

a. Síntese do caso, procedimento e direitos fundamentais envolvidos

A «Marcha da Maconha» é um movimento que surgiu na esteira da *Global Marijuana March*, evento que acontece em centenas de cidades ao redor do mundo, e, assim

2 Trata-se de dispositivo legal pré-constitucional. O crime de apologia encontra-se tipificado no Código Penal Brasileiro (decreto-lei n.º 2848 de 1940) em seu art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

como a «Marcha da Maconha», apresenta uma postura antiproibicionista em relação à *cannabis sativa*, ou seja, as pessoas que participam desses movimentos se reúnem com o objetivo de protestar contra a proibição dessa substância entorpecente, sempre por meio de reuniões públicas.

O Poder Judiciário brasileiro reagiu às marchas proibindo que as pessoas se reunissem e realizassem tais eventos. A proibição se deu nas principais capitais e em algumas cidades do País.³ As decisões judiciais proibitivas tiveram como fundamento a argumentação de que, em sendo a venda, o preparo e consumo de entorpecentes como a *cannabis sativa* condutas ilícitas, defender publicamente sua legalização, ou descriminalização, também configuraria ilícito penal tipificado como apologia ao crime pelo art. 287, do Código Penal.

O objeto da ADPF ajuizada pelo procurador-geral da República não é, no entanto, rever ou criticar as decisões judiciais, discutir a política brasileira de drogas ou a legislação que versa sobre o tema, mas sim procurar afastar a interpretação do art. 287 que considere típica, culpável e antijurídica a conduta dos participantes da Marcha, interpretação essa que seria, portanto, inconstitucional, ou seja, busca-se dar interpretação conforme a Constituição a esse dispositivo penal, e não expurgá-lo do ordenamento jurídico, como normalmente se pretende ao se discutir a constitucionalidade em abstrato de determinada norma.

Como aludido, a interpretação conforme é objeto de controvérsia no controle abstrato de constitucionalidade, apesar de seu objetivo de «salvar» da nulidade determinada norma. Como tem efeito vinculante, a interpretação dada pela decisão passa a fazer parte do ordenamento jurídico infraconstitucional, tendo assim força de lei, o que gera críticas por caracterizar verdadeira produção legislativa pelo Poder Judiciário. O Tribunal reconheceu a possibilidade de aplicar a interpretação conforme a Constituição a despeito das manifestações contrárias do presidente da República e do advogado geral da União, que expressaram seus entendimentos de que somente diante do caso concreto se poderia interpretar a norma penal em discussão; sua interpretação não poderia ser discutida em abstrato. Todavia, a exegese difundida em vários órgãos do Judiciário ensejaria o cerceamento de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, art. 5º, incisos IV e IX, e art. 220, da

3 No ano de 2008 a «Marcha da Maconha» foi proibida pelo judiciário nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Belo Horizonte (MG), Brasília (DF), Cuiabá (MT), Salvador (BA), João Pessoa (PB) e Fortaleza (CE). No ano de 2009, o movimento foi vedado em de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Americana (SP), Juiz de Fora (MG), Goiânia (GO), Salvador (BA), João Pessoa (PB) e Fortaleza (CE).

CF, e a liberdade de reunião, art. 5º, XVI, da CF, tendo em vista a criminalização da conduta dos participantes da «Marcha da Maconha».

b. Decisão do STF: fundamentos e crítica

O STF julgou procedente por unanimidade a ADPF, dando ao art. 287 do CP interpretação conforme a Constituição, impedindo a aplicação desse dispositivo a manifestações públicas em prol da legalização de substâncias entorpecentes ilícitas.

O relator, na fundamentação do seu voto, que foi seguido integralmente por seus pares, afirmou que a «Marcha da Maconha» compreenderia o exercício legítimo dos direitos fundamentais à livre manifestação do pensamento, à liberdade de reunião e de petição. Nesse sentido, o direito de reunião seria um direito-meio, em relação ao direito-fim da liberdade de expressão.

Os preceitos fundamentais violados seriam garantias contramajoritárias, ou seja, de defesa e proteção das minorias políticas, sendo que a livre circulação de ideias no espaço público representaria respeito ao pluralismo político. Revisitando a jurisprudência do STF acerca dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de reunião, o voto do relator reafirmou o entendimento da Corte no sentido de que tais direitos são intimamente relacionados e essenciais à manutenção da democracia no país. Segue a descrição do conteúdo do artigo 5º, XVI, da CF, notadamente dos elementos que compõem tal direito, como a titularidade e os meios do exercício do direito que são protegidos. Em seguida, o relator apresenta as reservas legais que possibilitam ao Estado a limitação de tal liberdade, assim como determina a postura que o Estado deve adotar diante do exercício dessa liberdade, concluindo que ela configura não somente um direito aos cidadãos de resistência contra intervenções do Estado (*Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe*), mas também uma obrigação do Estado de garantir o exercício desse direito, que teria, destarte, um caráter prestacional, além do clássico conteúdo de *status negativus*. Na sequência, vinculou-se instrumentalmente a liberdade de reunião ao direito de petição, positivado no art. 5º, XXXIV, «a», da CF em face do objetivo da marcha, qual seja, pleitear a mudança da legislação. O propósito da marcha verificado pela Corte fora não o estímulo ou defesa do uso de substâncias ilícitas, mas a conduta de se reunir pacificamente para expor, mediante exercício da liberdade de expressão, seu direito de petição quanto à descriminalização, conduta esta entendida como lícita, integrando a área de proteção dos direitos fundamentais suscitados, não podendo ser considerada uma conduta típica em face do art. 287 do Código Penal. No mais, o relator enfatizou a *abolitio criminis*, decorrente da manifestação pública contrá-

ria à proibição de certas condutas pelo Estado, exemplificando com condutas que outrora eram proibidas e passíveis de punição, como da prática da capoeira e o adultério, cujas abolições resultaram da manifestação da sociedade o que possibilitou o avanço da democracia no país.

Em sede de conclusão, a decisão em pauta do STF merece aquiescência. A interpretação e aplicação pelos tribunais instanciais do tipo penal do art. 287 do CP é equivocada já em face da dogmática jurídico-penal. Como ao mesmo tempo o erro de aplicação do tipo penal implica violação dos direitos fundamentais dos manifestantes, o STF com razão admitiu o questionamento da constitucionalidade das decisões. Questionável é tão somente a adequação procedimental da via escolhida, pois a ADFP é instrumento do controle abstrato.

Não havendo espaço aqui para problematização do juízo de admissibilidade, cumpre analisar a fundamentação da decisão em face de seu mérito. O STF apreciou satisfatoriamente os alcances dos direitos fundamentais violados pela interpretação equivocada do art. 287, do CP, verificando o legítimo exercício dessas liberdades, determinando seu conteúdo, alcance e limites, o que deve ser naturalmente saudado. Mas, de novo, o STF se valeu equivocadamente da interpretação conforme a Constituição como técnica de modulação de efeitos da coisa julgada. Com efeito, com bem apontado pelos órgãos que ocuparam o polo passivo da relação jurídico-processual, não há que se falar em potencial violação *in abstracto* dos direitos fundamentais atingidos pelas interpretações judiciais. Apesar de um grau de parentesco, na espécie trata-se de uma interpretação orientada pelos direitos fundamentais, que configura um subcaso da interpretação conforme a Constituição, mas que com esta não se confunde. Trata-se, aqui, novamente, do reconhecimento do vínculo específico do Estado-juiz e não do Estado-legislador, pois foram os órgãos judiciais que, por interpretação que não levou em consideração os parâmetros jusfundamentais, violaram a liberdade de reunião (parâmetro específico que rigorosamente falando afastaria a aplicação dos mais genéricos com a liberdade de manifestação do pensamento). Tal vínculo específico do Judiciário se pauta na tradição lançada pela decisão *Lüth* do TCF alemão.

Assim, se a decisão deve ser saudada em face de seu mérito, i.e., do caso concreto decidido, o mesmo não vale para a perpetrada transcendência dos efeitos da coisa julgada por ação do controle abstrato (ADPF). A admissão da ADFP para realizar o controle concreto da interpretação e aplicação de normas penais que sejam em si constitucionais decorre, portanto, de um juízo de admissibilidade que merece reparos ou, no mínimo, uma fundamentação específica.

Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2010-2011)

Claudio Nash R.* y Paz Irarrázabal G.**

I. INTRODUCCIÓN

En este período hemos vuelto a mirar las sentencias dictadas en relación con dos importantes materias a las que nos hemos referido en los artículos anteriores: el derecho a la salud y las condiciones carcelarias. En estas materias se ha ido desarrollando una línea jurisprudencial que creemos está produciendo significativos cambios en el reconocimiento y la protección de derechos fundamentales en Chile.

La Corte de Apelaciones y la Corte Suprema han seguido conociendo de recursos de protección donde se solicita el otorgamiento de tratamientos médicos de alto costo no contemplados en el sistema de salud público. Si bien las Cortes de Apelaciones, como tribunales de instancia, han sido más proclives a acoger estos recursos, la Corte Suprema se ha mostrado renuente a confirmar dichas decisiones. Un caso excepcional es el de *Patricia Vásquez contra el Fondo Nacional de Salud*¹ que comentamos el año pasado en que la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones que acogió el recurso. Ahora damos cuenta de un nuevo fallo donde la Corte Suprema ha dado un paso más en esta línea jurisprudencial.

También en relación con el derecho a la salud en este período el Tribunal Constitucional dispuso la derogación de una norma de la ley de instituciones privadas de salud previsional que había suscitado intensas discusiones tanto en tribunales como en la opinión pública. Con la decisión que en esta oportunidad comentaremos el Tribunal Constitucional zanjó la discusión declarando inconstitucional la

* Académico de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile y director del Programa Estado de Derecho y Derechos Humanos, del Centro de Derechos Humanos de dicha Facultad. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile, 1998) y Doctor en Derecho (Universidad de Chile, 2008).

** Investigadora de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Ayudante de Derecho Constitucional y Administrativo en la misma Facultad. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile, 2009).

1 Recurso de protección de *Patricia Vásquez contra el Fondo Nacional de Salud*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 7766, de 24 de noviembre del 2009, y Corte Suprema, rol 9317, de 18 de enero de 2010.

norma que permitía aumentar los precios de los planes de salud en consideración al sexo o la edad del afiliado.

Seguir la pista de la jurisprudencia desarrollada en torno al derecho a la salud resulta fundamental. Chile es un país en el que los tribunales han dado especial atención a las afectaciones a las libertades, mostrándose renuentes a pronunciarse sobre derechos económicos y sociales (lo que se explica, entre otros factores, por la ideología neoliberal que predominó en la dictación de nuestra Constitución). Sin embargo, en la jurisprudencia que comentamos se ha empezado a reconocer que existen distintas responsabilidades de los tribunales, del Estado y los privados en el aseguramiento de derechos económicos, sociales y culturales.

Otra materia que ha sido objeto de nuestra especial atención en el análisis jurisprudencial dice relación con las condiciones carcelarias, por ser un ámbito donde se producen las más graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos en Chile. La sentencia que seleccionamos se dictó a propósito del drama vivido a comienzos de este año con el incendio de una de las cárceles más sobrepobladas. En esta sentencia, y tal como ocurrió en un caso que comentamos en la anterior publicación de esta serie, la Corte Suprema impuso obligaciones al Estado para mejorar las condiciones de los internos.

Además, en este informe hemos incorporado tres importantes sentencias en materia de educación, derecho de asociación y no discriminación por orientación sexual.

II. RESEÑA DE SENTENCIAS

1. Sentencia de la Corte Suprema que obligó al Estado a otorgar prestaciones médicas²

Esta sentencia se enmarca en una línea jurisprudencial de los tribunales ordinarios en la que lentamente se han ido definiendo obligaciones del Estado de entregar tratamientos médicos a pacientes gravemente enfermos aun cuando estos no se encuentren contemplados en los planes del sistema de salud público. Esta sentencia, que acogió un recurso de protección, supone un nuevo avance en la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha sido renuente a reconocer este tipo de obligaciones del Estado.

2 Sentencia de la Corte Suprema, rol 8902-2010, de 26 de enero de 2011.

Una mujer recurrió de protección solicitando que el servicio de salud público le otorgara un medicamento específico para el tratamiento del cáncer de ovario que le aquejaba. El servicio de salud sostuvo que el medicamento solicitado no se encontraba contemplado en las guías clínicas que rigen al sistema público de salud, y que no contaba con recursos para su otorgamiento. Además señaló que existía escasa información sobre la efectividad del medicamento solicitado.

La Corte Suprema argumentó que el tratamiento que se le estaba otorgando a la paciente conforme a las guías del Ministerio de Salud no había impedido la progresión del cáncer, además de ocasionarle una reacción alérgica. Con respecto a la efectividad del medicamento, la Corte atendió un informe acompañado en el proceso en el que se daba cuenta de que en la literatura internacional la aplicación del medicamento solicitado por la actora sí estaba considerada para el cáncer de ovario. En consideración a lo anterior resolvió que en el caso específico resultaba razonable suministrar por el servicio de salud público el medicamento solicitado para la protección del derecho a la integridad física y psicológica de la paciente.

2. Sentencia de la Corte Suprema que obligó a entregar atención psicológica a presos afectados por incendio de cárcel ³

El 8 de diciembre de 2010 se produjo un incendio en la cárcel de San Miguel en Santiago. A causa de este murieron 83 presos y varios otros resultaron gravemente heridos. Aún se discute en tribunales la responsabilidad penal de los gendarmes y la responsabilidad civil del Estado, sin que se hayan adoptado medidas concretas para mejorar la situación en que se encuentran los presos en nuestras cárceles.

En este contexto se destacan las sentencias de la Corte de Apelaciones de San Miguel y de la Corte Suprema que resolvieron un recurso de protección interpuesto a favor de 38 presos que se encontraban en la cárcel el día del incendio, solicitando tratamiento de las graves secuelas sufridas a causa del incendio.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso señalando que Gendarmería no habría resguardado debidamente la integridad física o psíquica de los reclusos en cuyo favor se recurrió, vulnerando sus derechos a la vida e integridad y su derecho a la igualdad. La Corte ordenó a Gendarmería proporcionar a los internos recurrentes atención médica y psicológica o psiquiátrica que requirieren como

³ Sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 303-2010, de 20 de enero de 2011; confirmada por sentencia de la Corte Suprema, rol 1122-2011, de 21 de abril de 2011.

asimismo brindarles en forma oportuna y por el tiempo que fuera necesario, con la debida periodicidad, los tratamientos de esa naturaleza que la autoridad médica prescribiera.

Por medio de esta sentencia, que fue confirmada por la Corte Suprema, se impuso al Estado la obligación de desarrollar prestaciones concretas a favor de los presos, lo que colabora en la configuración de una nueva tendencia jurisprudencial que ha empezado a imponer obligaciones prestacionales al Estado en uno de los ámbitos más relegados de las preocupaciones del gobierno.

3. Sentencia de la Corte Suprema que obliga a universidad a reintegrar a alumno expulsado por la comisión de un delito⁴

Respecto a la jurisprudencia de los tribunales ordinarios incorporamos una última sentencia de la Corte Suprema con el propósito de destacarla como un importante precedente del compromiso por una política criminal encaminada a la reinserción social.

Una universidad pública expulsó, de conformidad con su reglamento interno, a un alumno que había sido condenado como cómplice de aborto consumado. El alumno interpuso recurso de protección el que fue rechazado en primera instancia, al considerar la Corte de Apelaciones que la decisión de la universidad no habría sido arbitraria.

Sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia al considerar que la expulsión había afectado el derecho a la igualdad del alumno. La Corte argumentó que el delito cometido por el recurrente no decía relación alguna con su calidad de estudiante, ni se había realizado al interior de la universidad ni contra personas y bienes de esta. Agregó que la medida de la universidad era contraria a una política criminal encaminada a la reinserción social especialmente de los jóvenes y primerizos. Señaló que en el marco de dicha política se deben buscar mecanismos alternativos al cumplimiento de la pena de encierro, en la que la posibilidad de continuar con los estudios resultaba fundamental (considerando 4).

En consecuencia, para la Corte si el sistema penal había permitido el cumplimiento de la pena a través de medidas alternativas a la prisión con el objeto de permitir la reinserción social, la universidad debía contribuir con este propósito.

4 Sentencia de la Corte Suprema, rol 6391-2010, de 27 de octubre de 2010.

4. Sentencia del Tribunal Constitucional que derogó Ley de ISAPRE⁵

Como comentamos en las publicaciones anteriores de esta serie, el Tribunal Constitucional desde el 2007 venía declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de determinadas normas que regulan a las instituciones de salud previsional (ISAPRE) en Chile, sociedades privadas con las que pueden contratar los chilenos planes de salud para la cobertura de atenciones médicas.

En 2010, el Tribunal de oficio decidió pronunciarse sobre la constitucionalidad y vigencia definitiva de dichas normas. Dada la enorme repercusión que estaba teniendo la materia, por segunda vez en su historia, el Tribunal realizó audiencias públicas en las que intervinieron las ISAPRE, parlamentarios, organizaciones feministas, la sociedad de geriatría y otras asociaciones de la sociedad civil.

El Tribunal declaró la inconstitucionalidad y la derogación de las normas que permitían a las ISAPRE modificar los planes de salud aumentando el precio de estos al tratarse de mujeres o adultos mayores, por considerar que esto vulneraba el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social (considerando 144).

El Tribunal en primer lugar responsabilizó al Estado del incumplimiento de su deber de garantizar la protección de la salud de todas las personas y el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, al no regular adecuadamente la materia, permitiendo precios desproporcionados determinados sobre la base de factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana (considerandos 152 y 155).

En segundo lugar, en relación con la responsabilidad que cabía a los privados, señaló que los contratos de salud celebrados con las ISAPRE no eran un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, sino que, al operar en relación con derechos garantizados constitucionalmente a las personas, se encontraban necesariamente sujetos a limitaciones (considerando 154). Este argumento es fundamental para la comprensión de la libertad de empresa en el derecho chileno cuando lo que está en juego en el desarrollo de cualquier negocio privado son derechos considerados fundamentales.

En tercer lugar, en un considerando con enormes implicancias para un sistema privado de salud previsional como el chileno basado en la capitalización individual, el Tribunal señaló la existencia de principios de *solidaridad* y *equidad*

5 Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1710, de 6 de agosto de 2010.

que debían informar todos los derechos fundamentales sociales garantizados en la Constitución (considerando 161).

Por último, en un considerando un tanto confuso pero que ha tenido enormes repercusiones en los demás juicios contra las ISAPRE, el Tribunal señaló que si bien las derogaciones por él dispuestas solo generan efectos a futuro y nunca retroactivos, en el caso de los contratos de salud con ISAPRE el efecto de la derogación era distinto. Argumentó que estos contratos además de ser de orden público eran de tracto sucesivo, lo que suponía una relación permanente entre la ISAPRE y el cotizante que justifica la revisión de sus términos por cambios de circunstancias o el marco jurídico aplicable (considerando 170).

En atención a lo anterior los tribunales ordinarios empezaron a declarar que la derogación de la norma por parte del Tribunal afectaba también a los contratos celebrados con anterioridad a la dictación de dicha sentencia dejando sin efecto cualquier intento de aumento de los precios de los planes de salud por las ISAPRE.

5. Sentencia del Tribunal Constitucional que rechazó requerimiento de inconstitucionalidad de grupo nacionalsocialista⁶

Parlamentarios y distintas agrupaciones de la sociedad civil⁷ acudieron al Tribunal Constitucional solicitando la declaración de inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad, que en opinión de los requirentes, profesaba explícita y públicamente las doctrinas nacionalsocialista y fascista. Señalaron que este movimiento planteaba la violencia, la discriminación y la xenofobia como método válido de acción política y social, además de promover la creación de un Estado totalitario que desconoce los presupuestos básicos de un régimen democrático.

El Tribunal Constitucional señaló que el artículo de la Constitución que le permitía pronunciarse sobre la constitucionalidad de partidos, movimientos u otras formas de organización,⁸ debía interpretarse en concordancia con el derecho de

6 Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 567, de 3 de junio de 2010.

7 Entre los que se encontraban la Juventud Judía de Chile, la Asociación para la Integración Latinoamericana, el Movimiento de Liberación Homosexual y el Movimiento de Gays, Lesbianas, Transgéneros y Transexuales.

8 La Constitución en sus arts. 19, n.º 15, y 93, n.º 10, reconoce la atribución del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política.

asociación sin permiso previo, la libertad de expresión, la libertad de conciencia, el derecho de reunión y el derecho a presentar peticiones a la autoridad. Además debía entenderse en coherencia con los principios de pluralismo político y de democracia garantizados por la Constitución (considerando 21).

En este contexto, el Tribunal sostuvo que su facultad para declarar la constitucionalidad de los movimientos era excepcional, destinada a sancionar casos particularmente graves de afectación de los principios constitucionales (considerando 45). El Tribunal citó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que ha sostenido que toda restricción de la libertad de asociación supone una interpretación estricta según el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual deja a las autoridades nacionales un margen reducido de decisión (considerando 51).

Para el Tribunal el carácter excepcional de la facultad implicaba que, en primer lugar, le correspondía presumir la constitucionalidad de toda organización política. Esta presunción solo podía ser derribada por la parte requirente mediante rendición de pruebas suficientes para que el Tribunal adquiriera convicción más allá de toda duda razonable (considerando 48). En segundo lugar, la norma que permitía al Tribunal pronunciarse sobre la constitucionalidad de los movimientos estableciendo las causales, debía ser interpretada restrictivamente. De esta forma precisó que solo estaba facultado para sancionar conductas y no ideologías (considerando 65), cuando estas estuviesen orientadas a un propósito político (considerando 61) y fueran el resultado de la voluntad de la organización y no meras actuaciones aisladas de alguno de sus miembros o dirigentes (considerando 75).

El Tribunal, haciendo referencia a la prueba acompañada que decía relación principalmente con páginas web del movimiento donde se expresaban sus ideas, rechazó el requerimiento señalando que no existían antecedentes suficientes para declarar la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad.

Esta es una sentencia del Tribunal Constitucional que merece ser destacada toda vez que sienta las bases de una interpretación democrática de una cuestionable facultad que le fuera atribuida por la Constitución sancionada en la dictadura. Resulta

Esta facultad fue incorporada, al retorno de la democracia, con la reforma constitucional de 1989 que buscaba eliminar lo dispuesto por el art. 8 de la Constitución original sancionada en la dictadura. Dicho art. 8 disponía en sus primeros incisos: «Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundado en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República. Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por las actividades de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales».

fundamental que el Tribunal declarara la presunción de constitucionalidad de todas las organizaciones como una exigencia del principio de pluralismo político y restringiera la aplicación de la norma a las más graves conductas, sin poder sancionar ideologías. Los antecedentes del otorgamiento de dicha atribución al Tribunal como su jurisprudencia anterior a la presente sentencia constituyen una vergüenza para nuestra democracia. El propósito inicial de la creación de la norma fue proscribir las organizaciones y los movimientos por el solo hecho de sostener ideologías de izquierda y en efecto en la sentencia rol 21, de 31 de enero de 1985, el Tribunal declaró inconstitucionales el Movimiento Democrático Popular (MDP), el Partido Comunista de Chile, el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) y cierta fracción del Partido Socialista de Chile. El Tribunal fundó su decisión en el argumento de que estos movimientos profesaban la doctrina marxista leninista, la cual quedaba comprendida entre aquellas cuya propagación sancionaba el constituyente.

6. Sentencia del Tribunal Constitucional que rechazó requerimiento de inaplicabilidad del delito de sodomía⁹

Un imputado solicitó la inaplicabilidad en el proceso penal llevado en su contra de la norma del Código Penal que sanciona al que penetrare carnalmente a un menor de 18 años y mayor de 14, contando con su libre consentimiento.¹⁰ Alegó que el delito afectaba su derecho a la igualdad, vida privada y libertad.

El Tribunal resolvió que la disposición impugnada se justificaba al fundarse en los principios de interés superior del niño y de protección especial, contemplados en instrumentos de derecho internacional que son parte del derecho chileno (considerando 31). Para el Tribunal el que un menor hombre sea penetrado por otro hombre constituye una situación que en sí misma, con independencia de la edad de las personas involucradas en la relación o el consentimiento de estos, lesiona la dignidad del menor (considerando 32).

En palabras del Tribunal:

El fin perseguido por el legislador al establecer el delito de sodomía en el artículo 365 del Código Penal fue el de proteger a los menores de 18 y mayores de 14 años de edad

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1683, de 4 de enero de 2011.

¹⁰ Art. 365 del Código Penal: «El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio».

que no gozan de la madurez suficiente para comprender los alcances y consecuencias en su propia vida de un acceso carnal libremente consentido. La voluntad de la víctima no es garantía suficiente de eliminación del menoscabo que, claramente, experimenta. En consecuencia, la penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones. Por lo demás, del hecho de que la ley penal no pueda perseguir la sola condición u orientación sexual de nadie, no se sigue que deba dispensar un estatuto uniforme e indiscriminado de impunidad respecto a todas sus conductas o manifestaciones concretas. Menos, cuando ciertas y determinadas prácticas conllevan —en sí mismas— el peligro de causar perniciosas e irreversibles consecuencias para otros. El impacto inmediato de la experiencia, el grave riesgo de corrupción y la consiguiente afectación del libre desarrollo de la sexualidad son, así, claros fundamentos del artículo 365 del Código Penal. Ello tiende, como se ha dicho, a proteger el interés superior del niño y a asegurar su mayor realización material y espiritual posible. [considerando 33]

Para el Tribunal el delito no afecta el derecho a la igualdad, al no existir una discriminación arbitraria toda vez que la opción del legislador se encuentra justificada por el interés superior del niño. Igualmente no existe un trato discriminatorio con respecto a las mujeres ya que no puede darse entre ellas una penetración anal, con sus perniciosas consecuencias (considerando 32).

En otra parte descartó que existiera afectación a la privacidad o libre desarrollo de la personalidad, toda vez que el ejercicio de estos derechos tiene como límite la afectación de los derechos de otras personas o la necesidad de proteger un bien superior. Además en este punto señaló que el artículo de la Constitución que reconoce la libertad personal solo protege la libertad ambulatoria de las personas y no el libre desarrollo de la personalidad como alegó el imputado (considerandos 38 a 40 y 51).

Esta sentencia demuestra una muy particular visión de la moral social de los ministros. Se asume que la penetración carnal de un menor por otra persona de su mismo sexo es en sí misma dañina para su libre desarrollo sexual, especificándose en la sentencia el grave daño de corrupción que esto puede generar. La argumentación del Tribunal supone aspectos cuestionables tales como que la penetración carnal es dañina para el sujeto pasivo (y solo cuando se es penetrado por una persona del mismo sexo), que el daño viene generando porque esa conducta puede determinar la orientación sexual del menor y que lo que se busca evitar es la orientación sexual homosexual en hombres.

Considerar a los hombres menores de 18 años y mayores de 14 indenes sexualmente solo para el caso de ser sujetos pasivos de penetración afecta sus derechos fundamentales. El menor de 18 años y mayor de 14 en el sistema penal no es indene sexualmente, solo se sanciona la existencia de abuso, coacción o violencia. El menor puede mantener relaciones heterosexuales libremente consentidas; también puede por regla general mantener relaciones homosexuales.

En una sociedad respetuosa del libre desarrollo de la personalidad de todos los individuos y respetuosa de las distintas opciones sexuales, los delitos sexuales deben estar enfocados a sancionar aquellos casos en los que no hay una voluntad libre en la interacción sexual. En este caso el Tribunal optó por una determinada moral social prescindiendo de los derechos del menor.

El Tribunal reconoce explícitamente que lo sancionado por la norma impugnada «pugna con la actual escala de valores preponderante en la sociedad chilena —según se desprende del debate parlamentario— y por lo mismo, puede ocasionar problemas y conflictos a lo largo de toda su [del menor] vida personal y social» (considerando 41).

Este argumento se contrapone radicalmente al rol del Tribunal Constitucional como órgano contramayoritario. El Tribunal no puede pasar a llevar derechos al resguardar los *valores preponderantes de la sociedad chilena* sino que por el contrario debe proteger los derechos aun a pesar de la moral social imperante. Lo anterior es lo que con toda claridad nos ilustró el caso *Brown c. Board of Education of Topeka*.

III. CONCLUSIONES

Del período analizado destacamos sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional que avanzan en la línea de exigir al Estado prestaciones necesarias para el respeto de los derechos fundamentales. Este rol de la justicia es particularmente relevante en el ámbito carcelario que ha sido sistemáticamente desatendido por los otros poderes del Estado.

En conjunto con las exigencias al Estado la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley de ISAPRE marca un hito jurisprudencial al imponer a los privados responsabilidades en el desarrollo de sus actividades empresariales cuando estas se vinculan al ejercicio de derechos fundamentales de las personas. En esta sentencia el Tribunal estableció que la actividad empresarial desarrollada por privados en el ámbito de la salud debía sujetarse a especiales exigencias de respeto a los derechos de las personas, lo que implicaba entre otros aspectos, prohibiciones

de discriminación y obligaciones de contar con un sistema que garantizara solidaridad entre sus integrantes. Este es el aspecto fundamental de la sentencia que, a pesar de no habersele dado la atención suficiente por la opinión pública y la doctrina nacional, creemos que tendrá significativas repercusiones en el momento histórico actual de Chile.

En este último año Chile ha vivido las más importantes manifestaciones ciudadanas desde el retorno de la democracia. Miles de jóvenes se han movilizado exigiendo una educación pública e igualitaria. En un sistema educacional significativamente privatizado, donde el Estado ha desatendido su labor como principal responsable de garantizar el goce de los derechos sociales, las sentencias que venimos comentando constituyen un importante aporte a la discusión.

También constituye un avance la sentencia del Tribunal que se pronunció sobre la constitucionalidad de un grupo nacionalsocialista, reinterpretando y restringiendo una cuestionable atribución que le fuera otorgada por la Constitución con el objeto de instaurar una *democracia protegida*.

Sin embargo, el Tribunal también dictó en este período una sentencia que supone un grave retroceso en el igual respeto y consideración que merece toda persona y en la comprensión de su rol como garante de derechos fundamentales. Pronunciándose sobre la constitucionalidad del delito de sodomía, el Tribunal impuso una determinada moral social que ve a la homosexualidad masculina como un mal que debe ser evitado. Asimismo en esta sentencia el Tribunal de forma contradictoria invocó tratados internacionales de derechos humanos que ordenan resguardar el interés superior del niño (pese a su constante jurisprudencia que otorga jerarquía infralegal a dichos tratados) y desconoció el carácter de sujetos de derechos de los menores de edad, en cuanto a su privacidad y libre desarrollo de la personalidad.

Esta sentencia plantea preocupantes interrogantes en cuanto al papel que pueda tener el Tribunal en la actual discusión sobre el reconocimiento y el respeto de los derechos de todas las personas en una sociedad inclusiva y pluralista. Así, mal pronóstico tienen los requerimientos presentados que cuestionan la constitucionalidad de las leyes que establecen que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, y los eventuales controles de constitucionalidad que realice el Tribunal sobre proyectos de ley en actual tramitación que reconocen distintos derechos a las parejas del mismo sexo.

Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana

Humberto Antonio Sierra Porto*

I. BREVE EXPLICACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

De acuerdo con la Constitución de 1991, dos son las funciones principales de la Corte Constitucional (cc) en Colombia.

La primera es, a grandes rasgos, el control de constitucionalidad de las normas con fuerza y rango de ley¹, tales como las leyes en sentido estricto —expedidas por el Congreso de la República—, los decretos leyes —emitidos por el Presidente en virtud de la delegación limitada y temporal hecha por el Congreso— y los decretos legislativos dictados con ocasión de la declaratoria de un estado de excepción, así como el decreto mismo que lo declara. También se incluyen aquí los tratados internacionales ratificados por Colombia y sus respectivas leyes aprobatorias.

El control que se realiza es abstracto pues no está conectado con la aplicación de la norma a un caso particular. En algunas ocasiones es automático, como en los casos de los tratados internacionales, los decretos relativos a los estados de excepción o algunos tipos especiales de leyes, pero la regla general es el control rogado mediante una acción pública de inconstitucionalidad que puede ser presentada por cualquier ciudadano. En las hipótesis de control automático el control es integral; en otras palabras, supone la comparación con el texto completo de la Constitución y el denominado bloque de constitucionalidad², mientras que el control rogado está circunscrito a las normas constitucionales que se han señalado como

* Magistrado de la Corte Constitucional colombiana. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

1 Véase el art. 241 de la Constitución colombiana de 1991.

2 Según la jurisprudencia reiterada de la cc, el art. 93 de la Constitución incluye como parámetro de constitucionalidad los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y otras normas internacionales y nacionales.

transgredidas por el ciudadano en la demanda de inconstitucionalidad. Las sentencias de constitucionalidad —identificadas por la letra C seguida de un número y del año— tienen efectos *erga omnes* y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional³.

La otra gran función de la CC es la revisión de los fallos emitidos por los jueces inferiores respecto de las acciones de tutela⁴. La acción de tutela es el mecanismo sumario e informal de protección de derechos fundamentales en Colombia⁵. Puede ser presentada por cualquier persona ante cualquier juez, sin consideración de la especialidad. Todos los fallos de tutela emitidos en el país llegan a la CC una vez que se han surtido las dos instancias o ha quedado firme la decisión de primera instancia debido a que no se ha presentado apelación. La Corte, mediante un proceso interno y discrecional, selecciona algunas de esas sentencias para revisión, al cabo de lo cual emite una sentencia —que se identifica con la letra T seguida de un número y el año— en la que confirma o revoca la decisión tomada por los jueces inferiores. De esta forma, fija la interpretación de los derechos fundamentales con el objetivo de que los demás jueces la sigan en el futuro.

II. LOS FALLOS RESEÑADOS

Los fallos de constitucionalidad y de tutela que se reseñan a continuación han sido escogidos por representar recientes avances en lo que toca a la interpretación de los derechos fundamentales de grupos tradicionalmente discriminados, como las mujeres, los indígenas y la población vulnerable por su situación económica, o por estar relacionados con la vigencia de los derechos fundamentales en situaciones de conflicto armado y posconflicto, tema que actualmente es de vital importancia para Colombia.

1. De la despenalización parcial del aborto al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo como derecho reproductivo

La sentencia C-355 de 2006 despenalizó el aborto: i) cuando esté en peligro la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y iii) cuando

3 Art. 243 de la Constitución colombiana de 1991.

4 Véase el art. 241.9, *ibíd.*

5 Véase el art. 86, *ibíd.*

el embarazo sea resultado de violación, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto, conductas que deben ser debidamente denunciadas.

El punto de partida de la decisión fue que ninguno de los valores, principios o derechos constitucionales fundamentales —ni siquiera la vida— se garantiza en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano de manera absoluta, pues estos deben poder dar lugar a la ponderación frente a otros valores, principios y derechos cuya protección también resulta relevante desde el punto de vista constitucional. Se precisó que existe una protección general de la vida que engloba el valor de la vida del *nasciturus*, de ahí que la ley pueda diseñar los mecanismos para protegerla de la manera más óptima posible, pudiendo incluso acudir al derecho penal para esos efectos. No obstante, la anterior posibilidad —dijo la Corte— no puede infringir los derechos de la mujer gestante a la dignidad, al libre desarrollo de su personalidad, a estar libre de toda suerte de discriminación injustificada y de violencia, a la vida y a la salud integral, que incluye así mismo la salud sexual y reproductiva. Se concluyó así que conferir un amparo absoluto al valor de la vida del *nasciturus* hasta el punto de penalizar el aborto en todos los casos equivale a permitir una intromisión estatal de magnitud desmesurada que se aparta por entero del mandato de proporcionalidad como ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional y desconoce las garantías que se desprenden a partir de la protección que se le confiere a los derechos de la mujer en el ámbito internacional de los derechos humanos. En consecuencia, se despenalizó en los supuestos antes referidos.

A partir de esta decisión, la jurisprudencia constitucional ha avanzado no solo en delimitar el alcance y los requisitos para proceder al aborto legal sino en darle la estructura de derecho fundamental, fijando su contenido y las correlativas obligaciones del Estado.⁶

Tal evolución se concretó especialmente en la sentencia T-585 de 2010 en la que se determinó que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, se reconoció un derecho fundamental de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en los casos despenalizados. Se expresó que este derecho pertenece a la categoría de los derechos reproductivos, los cuales ya habían sido reconocidos como fundamentales por la jurisprudencia constitucional. Así, la IVE es susceptible de ser exigida por medio de la acción de tutela. Del mismo modo, el Estado y los particulares que participan del sistema de salud tienen obligaciones de respeto y garantía frente al

6 Véanse las sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, entre otras.

mismo, que se concretan, por ejemplo, en no obstaculizar imponiendo requisitos adicionales a los indicados en la sentencia C-355 de 2006 y en realizar un diagnóstico médico oportuno a la gestante, con el objetivo de determinar si su vida o salud mental o física están en peligro.

La sentencia más reciente (T-841 de 2011) sigue la misma línea evolutiva. Aclara que los jueces de tutela siempre deben proteger la identidad de las mujeres que solicitan la IVE en aras de garantizar su intimidad y el acceso a la justicia. También, de forma general, señaló que las solicitudes de IVE deben practicarse en 5 días, siempre que médicamente sea posible, con el objetivo de evitar que, por el retardo, avance la gestación y se haga más peligroso el procedimiento o incluso se presente el nacimiento. Se aclaró que, en ausencia de norma legal o reglamentaria, la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma. Finalmente, se condenó a la empresa promotora de salud a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados a una menor de edad por la negativa ilegítima de la IVE.

2. El derecho al agua como derecho social fundamental

En la sentencia T-740 de 2011 se reiteró y desarrolló la jurisprudencia constitucional con respecto al derecho al agua. Se señaló que, en el ordenamiento jurídico colombiano, además de ser un servicio público es un derecho fundamental, frente al cual el Estado tiene las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. Se precisó así mismo que se debe garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad del agua.

Específicamente frente a la disponibilidad y accesibilidad, se estudió la conducta de las empresas prestadoras del servicio de acueducto, las que —ante la falta de pago de los usuarios— suspenden el servicio. Se reiteró que dichas entidades prestadoras deben: i) seguir ciertos parámetros procedimentales que garanticen el debido proceso de los usuarios; ii) abstenerse de suspender el servicio cuando se trata de establecimientos de especial protección constitucional, como lo son los centros penitenciarios, las instituciones educativas o los hospitales; o iii) cuando las personas perjudicadas son sujetos de especial protección constitucional.

En lo relativo a la tercera hipótesis, se determinó que estas empresas deben continuar prestando el servicio porque su suspensión restringe la posibilidad de que este sector de la población, que se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, satisfaga sus necesidades personales y domésticas, como la prepa-

ración de alimentos, la higiene personal y del hogar. En caso de que la persona no pueda cancelar de manera inmediata, la entidad deberá mantener la prestación del servicio y, con la aquiescencia del usuario, elaborar acuerdos de pago con plazos amplios y cuotas flexibles teniendo en cuenta su capacidad económica. Si los acuerdos son incumplidos, y el usuario manifiesta y prueba que no cuenta con la capacidad económica para hacerse cargo del pago, la empresa prestadora deberá instalar un restrictor en el flujo del agua que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad. La empresa, agotado este procedimiento, podrá ejercer las acciones judiciales correspondientes. Con ello se concilian el principio de solidaridad que inspira la prestación de los servicios públicos y el derecho fundamental al agua de los usuarios que son sujetos de especial protección y que se encuentran en imposibilidad de pago, pues se garantiza el acceso a unas cantidades mínimas de agua y se asegura el recaudo de los recursos que son necesarios para la operatividad del sistema.

3. Del derecho a la consulta previa al derecho de las comunidades étnicas al consentimiento libre, previo e informado

Con base en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —que hace parte del bloque de constitucionalidad—, la jurisprudencia constitucional ha determinado que cualquier medida —legislativa o administrativa— que afecte de forma directa a las comunidades étnicas les debe ser consultada previamente.

Dentro de las medidas legislativas, además de las leyes, ha incluido a los tratados internacionales y los actos legislativos reformativos de la Constitución. Así, en la sentencia C-702 de 2010 declaró inexecutable el Acto Legislativo 1 de 2009 que modificaba el artículo 108 de la Constitución sobre el aval de candidatos por parte de los partidos y movimientos políticos que gocen de personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas, por no haber surtido el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas. De modo similar, en la sentencia C-608 de 2010, se precisó que, en el caso de los tratados internacionales, debe llevarse a cabo la consulta antes del sometimiento del instrumento internacional por parte del Presidente al Congreso, pudiendo por tanto realizarse o bien durante la negociación, mediante la creación por ejemplo de mesas de trabajo, o ya cuando se cuente con un texto aprobado por las Partes, es decir, luego de la firma del tratado, lo cual podría llevar a la necesidad de renegociarlo.

En lo que toca a las medidas administrativas, es relevante mencionar la sentencia T-745 de 2010 en la que varias comunidades negras asentadas entre el municipio de Cartagena y la isla de Barú impetraron tutela en contra de la Alcaldía debido a que no fueron consultadas previamente a la iniciación de un proyecto para la construcción y mejoramiento de la vía transversal Barú. Una vez determinada la incidencia directa de la obra en las dinámicas propias de estos grupos étnicos, se ordenó la suspensión del proyecto respectivo.

Más recientemente, la jurisprudencia constitucional a este respecto ha empezado a modificarse. Según la sentencia T-129 de 2011, al menos en algunos casos, la consulta previa se debe dirigir a conseguir el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades. En esta sentencia fue resuelta una tutela impetrada por los resguardos indígenas de Embera-Katío y Chidima-Tolo a raíz de que la construcción de una carretera que atravesaba su territorio (el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá) y los trámites relativos a la concesión para la explotación de oro en la zona, no les habían sido consultados previamente.

Una vez interpretadas las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas se concluyó que el Estado no solo está obligado a la consulta sino a lograr el consentimiento de las comunidades, especialmente cuando se trate de obras de infraestructura o que generan la ocupación de sus tierras y el desplazamiento correspondiente, obligación que no solo es previa sino igualmente predicable durante el desarrollo de la obra o proyecto. En consecuencia, se resolvió ordenar al Ministerio del Interior y de Justicia iniciar los trámites de la consulta previa, teniendo en cuenta la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad. Entre tanto, ordenó suspender la ejecución de las obras en el territorio de las comunidades. Además, se ordenó al mismo Ministerio financiar la traducción de las órdenes dictadas a la lengua Embera y suministrar copias de la misma como medida simbólica. Finalmente, se exhortó al Congreso para que regule y materialice el derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado de los grupos étnicos.

4. Los derechos de las víctimas del conflicto armado colombiano en el marco de la justicia transicional

Mediante la sentencia C-936 de 2010, se resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra la ley n.º 1.312 de 2009. Esta ley reformaba el Código Penal con el fin de permitir la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados de grupos armados que no fueron postulados a la Ley de Justicia y Paz y a quienes no se po-

día aplicar la ley n.º 782 de 2000, debido a que habían incurrido en concierto para delinquir, delito que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es de lesa humanidad y, por tanto, no puede indultarse. La ley prescribía que, para aplicar el principio de oportunidad, el desmovilizado debía aceptar que había hecho parte del grupo armado. Además, excluía de su aplicación los delitos de lesa humanidad.

La demanda presentaba básicamente dos cargos. En el primero de ellos planteaba que, al ser el concierto para delinquir un delito de lesa humanidad, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no se podía aplicar el principio de oportunidad. En el segundo sostenía que la ley no condicionaba la aplicación del principio de oportunidad a la satisfacción de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas. La Corte declaró inexecutable la norma demandada. Sostuvo que no se trataba de una ley de justicia transicional y que, como no se respetaban los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas, se contrariaba la Constitución.

A raíz de esta decisión, se expidió la ley n.º 1424 de 2010, en la cual se crea un mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica. Los desmovilizados antes mencionados deberán acudir a este mecanismo para relatar la verdad de lo sucedido y ofrecer reparación a las víctimas, después de lo cual se les podrá suspender condicionalmente de la ejecución de la pena. Esta ley fue demandada con argumentos similares, pero esta vez la Corte, mediante sentencia C-771 de 2011, consideró que sí se trataba de una ley de justicia transicional y que los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación habían sido satisfechos, razón por la cual la declaró executable.

III. CONCLUSIONES

Cada vez más la labor de la CC en Colombia se centra en fijar, tanto en sentencias de constitucionalidad como en sentencias de tutela, la interpretación de los derechos fundamentales de grupos minoritarios o tradicionalmente discriminados, como las mujeres, los indígenas y las personas de escasos recursos económicos. Los pronunciamientos sobre el contenido general de los derechos fundamentales, que fueron tan importantes en los primeros años de existencia de esta Corporación, han perdido paulatinamente su protagonismo.

En esta evolución, el derecho internacional de los derechos humanos ha resultado un insumo de indudable importancia. Todas las sentencias reseñadas tienen alguna referencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos del sistema universal de Naciones Unidas y del sistema regional de la Organización de Estados Americanos, así como a las interpretaciones que de ellos han hecho los

respectivos organismos competentes, tales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, la intención de superar el conflicto armado que ha vivido Colombia y de reparar las consecuencias que ha dejado en materia de derechos fundamentales ha originado una explosión de leyes en este sentido, las cuales han sido objeto de control de constitucionalidad por parte de la CC. Esto le ha dado la oportunidad de tocar temas tan importantes como los derechos de las víctimas del conflicto armado en el marco de la justicia transicional. En este sentido, se puede avizorar que por un buen tiempo estará lidiando con estos tópicos y, así, tendrá un papel importante en la superación de las consecuencias del conflicto armado colombiano.

Eficacia de los derechos humanos en Costa Rica

Gilbert Armijo*

I. INTRODUCCIÓN

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en nuestro medio, se han convertido en un poderoso instrumento que nos permite solucionar, desde la Sala Constitucional, algunos casos que versan sobre esta materia. Debemos reconocer que acudimos a esta fuente porque en ciertos temas nuestras leyes o nuestra Constitución no brindan una solución satisfactoria o simplemente son omisos. Debemos recordar que desde los inicios de la Sala Constitucional se potenció el valor normativo de los convenios internacionales sobre derechos humanos, debidamente firmados y ratificados por el Estado.

II. EL CAMINO RECORRIDO

Sobre este extremo, y solo como acotación, podemos decir que recorrimos desde 1990 dos grandes etapas. En la primera, se sostuvo que los tratados sobre derechos humanos tenían no solo un valor superior a la ley ordinaria (artículo 7 de la Constitución Política), sino que integraban su parte dogmática (voto 3805-1992). En ese momento, esta doctrina recorrió América Latina al amparo de lo que se denominó el *bloque de constitucionalidad*. Recordemos que los franceses en la década de los años cincuenta incorporaron —a falta de una regulación, en su Constitución, de los derechos individuales—, vía jurisprudencia del Consejo de Estado, los derechos del hombre y del ciudadano a su Constitución, señalando que formaba parte del bloque de constitucionalidad.

* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Profesor universitario. Premio «Alberto Brenes Córdoba» por el Colegio de Abogados (1996); Premio «Ulises Odio Santos» por el Poder Judicial (1998). Certificado al mérito judicial otorgado por el Poder Judicial (2006), entre otros. Autor de diversas publicaciones especializadas. Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica.

En una segunda etapa, la Sala fomentó que, en el tanto y el cuanto, la normativa internacional le concediera al ciudadano mayores derechos que los que otorgaba la Constitución; ellos primaban sobre esta. Así, la doctrina del *valor supraconstitucional de los derechos humanos* nace como consecuencia de un asunto que es presentado ante la Sala, pues nuestra Constitución disponía que la mujer extranjera al casarse con un hombre costarricense obtenía por ese solo hecho la nacionalidad de su marido.

Todo marchaba sin mayores complicaciones, hasta que una mujer costarricense casada con un extranjero pretendió que se le concediera a su pareja el mismo derecho constitucional; los funcionarios del Registro Público se negaron, aduciendo que la interpretación literal de la norma era clara, solo señalaba al hombre y no a la mujer. Ante esta situación, la señora presentó un recurso aduciendo que la norma constitucional era discriminatoria y que los instrumentos internacionales la tutelaban, pues no hacen referencia a género sino a la persona humana. La Sala, luego de escuchar a las partes, se pronunció dándole la razón a la recurrente y ordena que en todos aquellos casos en los que se señale en la Constitución el concepto *hombre* debe interpretarse *persona humana*, conforme lo señalan los instrumentos internacionales sobre el tema (voto 3435-1992).¹ Lo anterior tuvo como consecuencia que el artículo 14, inciso 5, de la Constitución fuera modificado para evitar discriminaciones como la denunciada. Conforme se desprende en nuestro caso, la discusión sobre monismo o dualismo carece de interés, pues solemos utilizar la mayoría de los instrumentos internacionales como normas jurídicas directamente aplicables por la jurisdicción ordinaria como por la Sala Constitucional.

El caso anterior nos ha permitido desarrollar una amplia jurisprudencia en temas sensibles, desde asuntos donde se analiza la discriminación por razones de pertenencia a un grupo etario (niños, ancianos), hasta asuntos de discriminación por razones de género. Por ejemplo, se han conocido casos donde se reclama que en las listas electorales de los partidos políticos, para los puestos de elección popular, a las mujeres se les discrimina en abierta violación de la Convención de Belém do Pará, pues si bien se someten sus nombres al electorado, esto suele hacerse en puestos que de antemano se sabe que no serán electas. La Sala Constitucional ha fallado en diversas ocasiones en contra de los grupos políticos que fomentan esta actividad discriminatoria, obligándolos a incluirlas en sitios de elección real;

1 Nuestra jurisprudencia sostiene desde la década de los noventa que los instrumentos sobre derechos humanos vigentes en Costa Rica tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución.

de esta manera se cumple con la normativa que protege a este grupo y se potencia la discriminación positiva en su favor. Ello ha traído como consecuencia que en la actualidad prácticamente la mitad de la Asamblea Legislativa está conformada por diputadas e igual situación se presenta en la Corte Suprema de Justicia, donde cada vez son más las magistradas que integran este cuerpo colegiado.

III. NUESTROS ERRORES: EL CASO DE MAURICIO HERRERA

Pero, ¿qué sucede cuando fallamos, cuando por las razones que sean nos equivocamos en cuanto a los alcances del valor normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos? Bueno, cuando esto ocurre tenemos que enfrentar las consecuencias de nuestra miopía. Así por ejemplo, en el caso *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) nos condenó, pues tuvo por cierto que habíamos violado el artículo 13 del Pacto de San José. ¿Cómo ocurrió esto? En síntesis, el periodista Mauricio Herrera había sido condenado por los tribunales penales nacionales por afectar el honor de un cónsul honorario nuestro en Europa, al difundir una noticia que los diarios extranjeros dieron a conocer sobre algunas actividades de este funcionario. El periodista aducía que su conducta estaba permitida por el Pacto de San José, nuestros tribunales aplicando la legislación interna sostenían lo contrario y le daban una interpretación restrictiva al artículo 13 de la Convención. La Corte, al condenarnos, nos impuso la nulidad de la sentencia condenatoria, la repetición de lo pagado por concepto de acción civil y la obligación de adecuar nuestro ordenamiento procesal penal a la Convención. Una vez notificada la sentencia, tuvimos que «tragarnos el orgullo» y acatar lo resuelto. Anular la sentencia y proceder al pago de las reparaciones fue lo menos doloroso, quizá lo que en mayor medida afectó al foro nacional fue tener que modificar el recurso de casación para hacerlo menos formalista, en los términos de la Convención, y crear el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en última instancia. Desde luego, la Corte IDH potenció algo que considero indispensable y es la posibilidad de acceder a la información y publicarla. Aunque el caso pueda verse desde la perspectiva nacional como negativo, en el nivel latinoamericano creo que la contribución de la Corte en este caso es enorme pues por primera vez se fortaleció como nunca antes la libertad de información.

En Latinoamérica, pocos derechos de los consagrados en el Pacto de San José han sido de tan difícil desarrollo como *el derecho de acceso a la información*. Es un derecho oficialmente reconocido, pero en la práctica siempre restringido por la Administración y el propio Estado. En efecto, el Estado ha sabido crear su propia

esfera de inmunidad para no revelar lo que no le conviene, en unos casos, justificado por la doctrina del *secreto de Estado* y en otros bajo una órbita más amplia de los actos discrecionales del Poder Ejecutivo. En última instancia, la lucha por la libertad de información podría conceptualizarse en nuestro continente, parodiando a García de Enterría, como la lucha contra las inmunidades del poder, y sostenemos que el *secreto oficial* es su creación más fructífera.

El *secreto de Estado* siempre ha sido un límite dudoso, que en nuestro continente latinoamericano suele amparar la arbitrariedad o la corrupción. Hoy día se acepta sin mayor reparo que el acceso a la información fomenta dos valores universalmente aceptados: la necesaria transparencia de la administración y la rendición de cuentas. Los norteamericanos, por lo menos antes del 11 de septiembre de 2001, desarrollaron el principio de *follow the Money* 'sigue al dinero', principio que opera desde la premisa de que los Gobiernos al ser elegidos democráticamente por los contribuyentes pueden y deben controlar cómo se gasta su dinero. Sin embargo, Herb Strentz, profesor de la Universidad de Drake, viene alertando que esto cada vez es más difícil de fiscalizar en los Estados Unidos, en especial después del 11 de septiembre. En todo caso, una cosa es controlar cierto tipo de información que el Estado debe suministrar, como por ejemplo cómo se gastan los impuestos y otra muy diferente la relativa a la toma de decisiones del Gobierno en temas sensibles.

IV. LÍMITES AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA DOCTRINA DE LA PROBLEMÁTICA POLÍTICA

¿Hasta dónde hemos llegado en el desarrollo y la aplicación en nuestro ordenamiento del valor normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos? En la doctrina suele afirmarse que la tesis se prueba frente a casos extremos, y la doctrina de la problemática política ha sido un eterno valladar al control judicial.

La *Corte Suprema de los Estados Unidos* ha sostenido de manera reiterada que este tema escapa al control judicial. Así lo sostuvo en el caso *Obrien vs. Brown* (409 US 1, 1973) sobre las competencias de los partidos políticos; en *United States vs. Nixon* (418 US 683, 1974) sobre la inmunidad del Ejecutivo o en los llamados *Vietnam cases*, del cual es representativo *Massachusetts vs. Laird*, donde el tribunal Burger denegó el *certiorari* de la sentencia, pues se dijo que la alegada inconstitucionalidad de la guerra de Vietnam por falta de autorización del Senado era una cuestión política, que giraba en torno al ámbito discrecional del presidente en materia de política exterior. Se sostuvo que el Congreso es un poder que no necesita su protección y puede valerse por sí mismo. En todos estos asuntos se parte de la

premisa esencial de que los presupuestos del control constitucional o judicial no alcanzan lo político. ¿Será eso cierto en el siglo XXI? Admitirlo sin reservas implica desde luego reconocer que existen poderes que están sobre la Constitución y sobre los instrumentos internacionales para los derechos humanos.

Quizá por ello sea apropiado recordar un reducto que casi siempre por sensible es invisible a la doctrina y al control de los jueces: los *secretos de estado en la lucha contra el terrorismo y afines*.

A finales del siglo XX, en *España*, un caso rompe el paradigma: es la sentencia sobre el CESID. Por primera vez en el ordenamiento español una sentencia cuestiona los actos políticos del Gobierno. Estos son los que adopta el Gobierno como órgano de dirección estatal, se caracterizan por un contenido no regulado por el derecho y son determinados por razones de oportunidad; por ello, en doctrina suele hablarse de que existen bajo un régimen especial. En este caso, la Ley Antiterrorista (Ley de Secretos Oficiales 62, 1978) le permitía al Estado mantener como secreto las investigaciones que se llevan a cabo por una unidad especializada del Estado en su lucha contra ETA. Un ciudadano aduce haber sido secuestrado por oficiales del Estado y cuando van a ejecutarlo se percatan de que existe un error de identidad y deciden dejarlo en libertad, este denuncia el hecho y años después un juez de instrucción inicia una investigación. Cuando le solicita la información respectiva al Ministerio, se le niega bajo el concepto de que está cubierta por el *secreto de Estado*; el Tribunal Supremo español ordena desclasificar la información como secreta y entregarla al juez. El acto suscita toda clase de críticas; para parte de la doctrina el control judicial de los actos políticos representa su desaparición, y es una verdadera antinomia que un tribunal de legalidad controle actos políticos, que conllevan un alto valor discrecional, pues decidir qué documentos son secretos, son puras consideraciones políticas, al igual que las relaciones internacionales. La discusión concluye con la sentencia condenatoria para los altos cargos del Gobierno español que participaron en la operación y dio como resultado la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, que vino a regular dichos actos y a sujetarlos al control de un magistrado del Tribunal Supremo.

En *Inglaterra*, si bien es cierto que los servicios de inteligencia británicos están bajo la responsabilidad política del Gobierno (el MI5 responde directamente al ministro y este a su vez ante el Parlamento), y tienen un amplio margen de libertad para realizar las investigaciones de contraespionaje, ello no implica que estén exentos del control de los jueces como ocurría en España. Cualquier ciudadano que se sienta afectado por la labor de esta unidad especial puede llevar su caso ante un tribunal especialmente constituido para fiscalizar la labor que realiza el MI5; la jurisdicción

está integrada por tres a cinco jueces, nombrados por un plazo de cinco años y pueden ser reelectos. Entre sus competencias está analizar las quejas contra la unidad de inteligencia y desde luego decidir si la intervención tenía o no un *fundamento razonable*. Cuando la respuesta es negativa, los jueces tienen las potestades suficientes para cerrar el caso y proceder a ordenar la destrucción de cualquier dato obtenido. También está contemplada la indemnización respectiva al afectado.

Lo digno de resaltar es que aun tratándose de oficiales que realizan la importante tarea de contrainteligencia, el sistema potencia que al igual que ocurre en materia procesal penal, al investigarse cualquier hecho delictivo, por grave que sea, el proceso debe ser supervisado y controlado por un juez, así se trate de asuntos que atañan a la seguridad nacional.

V. EL CASO DEL ESTUDIANTE DE DERECHO CONTRA EL PRESIDENTE ABEL PACHECO

En un segundo grado de dificultad se encuentra *el control de los actos de gobierno*. Estos han estado tradicionalmente excluidos del control jurisdiccional; por ello es razonable cuestionarse si un simple comunicado del Poder Ejecutivo al Ministerio de Relaciones Exteriores, donde se compromete el presidente a darle su apoyo al Gobierno de los Estados Unidos en la alianza armada contra Irak, es un acto susceptible de ser fiscalizado por el contralor de constitucionalidad. En nuestro caso, todo funcionario suele jurar, al aceptar el cargo, que cumplirá y respetará nuestra Constitución. El juramento conlleva que aun el presidente le deba obediencia. El recurrente sostiene que el acto es inconstitucional porque en el comunicado consta expresamente que ante el conflicto que se genera entre el terrorismo y la paz no somos neutrales, y por ello, que apoyamos la coalición armada contra el Estado de Irak. Para declarar la guerra se requiere en nuestro país la previa aprobación de la Asamblea Legislativa, y en este caso el Poder Ejecutivo se comprometió con el Gobierno norteamericano sin que previamente el Poder Legislativo hubiera autorizado el acto.

La paz es un elemento esencial de nuestra política nacional. Desde 1949 el ejército fue abolido y los cuarteles fueron convertidos en escuelas. En 1983, lo que era una forma de vida cobró una nueva dimensión jurídica, pues por medio de un *acto unilateral*² ante Naciones Unidas, depositamos la Proclama de

2 En el derecho internacional público, los actos o promesas unilaterales requieren determinados supuestos: a) una manifestación de voluntad inequívoca del Estado de obligarse; b) no es necesario requerir la aceptación de otros Estados; c) la validez no está subordinada a otro acto jurídico.

Neutralidad Perpetua y no Armada, en la que nos obligamos a «practicar una política exterior de neutralidad a fin de no involucrarse real o aparentemente en ningún conflicto bélico. Más aún nos comprometemos a extender nuestros deberes de Estado perpetuamente neutral a los conflictos armados dentro de los Estados». Además, hemos suscrito la Carta de la Organización de Naciones Unidas, la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos a la Paz (Asamblea General de Naciones Unidas, resolución n.º 39/11), la Declaración sobre la Inadmisibilidad de Intervenir en los Asuntos Internos de los Estados y la Protección de su Independencia y Soberanía (Asamblea General de Naciones Unidas, n.º 2131, de 21 de diciembre de 1975), entre otros. En estos instrumentos el valor paz se menciona como un principio transversal, esencial para alcanzar el orden internacional y la solución de los conflictos por medios pacíficos, pero que a la vez se convierten en instrumentos operativos que nos permiten realizar un juicio de valor en cuanto a lo actuado por el presidente.

En esta sentencia desarrollamos por primera vez el concepto de *Constitución viva* y la paz como valor que sustenta las bases del sistema democrático, útil como parámetro constitucional para contrastar si la actuación del presidente es compatible con el sistema de Naciones Unidas para la resolución de conflictos entre las naciones, y desde luego la iniciativa destinada a hacer justicia por propia mano y al margen de los criterios internacionales, es ilícita. Debemos agregar que derivamos de los artículos 12 y 50 de la Constitución la obligación de renunciar al uso de la fuerza para la solución de los conflictos, y nuestra norma suprema señala con claridad que nuestra seguridad debe encontrarse en el derecho internacional, que para la solución pacífica de los conflictos deben respetarse las directrices del Consejo de Seguridad y que el uso de la fuerza siempre será la *ultima ratio*, situación que no se presentaba en el caso bajo estudio. Por el contrario, de los argumentos del Poder Ejecutivo se desprende una voluntad unívoca de apoyar incondicionalmente los fines de la coalición y el empleo de la fuerza en la acción bélica que emprenden contra Irak. Este último aspecto es concluyente para darle la razón al estudiante de derecho que presenta la acción de inconstitucionalidad. En consecuencia, la Sala Constitucional declara con lugar la acción y le ordena al presidente que anule el acto y concomitantemente que se lleven a cabo las gestiones pertinentes, mediante el ministro de Relaciones Exteriores, para que se nos excluya de la coalición. A favor del Ejecutivo, debemos resaltar que al día siguiente que se le notifica la sentencia, ordena proceder conforme se le indica.

VI. EL DERECHO HUMANO A LA PAZ CONTRA LA INDUSTRIA DE LA GUERRA

Varios años después, el mismo estudiante de derecho interpone una nueva acción de inconstitucionalidad en contra de la ministra de Salud y del presidente de la Administración sucesiva. En esta ocasión solicita que se declare la inconstitucionalidad de varias frases contenidas en el decreto ejecutivo n.º 33240-S, que permiten al Ministerio de Salud otorgar el permiso sanitario respectivo para que puedan fabricarse, en el país, armas de guerra (en esta clase se incluyen desde la fabricación de armas livianas a pesadas), accesoriamente también se permite la actividad comercial pertinente para poder extraer uranio y torio, así como la fabricación de reactores nucleares y la elaboración de material nuclear. La Contraloría General de la República se opone a la pretensión, y ciertamente en nuestro medio no tenemos una acción popular de inconstitucionalidad, pero sí se les reconoce a nuestros ciudadanos una amplia legitimación para accionar cuando se invoque la vulneración del derecho a la paz.

En este sentido, y en relación con la defensa del derecho a la paz, la Sala en la sentencia n.º 2004-9992, de 8 de septiembre de 2004, manifestó que el derecho a la paz es un derecho de tercera generación y constituye un valor *fundamental* de la nación de Costa Rica, que «legitima a cualquier costarricense para defenderlo, sin necesidad de juicio previo» y que puede ser considerado como «un interés que atañe a la colectividad en su conjunto». En consecuencia, la acción se admite para su estudio.

La Sala sopesa los argumentos a favor de la actividad comercial, que en criterio de la Procuraduría es lícita, y por otro lado analiza los alcances del valor paz, como parámetro de constitucionalidad. Sostiene la sentencia que:

[...] el derecho a la paz tiene en el sistema costarricense un reconocimiento normativo que se deriva, no solo del texto de la Constitución Política, sino de los tratados internacionales ratificados por nuestro país, un reconocimiento jurisprudencial derivado de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional; y sobre todo un reconocimiento social, conforme al sentir y el actuar de los propios costarricenses.³

3 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, res. n.º 2008-14.193, San José, 10:03 horas de 24 de septiembre de 2008.

Este último aspecto está íntimamente ligado al concepto de *Constitución viva*, comentado previamente, del cual se derivan obligaciones concretas para el Estado y en especial para el Poder Ejecutivo, pues sobre este recae con mayor peso la obligación de fomentar la paz, más aún en nuestro caso que nos hemos comprometido con lo que la doctrina denomina un *pacifismo incondicional o activo*. Por consiguiente, sostenemos que:

[...] un Estado que acepte la paz como un valor constitucional fundamental no podrá conformarse con la noción limitada de que paz es ausencia de guerra, sino que deberá ir más allá, previniendo y rechazando continuamente toda decisión y actuación que pueda propiciar y desembocar tal circunstancia. Ciertamente entre las actividades que pueden considerarse opuestas al espíritu pacifista de una nación o país está la fabricación de armas y la producción de determinados minerales o sustancias químicas. Ellas están directamente ligadas a situaciones de violencia, aun en circunstancias de legítima defensa [...]. Por consiguiente, un Estado que aspire a propiciar la paz, tanto a nivel interno como internacional deberá poner especial cuidado al autorizar la fabricación y/o importación de armas y sustancias químicas en su territorio, rechazando rotundamente aquellas que por su naturaleza han sido pensadas y creadas para favorecer el antivalor de la guerra.⁴

Como consecuencia, se declara con lugar la acción y se anula el decreto ejecutivo cuestionado.

VII. CONCLUSIÓN

Los derechos humanos son, hoy por hoy, el último reducto de las clases más desprotegidas de América Latina; el acceso a la justicia es un aspecto que los Tribunales y Salas Constitucionales deberían de fomentar para garantizar un recurso efectivo, en los términos de los artículos 1, 2 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No basta con que exista el derecho y menos aún es suficiente con que exista *formalmente* un recurso que le garantice la tutela judicial efectiva, si ellos, por razones de pobreza, no son capaces de ejercer los derechos mínimos que la Convención les confiere.⁵

4 Ídem.

5 Corte IDH, caso *Cantos c. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, serie C, n.º 97.

No debemos olvidar que los jueces constitucionales tenemos la obligación de abrir nuevas fronteras en protección de los más necesitados, aunque en doctrina se censure esta posición etiquetándola bajo un supuesto activismo judicial. Debemos recordar que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad se encuentran regulados en los artículos 26 y 30 de la CADH, así como en el Protocolo Adicional a la Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 1 y 5 del Protocolo de San Salvador). Dichas normas nos obligan a potenciar el respeto de los derechos humanos. Desde este punto de vista, nuestra labor es no solo admitir que estamos frente a normas jurídicas, sino que estas son en efecto vinculantes para el Estado, y en aquellos casos en los que el *poder* transgrede cualquiera de las normas de la Convención, estamos en la obligación de declararlo así y ordenar la restitución del derecho vulnerado.

Ciertamente, todo juez constitucional ha visto la resistencia que existe en nuestros respectivos ordenamientos para que las cláusulas convencionales se respeten de manera efectiva. Las razones, como han quedado expuestas, son múltiples. Algunas tienen su fundamento en la prevalencia del derecho interno sobre el internacional, porque este último siempre suele verse como una forma de imposición extraña a nuestro buen derecho nacional. En otras, las razones son más sociológicas que jurídicas, pero siempre el resultado es el mismo, firmamos y ratificamos instrumentos sobre derechos humanos que nos negamos a aplicar en el derecho interno.

Debemos recordar que esas omisiones hacen referencia, en algunos casos, a los derechos mínimos dentro del proceso penal, como el derecho de intimación, de defensa, de legitimidad de la prueba, por mencionar algunos básicos. Otros tutelan a actores muy diversos como el acceso a la información (artículo 13 de la CADH), que tanto les interesa a los periodistas, pero ¿quién de nosotros no desea ser tratado con dignidad, que se le garantice el derecho a la igualdad o el derecho a la vida?

En nuestro caso, y solo como experiencia de derecho comparado, podemos decir que todavía nos falta mucho por andar, aunque admitimos y utilizamos en nuestras sentencias cada vez más la Convención, como derecho exigible, para solucionar los conflictos que se nos presentan. Todavía existen enormes espacios que no hemos abordado. Esperamos que cada vez sean menos, y más los derechos humanos que efectivamente disfruten en nuestra Latinoamérica nuestros ciudadanos.

La justicia constitucional en Guatemala. Casos relevantes (2010-2011)

Aylín Ordóñez Reyna*

I. BREVE SÍNTESIS DEL CONTEXTO

En lo referente a Guatemala, durante el período 2009-2010 se produjo la integración de diversos órganos estatales en una situación en la que se presentó un alto grado de auditoría social hacia los candidatos contendientes a cada uno de los puestos públicos de las magistraturas de la Corte Suprema de Justicia, Salas de la Corte de Apelaciones, fiscal general de la República y defensor público. Los casos de mayor connotación durante ese período fueron presentados en el número anterior de la presente colección.

La situación del contexto guatemalteco con relación al año recién pasado se mantiene con demandas urgentes dentro de las que puede destacarse la seguridad, aspecto que se ha visto altamente afectado en los últimos años por la situación de violencia que azota a Guatemala y el reclamo de los diferentes sectores sociales en los que se exige el cese de la violencia y de la impunidad de aquellos que se sitúan como infractores de la ley. De esa cuenta se presentan el reclamo por la aprobación de normas que de mejor manera sancionen a los responsables de tales hechos delictivos y la efectiva aplicación de estas. Existen otras demandas sociales como la protección del derecho a la salud, la alimentación y la educación dentro de un contexto de serias debilidades para satisfacerlas por la existencia de un presupuesto estatal que se torna insuficiente principalmente por la presencia de una serie de desastres naturales que acentuaron tales necesidades.

* Abogada y notaria por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala. Magíster en Derechos Humanos. Doctora en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona. Coordinadora de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Rafael Landívar. Letrada de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Tal como se anticipaba, en el año 2009 se produjo la conformación de diferentes entes estatales, la de una nueva Corte Suprema de Justicia, Salas de la Corte de Apelaciones, elección de fiscal general de la República y defensora pública.

Hacia finales de 2010, ya concluida la integración de los diferentes puestos públicos, se previó el año electoral pues en septiembre de 2011 se celebrarían las elecciones generales a presidente y vicepresidente de la República, diputados por listado nacional y por distritos electorales, alcaldes y corporaciones municipales de todos los municipios de la República, así como diputados al Parlamento Centroamericano.

Además, dentro del primer trimestre del año debería quedar conformada una nueva Corte de Constitucionalidad (CC), pues el sistema de integración de este Tribunal Constitucional prevé su renovación cada cinco años. De esa cuenta, de no existir reelección de ninguno de sus integrantes, esta renovación podría darse en forma íntegra.¹ En el caso en mención se conformó la CC reeligiendo a dos de sus magistrados titulares, y seleccionando a dos magistrados suplentes que habían desempeñado el cargo en una magistratura anterior. Por otra parte, se puede mencionar que es la primera vez que tres mujeres integran la institución como magistradas.

El sistema de integración tanto de la Corte de Constitucionalidad como de la Corte Suprema de Justicia provoca que concluidos los cinco años de su mandato esta se renueve en su totalidad, por lo que de no reelegirse a alguno de sus integrantes el cambio será completo. También se menciona de manera negativa la duración de cinco años de los cargos, que puede estimarse breve y no acorde con el mantenimiento de la carrera judicial.

Se han realizado estudios y propuestas de reformas constitucionales en los que se mencionan sistemas para la designación de magistrados pertenecientes a la Corte de Constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia, salas de las Cortes de Apelaciones, así como para jueces del resto de tribunales en los cuales se fortalezca la carrera judicial, así como la independencia de los juzgadores. Se ha manifestado un creciente interés por la *reforma constitucional* puesto que solo mediante esta podrían modificarse estos aspectos, y el énfasis especial radica en el fortalecimien-

1 De conformidad con lo previsto en los arts. 268 y 269 de la Constitución, la Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares y cinco magistrados suplentes. Se designan un titular y un suplente por cada una de las siguientes instituciones: Corte Suprema de Justicia en pleno; Congreso de la República en pleno; Presidente de la República en Consejo de Ministros; Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala; Asamblea del Colegio de Abogados.

to en el sector justicia.² Dentro de otros aspectos que se estima de sumo interés fortalecer se encuentra el Ministerio Público, como institución auxiliar de la Administración pública, así como la Policía Nacional Civil. Sin embargo, para la vigencia de las referidas reformas constitucionales, estas deberán ser en primer término discutidas y aprobadas por el Congreso de la República con el voto favorable de dos terceras partes de sus diputados y luego sometidas a consulta popular, la que deberá aprobarlas para que cobren vigencia.

II. SENTENCIAS DE RELEVANCIA

1. Medidas sustitutivas e incommutabilidad de la pena

Derivado de la situación de inseguridad existente en Guatemala, hacia finales de 2009 se emitió el decreto n.º 17-2009 del Congreso de la República, que consideró que era urgente reformar las leyes que constituyen instrumentos idóneos de lucha contra la ola de criminalidad, entre las cuales se destacan la Ley de Armas y Municiones, la Ley Contra la Delincuencia Organizada, el Código Procesal Penal y el Código Penal; especialmente en aquellos temas que permitirían que los fiscales y jueces pudieran realizar una mejor labor de investigación, y de condena en su caso, para combatir el alto grado de impunidad existente. En esta normativa se introdujeron reformas a las leyes antes mencionadas; en su artículo 27 se estipula: «Incommutabilidad de la pena: Cuando la *pena* de prisión a imponerse, de acuerdo a las disposiciones de las leyes que se reforman y la presente, sea incommutable, *no procederá medida sustitutiva alguna*» (énfasis agregado).

El artículo relacionado fue impugnado por inconstitucional reprochándosele que la aplicación de la prisión preventiva devenía obligatoria con esa norma, convirtiéndose esta en la regla general, cuando la prisión debía ser la excepción, por lo que se consideraron limitados los derechos de defensa y libertad personal de los

2 En una propuesta de reformas constitucionales presentada por la Universidad de San Carlos de Guatemala, la Universidad Rafael Landívar y la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASÍES) en el año 2011, se ha propuesto que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia sean electos por un período de diez años. Además, que se renueven parcialmente, de manera que cada cinco años se renovarían seis o siete de ellos, según corresponda, pudiendo ser reelectos hasta el límite de edad de jubilación obligatoria. También se plantea que la presidencia se ejerza por cinco años y no por un año como en la actualidad sucede, sistema que ha provocado serios inconvenientes ante la falta de consenso para definir al Presidente, a tal grado que en una ocasión transcurrió más de la mitad del período del siguiente sin que se lograra consenso sobre el nuevo presidente.

procesados al privárseles siempre y en todos los casos de esa libertad. Se adujo que la prohibición de otorgar medidas sustitutivas para aquellos delitos cuya pena fuera inconmutable introducía una variable contraria a los motivos de aplicación de la prisión preventiva, eliminándose la potestad del juez de valorar si en el caso concreto concurría el riesgo de fuga u obstaculización para la averiguación de la verdad. Se consideró también en la impugnación que al imponerse obligatoriamente la prisión preventiva, sin verificar que fuera necesaria para asegurar los fines procesales, tal medida devenía ilegítima, convirtiéndose en una pena anticipada lo que vulneraría las garantías del juicio previo y la presunción de inocencia, restringiéndose la libertad a quien se le sindicara de un delito, aun sin sentencia condenatoria y contraviendo el contenido del artículo 13 de la Constitución, el cual establece: «No podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin que concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él». La previsión contenida en la norma cuestionada haría que los elementos contemplados en la norma constitucional ya no fueran valorados por el juez, y que este tuviera la potestad discrecional de decretar el auto de prisión o no hacerlo, puesto que según la regulación cuestionada, al ser juzgada la persona por un delito cuya pena sea inconmutable, automáticamente debía imponérsele la prisión preventiva como una consecuencia de la previsión en abstracto realizada por el legislador, con lo cual se consideraba que se trataba como culpable a la persona, aun antes de que se realizara el proceso y se dictara sentencia, aplicándosele un criterio que devenía de la pena del delito, sin siquiera haberse seguido el proceso penal. Se adujo dentro de los argumentos que al eliminarse el carácter facultativo del juez para aplicar la prisión preventiva, se eliminaba también el carácter de excepcionalidad, necesidad y subsidiariedad que debían acompañar a la medida como recurso extremo para garantizar el cumplimiento de la justicia y tratar de asegurar el resultado del proceso por vías de menor afectación para el imputado.

El caso anterior originó el expediente n.º 1194-2009 en la CC, cuya sentencia fue dictada el 8 de febrero de 2011. Dentro del análisis realizado por el referido Tribunal Constitucional se estableció que si bien es cierto que deben adoptarse medidas en un Estado para prevenir y reprimir la comisión de hechos delictivos, no cualquier forma de reacción estatal resulta congruente con el orden constitucional, sino solo aquellas que, dirigiéndose a proteger eficazmente el interés de la sociedad por tales aspectos, garantice a su vez el ejercicio de los derechos y el goce de las libertades del ciudadano, y no exceder lo razonablemente necesario para el logro de aquel fin. Luego se realiza el análisis de la constitucionalidad de la norma relacionada frente a la disposición constitucional que supedita el dictar auto de prisión provisional al

hecho de que preceda la información de haberse cometido un delito y la concurrencia de motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o ha participado en él. Con relación a ello se estableció que la disposición legislativa hacía caso omiso de la potestad delegada en el juzgador por la Constitución, sin importar lo que este pudiera constatar e incluso ignorando las circunstancias específicas del caso bajo juzgamiento, lo que podía estimarse como una injerencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, lo que devenía inconstitucional.

Con relación a la presunción de inocencia se consideró que esta se encontraba reconocida no solo en el texto constitucional sino además regulada en diferentes instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este último establece que la prisión preventiva no debía ser la regla sino que la libertad podía estar subordinada a garantías que aseguraran la comparecencia del acusado al juicio o permitieran la ejecución del fallo. Se estimó con relación a tal tema que la disposición cuestionada inobservaba la presunción de inocencia pues se realizaba una aplicación indiscriminada de la medida, que ya no permitía establecer y valorar la existencia de peligro de fuga y de obstaculización para la averiguación de la verdad, sino que se desconocía tal exigencia, asumiendo que tal valoración no era necesaria, aplicándola en todos los casos, lo que la convertía en una pena anticipada. La norma se declaró inconstitucional por las razones antes consideradas y por ende se expulsó del ordenamiento jurídico.

Resulta de interés el caso anterior, pues si bien es cierto que en Guatemala actualmente existe un clamor popular por el juzgamiento y la sanción de los responsables de hechos delictivos, es necesario que este juzgamiento se produzca en un marco de absoluto respeto a los derechos humanos, y por ello no es dable que se emita y se mantenga la vigencia de normativa que con la pretensión de lograr el fortalecimiento del sistema de justicia penal pueda lesionar el orden constitucional. Por ello resulta interesante mencionar que deben adoptarse las medidas necesarias, tanto legislativas, administrativas y de otro orden para fortalecer el sistema de justicia penal, las que deberán ser dictadas dentro del marco constitucional y de respeto a los derechos humanos.

2. Orden de los apellidos materno y paterno al inscribir a un menor

El Código Civil de Guatemala establece en su artículo 4 que la persona se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados o del de sus padres no casados que lo

hubieren reconocido. Además establece que en el caso de los hijos de madre soltera, serán inscritos con los apellidos de esta. Tal disposición no establece el orden en que deben consignarse los apellidos, sin embargo el Registrador Central de las Personas emitió la circular n.º 31-2009 en la que instruyó a todos los registradores que el nombre de la persona se compone consignando en primer orden el apellido paterno de la persona a inscribir y en segundo el apellido materno.

El procurador de los Derechos Humanos impugnó la referida circular argumentando que se lesionaba el derecho de igualdad de la mujer, pues el Código Civil de Guatemala no establece el orden de los apellidos pero la circular sí lo dispone. Lo anterior provocará que solo el apellido paterno se transmitirá por generaciones perdiéndose el de la madre. Tampoco se permite que se decida por ambos cónyuges la posibilidad de consignar en primer término el apellido materno.

La referida impugnación dio origen al expediente n.º 812-2010 de la CC en el cual se dictó la sentencia de 27 de abril de 2011. La Corte inicia el análisis estableciendo que, a pesar de no encontrarse reconocido en el nivel constitucional el derecho al nombre, este sí posee rango de derecho fundamental a tenor de lo previsto en los tratados internacionales, aplicables según lo previsto en el artículo 46 de la Constitución, y para ello se citan los artículos 3 de la Declaración de los Derechos del Niño, 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Seguidamente se invoca normativa y jurisprudencia europea y latinoamericana con relación al orden de los apellidos en el nombre de una persona y se establece la necesidad de eliminar toda discriminación sexista que de este orden se realice. Dentro de las conclusiones del fallo se establece que:

[...] el nombre es un derecho humano relacionado con el derecho a la identidad y que corresponde a cada individuo como medio de identificación en las esferas familiares, sociales, jurídicas y demás. La existencia de tal elemento trae consigo el derecho de los padres de elegir cuál será el nombre que identificará a su hijo, debiendo entenderse que, a menos que la dinámica social imponga un motivo razonable, los progenitores quedan en la facultad de elegir el orden en el que se deberán consignar los apellidos en el registro correspondiente. Esta es la corriente actual que armoniza con la demanda efectuada a los Estados de eliminar toda forma de discriminación [...].

Sin embargo, se concluye que ante la falta de legislación exhaustiva que regulara la temática, y la posibilidad de incertidumbre jurídica que pudiera surgir ante el posible desacuerdo entre los padres al momento de inscribir el nacimiento de

sus hijos, o la falta de identidad que pudiera surgir de inscribir a algunos hijos con el apellido paterno al inicio y a otros con el materno, se encontraba razonable la disposición general contenida en la circular impugnada; debiéndose entender que la recomendación contenida en la relacionada circular regiría únicamente en los casos en los que no existiera acuerdo de los padres o cuando estos no manifestaran interés en invertir el orden mencionado. Se estimó, en conclusión, que la circular cuestionada no violaba derecho constitucional alguno pues no prohibía la inscripción de los apellidos en un orden diferente del que los padres acordaran, guardando fines exclusivos de organización.

El análisis efectuado a lo largo de las consideraciones de la sentencia resulta interesante así como el análisis de las diferentes legislaciones en torno a esa temática, sin embargo, con idénticos argumentos podría haberse expulsado la circular cuestionada por estimarla inconstitucional al imponer que el apellido del varón va primero y en segundo término el de la mujer y de esa manera garantizarse que no se exija tal orden en detrimento de los derechos de la mujer.

Si bien la sentencia interpretó que esta disposición solo debe regir ante la falta de acuerdo, tal disposición continúa vigente y por ello puede tornarse restrictiva de los derechos de la mujer al desconocerse la sentencia interpretativa vertida con relación a ella, convirtiéndose la circular en la regla y no la excepción para casos de desacuerdo. Además, al dejarse con validez estipulándose que debe regir solo en caso de ausencia de acuerdo de los padres, puede suceder lo que se pretendía prever al dejarla con vigor, como lo es el hecho de que se adopte una decisión por los padres al inscribir a un hijo y otra al inscribir al hijo siguiente.

Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala legisle la temática en forma acorde con el respeto de los derechos humanos, de manera que se reconozca el derecho de la mujer a que sus hijos utilicen en forma inicial su apellido y los derechos de los niños y niñas al nombre.

3. Reformas en materia electoral

Al inicio del año 2011 surgió el interés de diversos partidos políticos por introducir reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, previo al proceso de elecciones; sin embargo, debe tomarse en consideración que esta es una ley constitucional y como tal requiere del voto favorable de la CC para ser reformada, motivo por el cual el Congreso de la República remitió el proyecto de reformas de la referida ley al aludido Tribunal para obtener el dictamen. Dentro de los aspectos que se pretendían modificar pueden mencionarse: a) aumentar el monto de financiamiento

a los partidos políticos de dos a seis dólares de los Estados Unidos por voto válido; b) exención para los medios de comunicación de informar a las autoridades electorales lo referente a la publicidad contratada por los partidos y organizaciones políticas; c) eliminar la obligación de los medios de comunicación de dar igual tratamiento a las organizaciones políticas tanto respecto al precio como a la importancia de la ubicación temporal o espacial de los mensajes publicitarios; d) la calificación de propaganda electoral como la efectuada por los partidos políticos y comités cívicos; e) la definición de lo que constituye propaganda electoral; f) voto en el extranjero.

Con relación a la primera temática en lo referente a aumentar el monto de los aportes estatales por voto válido, la Corte se pronunció desfavorablemente al considerar que el sistema de financiamiento de los partidos políticos debía conformarse no solo por los aportes estatales sino por los aportes de sus afiliados y simpatizantes, de manera que unos y otros puedan integrar un sistema de financiamiento mixto. En el desarrollo del fallo se cita la sentencia de 9 de abril de 1992 del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, con estimaciones como aquellas en las que se relaciona que:

[...] los partidos políticos solo pueden llegar a cumplir su cometido constitucional de servir de cauces para la formación de la voluntad popular si no se alejan de los ciudadanos en sus modos de organización. Si la necesidad económico-estructural que tienen los partidos políticos se saldara predominantemente mediante los recursos públicos, los partidos dejarían de ser independientes [...], los partidos no pueden llegar a ser dependientes del Estado [...], los medios de financiación privada gozan en todo caso de preferencia sobre los públicos. Igualmente que el Estado está limitado en su financiación a cubrir aquel espacio de necesidad financiera que precisan los partidos políticos para el cumplimiento de sus funciones que no pueden cubrir los partidos por sus propios medios [...].

Además se analizó que la referida Ley Electoral prevé que el monto máximo que puede gastar un partido político en su campaña electoral será el equivalente a un dólar por ciudadano empadronado, pero la propuesta pretendía que pudieran recibir seis dólares por voto válido, lo cual no resultaba equitativo. Además que tal parámetro se proponía sin determinar los factores que permitieran establecer la disponibilidad de tal monto o las fuentes de las cuales se obtendría, motivo por el cual se dictaminó en forma desfavorable con relación a esta reforma.

Se opinó desfavorablemente respecto del contenido de los literales *b* y *c* por estimar en cuanto al primero que era contrario al principio de transparencia y por ende

al sistema democrático. En cuanto al literal *c*, porque ello eliminaría una disposición tendente a buscar mayor equidad en la contienda. En cuanto a la propaganda electoral se precisó que esta podía ser efectuada no solo por las organizaciones políticas sino también por los simpatizantes de estas. Se dictaminó favorablemente con relación a la definición de lo que constituía propaganda electoral.

Por último, en lo relativo al voto en el extranjero se consideró que la Constitución no lo prohíbe, por lo que se estima constitucional su inclusión en la Ley Electoral, debiéndose tomar en consideración una serie de aspectos en la norma legal que lo reconozca, tales como la certeza del padrón electoral, la sede para ejercer el sufragio, el tipo de elección en el cual podrá llevarse a cabo, quiénes podrían realizarlo; se estipula que las directrices básicas debían quedar contenidas en la norma de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, la cual podría ser desarrollada por vía reglamentaria por el Tribunal Supremo Electoral. De esa cuenta se realizó una propuesta del contenido que la norma contenida en la ley electoral debía precisar sobre la base de lo considerado anteriormente, para posibilitar de esa manera el voto en el extranjero de los ciudadanos guatemaltecos residentes fuera de Guatemala.

Se estableció además que tales reformas no serían aplicadas para las elecciones 2011 pues la Ley Electoral y de Partidos Políticos establece en su artículo 256 que las reformas efectuadas a esa ley que se realizaran después de haberse convocado a un proceso electoral y antes de que se conozca su resultado no serían aplicables a dicho proceso, por lo que al haberse convocado a elecciones el 2 de mayo de 2011, al proferirse el dictamen el 17 de junio del citado año, tales reformas podrían cobrar vigencia de completar los requisitos necesarios para ello, a partir de un próximo evento eleccionario.

Estimo que el dictamen emitido por la CC es de sumo interés, proferido en consonancia con tendencias actuales relacionadas con el proceso democrático, tales como el financiamiento de los partidos políticos, en los cuales se consideró adecuadamente que no podría ser lógico imponer el costo de las campañas electorales únicamente al Estado, y de una forma en la cual se produjera una desproporción entre lo invertido en la campaña y el monto que debía ser restituido. Además se mantuvo la vigencia de normas tendentes a la transparencia y auditoría social, tales como aquellas que imponen límites en los gastos de campaña y permiten tal supervisión. Por último, lo referente al voto en el extranjero resulta un tema de actualidad que permitirá a los guatemaltecos residentes fuera del territorio nacional ejercer su derecho al sufragio con lo cual continuarán con una vinculación hacia el Estado al que pertenecen, lo que les permite consolidar su identidad.

4. Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Un tema de especial relevancia lo ha constituido la forma de ejecutar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), pues a pesar de que ambas Cortes, tanto la Corte Suprema como la CC reconocen la plena vigencia y obligatoriedad de las sentencias, se ha dificultado definir el proceso para su cumplimiento ante la carencia de alguna normativa interna que desarrolle este aspecto. Ejemplo de ello es lo sucedido en el caso *Bámaca* y el caso *de Las Dos Erres*, ambos contra Guatemala.

Con relación al primer caso puede señalarse que en el plano interno se inició un proceso por el delito de detención ilegal, homicidio, asesinato, lesiones graves, abuso de autoridad y otros cometidos contra Efraín Ciriaco Bámaca Velásquez, y en el diligenciamiento de dicho proceso el Ministerio Público solicitó la clausura provisional y luego el sobreseimiento; se emitió una resolución judicial que así lo declaró. En el plano nacional tal disposición quedó firme.

El caso se envió al sistema interamericano de derechos humanos, en el cual la Corte IDH dictó sentencia en la que condenó al Estado de Guatemala y lo responsabilizó de violar una serie de derechos humanos y decidió que el Estado debía ordenar una investigación para determinar a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se hizo referencia en esa sentencia y divulgar públicamente los resultados de dicha investigación.

La Unidad de Casos Especiales de violaciones de derechos humanos del Ministerio Público solicitó la ejecución de la sentencia a la Corte Suprema de Justicia, y específicamente requirió la anulación del auto de sobreseimiento dictado en el proceso penal y que se reanudara la persecución de los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas contra Efraín Bámaca.

La Corte Suprema de Justicia, sobre la base de tal petición declaró: a) el carácter autoejecutable de los pronunciamientos emitidos por la Corte IDH; b) anuló el auto de sobreseimiento dictado en el proceso penal; c) ordenó remitir las actuaciones procesales al juzgado de primera instancia competente; d) el referido juzgado debía requerir donde correspondiera para proseguir el trámite del expediente en el que debía dar intervención al Ministerio Público.

Como consecuencia de tal resolución, una persona que había sido procesada por la comisión de aquellos delitos promovió amparo alegando que tal decisión de la Corte Suprema de Justicia había sido dictada en exceso de sus facultades, pues utilizó procedimientos no preestablecidos legalmente, variando las formas del pro-

ceso ya que se había ordenado la reapertura de un proceso, lo que se encontraba prohibido por el Código Procesal Penal.

El referido amparo al promoverse contra lo decidido por la Corte Suprema de Justicia fue diligenciado en la CC formándose el expediente n.º 548-2010, cuya sentencia de 25 de agosto de 2010 consideró que existía un desencaje entre lo resuelto por la Corte IDH y lo decidido por la Corte Suprema de Justicia, puesto que del contenido de aquella sentencia no surgía noción cierta que permitiera percibir la fraudulencia del auto de sobreseimiento que acusaba el Ministerio Público, por lo que no se encontraba fundamento para declarar la anulación respecto de aquel, ya que para estimar que fue dictado en fraude de ley era necesario un procedimiento que condujera la probatoria suficiente en relación con la ineficacia de aquella figura procesal otorgada, lo que a la fecha no se había practicado. Por tal motivo acogió la petición de amparo y ordenó a la Corte Suprema de Justicia que sin desconocer en lo mínimo la autoridad de la sentencia de la Corte IDH, era necesario que fundamentara jurídicamente la resolución emitiéndose el debido razonamiento y sin violentar las formas del proceso.

Como consecuencia de ello la Corte Suprema de Justicia al recibir la ejecución de lo resuelto por la CC, decidió anular el auto que declaró la autoejecutividad de las sentencias de la Corte IDH; declarar sin lugar la solicitud de ejecución del fallo de la Corte IDH en el caso *Bámaca*; dejar sin efecto un auto por el que había decidido formular una consulta a la Corte IDH y certificar al juzgado penal que conoció en primera instancia las actuaciones para los efectos correspondientes.

Similar situación ocurrió al pretender ejecutar la sentencia dictada por la Corte IDH contra el Estado de Guatemala en el caso *de las Dos Erres*, en el cual también se promovieron amparos por quienes podrían resultar afectados con la ejecución. En tal situación se originaron los expedientes n.ºs 655-2010 y 656-2010, cuya sentencia se dictó el 18 de enero de 2011.

Se cuestionó en esta ocasión también el exceso de facultades de la Corte Suprema de Justicia al proferir la resolución por la que se pretendía ejecutar lo decidido por el Tribunal Internacional. La decisión de ejecución había declarado la inaplicación de una ley de amnistía —denominada Ley de Reconciliación Nacional— asimismo estableció que se dejaban sin efecto impugnaciones de naturaleza ordinaria y constitucional que los amparistas habían promovido derivadas del proceso penal anterior.

Con relación a lo considerado y decidido por la CC, esta estimó que la inaplicación de la Ley de Reconciliación Nacional devenía de una orden expresa de la Corte IDH, por lo que no se encontraba reproche que hacer al acto reclamado a

ese respecto. Ahora bien, en lo referente a continuar con el proceso penal pero habiendo anulado los medios de impugnación de índole ordinario y constitucional, lo estimó lesivo del derecho de defensa y del derecho de recurrir, puesto que tales mecanismos de defensa habían incluso quedado firmes. Estimó que la continuidad del proceso penal podía lograrse por medio de acciones procesales no limitativas del derecho de defensa, tales como diligencia procesal, atención primordial del proceso, observancia irrestricta de plazos, no otorgar efectos suspensivos a medios de impugnación ordinarios y constitucionales. Se otorgó el amparo para que por la vía de la aclaración y ampliación se pronunciara la Corte Suprema de Justicia en cuanto a dejar sin efecto los medios de impugnación y las acciones constitucionales promovidas en el proceso penal, dándose la instrucción específica a los órganos jurisdiccionales de modos distintos de lograr la continuidad del proceso y eliminar los obstáculos *de facto* y *de iure* a los que la Corte IDH hace alusión en la sentencia ya mencionada.

Lo anteriormente puntualizado evidencia cómo la ejecución de sentencias de la Corte IDH se ha visto sometida a diferentes acciones que cuestionan el procedimiento para llevarla a cabo y le reprochan un exceso de facultades a los tribunales que pretenden ejecutarlas. Debe tomarse en cuenta que ante la inexistencia de procedimiento específico para llevar a cabo tal cumplimiento debería tenerse por válido aquel que permita integrar el ordenamiento jurídico y arribar al resultado ordenado por la Corte IDH. Se aprecia cómo en las sentencias de la CC de Guatemala se acogieron los amparos interpuestos contra el reclamo de ejecución, en un caso anulando la decisión de la Corte Suprema de Justicia y en el otro ordenándose su ampliación y aclaración.

En Guatemala no se cuenta con una disposición legislativa que regule debidamente el procedimiento para ejecutar las sentencias de la Corte IDH, lo que se evidencia urgente; sin embargo, mientras ello suceda los tribunales a los que corresponda ejecutarlas deberán optar por realizar una interpretación que permita llevar a cabo su cumplimiento, integrando el ordenamiento jurídico en armonía con el respeto de los derechos humanos y adoptando procedimientos que en forma expedita permitan su ejecución.

III. CONCLUSIÓN FINAL

La recopilación anterior presenta algunos fallos que han sido de interés por los efectos de generalidad o la temática que en ellos se discute. Se observa que la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos se ha visto en incre-

mento, pues en varias de sus sentencias se aprecia su aplicación directa, y no solo en cuanto a los juzgadores sino también a los reclamos que se formulan, verificándose la tendencia a una mayor inclusión basada en el artículo 46 de la Constitución, que prevé la preeminencia de tratados y convenios internacionales, aceptados y ratificados por Guatemala sobre el derecho interno. Su recepción ha sido en algunos casos mayor que en otros, tal como se describió a lo largo del trabajo, y se espera que la tendencia se mueva progresivamente en el sentido de su mayor recepción.

¿Quién controla al controlador constitucional en el Perú?

César Landa*

I. PRESENTACIÓN

Como el Tribunal Constitucional habla a través de sus sentencias, se puede decir que en este nuevo período la mayoría de jueces progubernamentales que copó el Tribunal en 2008 se ha consolidado, afirmando la línea jurisprudencial iniciada con sus sentencias, que permitieron convalidar la prescripción de la investigación de los delitos de lesa humanidad (caso *El Frontón*), obstaculizar la lucha contra el lavado de activos proveniente del narcotráfico (caso *Abanto Verástegui*), minar la lucha contra la corrupción militar y judicial respectivamente (caso *General Chacón*, caso *Bringas*). Asimismo, se ha permitido el no pago de impuestos a empresas como Transporte Flores, o las tasas por el uso del agua al Jockey Club o a la empresa Leche Gloria, y en el caso *Ríos Castillo* se le ha favorecido para cobrar una considerable suma de dinero, violando escandalosamente todos los requisitos mínimos del debido proceso.

De otro lado, se han limitado derechos fundamentales, tales como el uso de la píldora del día siguiente (caso *Anticoncepción oral de emergencia*), pero se ha sido tolerante con el consumo de drogas en una sede universitaria (caso *Oroya Gallo*), el retorno de un trabajador a un centro laboral separado por asistir en estado etílico (caso *Cayo Mendoza*), o se ha establecido un arancel para favorecer a una empresa monopólica (caso *Cementos Lima*), entre otros. Asimismo, se ha desnaturalizado el control constitucional subsidiario de los laudos arbitrales (caso *Codisa*), la garantía de la neutralidad e independencia judicial (caso *Tudela*, caso *Justicia militar*), y la propia competencia del Tribunal Constitucional al minimizar su naturaleza de ser el guardián de la Constitución (caso *Pro vías nacionales*).

* Ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Todo ello pone en evidencia que la nueva mayoría ha sido la expresión concreta del propósito gubernamental del APRA, del ex presidente Alan García y su aliado el *fujimorismo*, de controlar al Tribunal Constitucional, primero mediante la elección de sus magistrados para luego someterlos al poder público y privado, a través de los procesos y sentencias emitidas *ad hoc*. Esto ha llevado a la pérdida de independencia de la mayoría de los magistrados en el ejercicio del control de los excesos del poder público y privado.

Pero también han vencido sus mandatos dos magistrados (Carlos Mesía y Juan Vergara), así como también vencen su mandato entre julio y setiembre del 2012 cuatro magistrados (Álvarez Miranda, Eto Cruz, Calle Hayén y Beaumont Callirgos). La renovación de los magistrados está en la agenda del nuevo gobierno del Partido Nacionalista del presidente Ollanta Humala (2011-2016) y constituye un reto que permitirá verificar su apuesta por la institucionalidad democrática y su compromiso ético en la elección de los nuevos jueces constitucionales.

II. ANÁLISIS DE CASOS

El balance de la protección de los derechos fundamentales no es siempre uniforme, pero en este período se ha caracterizado por casos que han perturbado el fortalecimiento de la justicia constitucional y la confianza en el Tribunal Constitucional, pilar de la democracia y de la tutela de los derechos humanos. Tal situación es identificable a partir de tres casos paradigmáticos.

1. Derecho a la libertad de información contra derecho a la privacidad de las comunicaciones

En la STC n.º 00655-2010-PHC/TC (caso *Químper*) el Tribunal Constitucional (TC) se pronunció sobre una causa trascendental en la lucha contra la corrupción del gobierno de Alan García (2006-2011), pero para denunciar al periodismo que había difundido las grabaciones de unas interceptaciones telefónicas ilegales, realizadas por la empresa Business Track; en las cuales se aprecian diálogos sobre negociados de altas autoridades del gobierno del APRA, entre ellos el del ex presidente del Consejo de Ministros, Jorge del Castillo, quien tuvo que renunciar a su cargo e hizo caer a todo el gabinete ministerial, a finales de 2008.

En ese entonces, el abogado Alberto Químper era director de la empresa de petróleos del Estado, Petroperú, encargada de otorgar las concesiones petroleras. Pero siendo funcionario público habría favorecido, bajo prebendas pecuniarias, la

concesión de cinco lotes petroleros a la empresa noruega Discover Petroleum —en perjuicio de la empresa Petrotech— en contubernio con el abogado aprista, Rómulo León Alegría, amigo personal del entonces presidente Alan García.

Ante el encubrimiento del caso por los medios de comunicación social áulicos del presidente —*El Comercio*, *RPP*, Canal 8, entre otros—, un grupo de periodistas independientes puso a disposición de un medio de comunicación televisivo, Canal 4, y el diario *La República* los audios para su difusión periodística. Ello permitió abrir una investigación fiscal sobre la corrupción gubernamental, a partir de las evidencias del tráfico de influencias.

Químper demandó que el uso de los audios violaba su derecho a la privacidad de las comunicaciones (artículo 2, inciso 11, de la Constitución); motivo por el cual los audios de la corrupción no podían ser usados como pruebas lícitas en la investigación y posterior proceso penal en su contra. Esto planteó un proceso constitucional de hábeas corpus, en la medida que el juez penal dictó una medida de detención personal durante el inicio de la investigación penal.

En el fondo se planteó el conflicto entre la potestad de la investigación procesal sobre la base de las llamadas pruebas prohibidas, actuadas por la Fiscalía, que es la encargada de dirigir la investigación de los delitos (artículo 159, inciso 5, de la Constitución), y el derecho a la privacidad de las comunicaciones y la prohibición de las pruebas ilícitas (artículo 2, incisos 10 y 24, literal *h*, respectivamente).

La sentencia del TC no realiza un análisis ponderado del caso, entre la defensa del orden público constitucional, es decir la investigación fiscal y judicial ante las evidencias de la comisión del delito de corrupción de funcionario público, y el derecho a la privacidad de las comunicaciones. Por el contrario, el TC centra el análisis de la sentencia en la licitud o ilicitud de las pruebas prohibidas, tal como lo planteó Químper en su demanda.

En ese sentido, declara la inconstitucionalidad del uso de los audios en los procesos de investigación judicial, en la medida que Alberto Químper no autorizó su uso. Pero, como evidencia de la bipolaridad argumental, el TC ordena en mayoría —*extra petita*— que los medios de comunicación social estén prohibidos de difundir conversaciones telefónicas, salvo con una orden judicial o la autorización de los presuntos implicados en actos ilícitos. Más aún, en caso de que no lo hicieran así, el TC dispuso que los periodistas tengan responsabilidad penal. Pero con una resolución «aclaratoria» igualmente en mayoría, se modificó ese extremo del fallo judicial, ante la arremetida de los medios de comunicación en defensa de la libertad de información.

Ello pone en evidencia dos hechos: uno jurídico y otro político. El *jurídico* tiene que ver con la errónea e incoherente argumentación de la sentencia. Por cuanto, de

sus fundamentos no se colige que sea un delito la difusión periodística de audios o vídeos, más aún si contuvieran material delictivo; cosa distinta es que se investigue el origen lícito o ilícito de su obtención. Pero, si de estos se revela la existencia de hechos delictivos, los periodistas no pueden menos que difundirlos al ser un hecho noticioso de interés público; eso sí, bajo responsabilidad.

Pretender invalidar como pruebas válidas las escuchas telefónicas pone al descubierto que a juicio del TC de hoy no serían válidos los hechos ilícitos que contenían los «vladivideos» de la corrupción, que permitieron conocer, denunciar, investigar y sancionar a los principales responsables de la corrupción durante el gobierno de Fujimori. Con la sentencia de Químper, en su momento otros procesados y condenados podrían haber intentado demandar la anulación de las pruebas y fallos condenatorios, dado el carácter vinculante de las sentencias constitucionales.

Desde el punto de vista *político*, se puede señalar que durante el período final del gobierno de García, la libertad de expresión de los medios independientes se constituyó casi en el único instrumento de control de los excesos del poder y en particular de la corrupción gubernamental, por cuanto los organismos estatales encargados de esta no garantizaban independencia e imparcialidad, sino muchas veces encubrimiento e impunidad frente a la corrupción. Tan es así que el propio presidente del TC, Carlos Mesía, está denunciado ante el Congreso de la República por corrupción y nepotismo, por haber favorecido a su esposa con un puesto y sueldo desproporcionados en el propio TC.

Pero, lo más bochornoso de este caso ha sido, también, el mal uso que hizo el TC de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— (caso *Escher y otros c. Brasil*, de 6 de julio de 2009), para invalidar el uso de los audios de Químper en el proceso penal, sobre la base del argumento que no hubo orden judicial ni fue consentido. Sin embargo, en dicho caso la Corte IDH señaló que se produce la violación de la privacidad de las comunicaciones: «a. Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se torna ilegítima» (párrafos 129 y 147).

En consecuencia, las conversaciones grabadas de Químper constituían actos de preparación y de comisión de actos ilícitos, que son materia de responsabilidad penal. Motivo por el cual no caían en el supuesto de la prohibición de la difusión de las conversaciones telefónicas de carácter privado. Salvo que frente a la comisión de hechos delictivos por ese medio, como al parecer sostiene el TC, no puedan ser utilizadas las grabaciones por la justicia, ni los medios de comunicación puedan difundir hechos de interés público, en aras de proteger el derecho a la intimidad

y privacidad de las comunicaciones de los criminales y ladrones, como señaló el Premio Nobel de Literatura Vargas Llosa.

2. Derecho a la propiedad y el debido proceso al interior del TC

En el expediente n.º 00228-2009-PA/TC, el TC declaró que la *operación acordeón* —consistente en la reducción a cero del capital social y su inmediato incremento y que no se encuentra regulada por la legislación comercial nacional— era conforme al ordenamiento jurídico constitucional, siempre que se respetaran los derechos, principios y valores que recoge la Constitución. En ese sentido, debe asegurarse el respeto de los derechos fundamentales de los accionistas minoritarios, a través del establecimiento de mecanismos idóneos para que estos participen y ejerzan sus derechos oportunamente.

La sentencia se origina en el caso de una accionista del 1% de las acciones de la empresa concursada Chiquitoy, que se vio impedida de ejercer su derecho de suscripción preferente debido a que la junta de acreedores de la empresa no estableció los mecanismos necesarios para que los accionistas minoritarios participaran de la *operación acordeón*; ello habría provocado un estado de indefensión que resultó en la vulneración de derechos de configuración legal íntimamente vinculados con el derecho fundamental a la propiedad y a la libre iniciativa privada. Pero lo discutible de este proceso es que fue resuelto reformando previamente el artículo 10-A del reglamento normativo del Tribunal Constitucional, para que el presidente emitiera un voto de calidad (resolución administrativa del presidente n.º 028-2011-P/TC).

En efecto, lo más agravante es que el caso contaba con tres votos por su improcedencia por no ser el amparo la vía adecuada, un voto por *fundada* para que el caso fuera examinado en la vía judicial ordinaria —como planteaban los tres votos por improcedente— y tres votos por fundada —esta última era la postura del presidente—. Así que, dado que se requieren cuatro votos para hacer sentencia no solo sobre el fallo sino también sobre los fundamentos, el presidente decidió ejercer su voto dirimente, sobre la base del artificio de sostener que con su voto se hacían tres votos por fundada y al empatar con los infundados él decidía el fallo; sin considerar que el séptimo voto —*fundada*— no le favorecía. De modo que el voto de la minoría ganó al voto de la mayoría que estaba en contra de la demandante por distintas razones.

En el caso *sub examine*, se presentan dos tipos de arbitrariedades e irregularidades: uno, en el procedimiento de suscripción preferente de acciones alegadas por la parte demandante; y otro, en el procedimiento de resolución de la causa.

Estas arbitrariedades deben ser examinadas a la luz del principio de interdicción de la arbitrariedad y del debido proceso. Dado el agravio producido es importante precisar los derechos o bienes constitucionales en conflicto.

En relación con la *operación acordeón* se aprecia cómo una mayoría de accionistas puede acordar reducir a cero el capital, para inmediatamente volver a adquirir acciones; más aún si esta operación no se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades y puede afectar gravemente los derechos de los accionistas a la propiedad, a la asociación y a la libre iniciativa privada. Pero, a pesar de tener un derecho de preferencia como minoría del 1 % para adquirir las nuevas acciones, la demandante no ejerció su derecho oportunamente, pese a lo previsto en la Ley General de Sociedades. No obstante, demandó la violación de su derecho a la libertad empresarial (artículo 59 de la Constitución) y al derecho de propiedad (artículo 70, *ibidem*).

Es cierto que existe una especial situación de intervención gravosa en los derechos fundamentales alegados y que la justicia constitucional requiere efectuar un análisis que vaya mucho más allá de una evaluación del cumplimiento de requisitos *legales* para la reducción y el aumento del capital social y el ejercicio del derecho de suscripción preferente. Más aún, si una operación societaria puede implicar la *desaparición* de los accionistas de una empresa, es necesario efectuar un análisis desde la Constitución sobre la validez y la legitimidad de una operación societaria de este tipo.

Por ello es importante precisar que pese a que la recurrente tomó conocimiento de la resolución administrativa desestimatoria, no recurrió en contra de la resolución n.º 1569-2007/TDC-INDECOPI emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que desestimó su pretensión; sino que, por el contrario, recurrió al amparo en contra de los acuerdos de la junta de acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, alegando vulneración constitucional. No obstante los acuerdos tomados en junta, a la fecha de la interposición de la demanda habían prescrito, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, el cual establece que: «[e]l plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda». Más aún cuando la vía igualmente satisfactoria era la contenciosa administrativa, máxime si a la fecha de la interposición de la demanda de amparo los plazos para recurrir a la vía contenciosa administrativa no habían vencido todavía.

En efecto, la nulidad de un acuerdo societario tiene una vía administrativa ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, pero que le rechazó el pedido a la demandante en doble instancia. Además, la demandante no cuestionó dicha resolución administrativa en la vía judicial ordinaria; sino que interpuso el proceso de

amparo mencionado, pese a que este no es un proceso alternativo, sino subsidiario al ordinario, según dispone el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. Pero la racionalidad objetiva del caso se vio alterada por la decisión arbitraria de incorporar el voto dirimente a favor del presidente para resolver el caso.

Al respecto, el artículo 4 de la anterior ley orgánica del Tribunal Constitucional (ley n.º 26435, de 23 de diciembre de 1994) estableció que:

De producirse empate para la formación de una resolución, el presidente tiene voto dirimente, salvo para resolver los procesos de inconstitucionalidad, en cuyo caso, de no alcanzarse la mayoría calificada prevista en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada.

La actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no prevé dicho caso; sin embargo, mediante resolución administrativa n.º 028-2011-P/TC, de 24 de marzo de 2011, el presidente del TC dispuso, por mayoría del pleno, reformar el reglamento del TC para que, en caso de empate en las causas jurisdiccionales, él tenga voto de calidad; a pesar de que es un mandato propio de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no de un reglamento. Ello ha sido duramente criticado interna y externamente.¹

La sentencia es relevante porque afirma el autoritarismo judicial con que se maneja el TC en lo jurisdiccional y en lo administrativo; al margen de la previsión legal y el respeto a la lógica de las argumentaciones, así como del voto de la mayoría.

3. Derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas

En los expedientes n.º 0022-2009-PI/TC (Inconstitucionalidad del régimen de formalización y titulación de tierras rurales, decreto legislativo n.º 1089), n.º 06316-2008-PA/TC (Pueblos indígenas no contactados) y n.º 05427-2009-PC/TC (Cumplimiento del convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT), entre otros, originados por las demandas presentadas por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), gremio nacional de los pueblos amazónicos, se

1 Cfr. Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS: «La incorporación del art. 10-A al reglamento normativo del Tribunal Constitucional. El caso *Empresa Agraria Chiquitoy S. A.*», en *Gaceta Constitucional*, t. 41, mayo de 2011, Lima, pp. 21-34; asimismo, Aldo BLUME ROCHA: «El nuevo voto decisorio del presidente del TC: una modificación extraña, inoportuna e inconstitucional», en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=545>.

requirió al TC que se pronunciara sobre los alcances del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, establecido en el Convenio n.º 169 de la OIT.

Estos casos fueron resueltos por el TC en el marco de la «doctrina» que el presidente Alan García expuso en «El perro del hortelano» I y II, difundidos por el diario *El Comercio*. Dicha doctrina consideraba a los pueblos indígenas como poblaciones atrasadas, que debían ser integradas bajo los patrones políticos y morales de la nación, a los beneficios del progreso económico.² Esta concepción, marcadamente jerárquica y conservadora, excluye a los pueblos indígenas de su participación en calidad de ciudadanos, sobre la base de su identidad étnica y social. Sus consecuencias se vieron con patética crudeza en muchos conflictos sociales, como el que aconteció en Bagua en el año 2009, entre policías y nativos, que dejó cruelmente un saldo de 35 muertos. Prueba irrefutable, por tanto, del fracaso de esta «doctrina».

No obstante, a partir de los casos demandados por AIDSESEP se aprecia el cambio progresivo de criterio del TC sobre la temática de la integración intercultural; por cuanto, en la demanda de titulación de tierras se rechazó la petición siempre y cuando se interpretara que estas nuevas reglas no fueran de aplicación para los pueblos indígenas (FJ 56 de la STC n.º 0022-2009-PI/TC). Además, en el caso de los pueblos indígenas no contactados, se rechazó en mayoría la demanda con el argumento de que la buena fe de la declaración de las empresas acerca de la no existencia de poblaciones no contactadas en la zona de exploración petrolera resultaba suficiente en última instancia para rechazar el pedido de suspensión de dicha actividad petrolífera (FF.JJ. 27 a 30 de la STC n.º 06316-2008-PA/TC).

Respecto al cumplimiento del Convenio n.º 169 de la OIT por el Ministerio de Energía y Minas, se declaró inicialmente fundado en parte el incumplimiento de dicho convenio y se exhortó al Congreso de la República a culminar el proceso de aprobación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio n.º 169 de la OIT (FF.JJ. 66 a 69 de la STC n.º 05427-2009-AC/TC); no obstante que los tratados celebrados y en vigor por el Estado peruano forman parte del derecho nacional (artículo 55 de la Constitución). En

2 En dos artículos expone tal visión sobre los procesos de reestructuración económica, que de ser admitida, el país —según su opinión— debería realizar para un supuesto desarrollo. Su visión de los pueblos indígenas en general se expresa en que «existen comunidades artificiales [...] de “mano muerta”, en las que sus habitantes viven en extrema pobreza y esperando que el Estado les lleve toda la ayuda en vez de poner en valor sus cerros y tierras, alquilándolas, transándolas porque si son improductivas para ellos, sí serían productivas con un alto nivel de inversión o de conocimientos que traiga un nuevo comprador». En «El síndrome del perro del hortelano», diario *El Comercio*, 28 de octubre de 2007; asimismo, «Receta para acabar con el perro del hortelano», diario *El Comercio*, 25 de noviembre de 2007.

consecuencia, dicho convenio suscrito por el Perú está vigente desde 1995.³ Pero el TC publicó una resolución aclaratoria, de fecha 24 de agosto de 2010, recaída en el expediente n.º 06316-2008-AA —sobre pueblos indígenas no contactados— en la que estableció de forma grave y escandalosa que el derecho a la consulta solo sería exigible a partir de 11 de junio de 2010, vale decir, a partir de la publicación de la otra sentencia, la n.º 00022-2009-PI/TC —titulación de tierras—, a pesar de que en esta sentencia se había señalado expresamente lo siguiente:

En el caso del Convenio n.º 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03.343-2007-PA/TC [FJ 31], *tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada.* [FJ 9]

[...] Si bien *el Convenio n.º 169 está vigente en nuestro país desde 1995*, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta [...]. [FJ 41] [énfasis agregados]

El fraude procesal se pone de manifiesto en que: primero, se utiliza un recurso de aclaración en un proceso de amparo en defensa de los pueblos no contactados (expediente n.º 06316-2008-AA/TC), para modificar una sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley sobre titulación de tierras (expediente n.º 00022-2009-PI/TC); segundo, se altera de manera inconstitucional la fecha de entrada en vigencia del

3 En este importante convenio suscrito por casi todos los países con población indígena en Latinoamérica se dice, entre otras cosas, que: «Art. 13: Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación [...]. Art. 14: Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia [...]» (Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, OIT, 1989). Todo ello no hace sino demostrar la enorme importancia que en el nivel de los derechos fundamentales y del derecho internacional de los derechos humanos se les ha dispensado a los pueblos indígenas, en el respeto de su cosmovisión, de sus costumbres y de sus valores.

Convenio n.º 169 de la OIT en el Perú, que rige desde el año 1995, para establecer que regirá a partir de la fecha de la publicación de esta última sentencia en la página web del TC, vale decir desde el 11 de junio de 2010.

La consecuencia objetiva de ello es que todos los conflictos sociales, que según la Defensoría del Pueblo entonces alcanzaban la cifra de doscientos cincuenta en todo el país, de los cuales más de ciento veinte se refieren a conflictos socioambientales en los que se encuentran involucradas comunidades nativas y campesinas, ya no iban a poder exigir el cumplimiento del Convenio n.º 169 de la OIT.

En consecuencia, con esta aclaración, la actual mayoría del TC puso un dique a la exigibilidad del derecho a la consulta a los pueblos indígenas del Perú, en los casos de conflictos activos o latentes; lo que adquirió visos de mayor gravedad si se toma en cuenta que en ese entonces existían ochenta y siete conflictos en proceso de diálogo directo o a través de mediaciones, para resolver las controversias entre los pueblos indígenas y los inversionistas interesados en la explotación de los recursos naturales.

Pero en julio del 2011, una vez producida la salida del gobierno del APRA de Alan García y su doctrina de «El perro del hortelano», en el marco del nuevo gobierno nacionalista del presidente Ollanta Humala, el TC cambió nuevamente su jurisprudencia sobre la materia (STC n.º 00024-2009-PI/TC), señalando que:

[...] Respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Esto es, el 2 de febrero de 1995. [...]. En ese sentido, la RTC 6316-2008-PA/C solo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios jurisprudenciales para resolver casos que involucran al derecho a la consulta (STC 0025-2009-PI/TC, FJ n.º 24. [FJ 7]

La fuerza normativa de la Constitución ha permitido, en una primera etapa, que el TC fuera estableciendo las bases de la tutela del derecho al medio ambiente y el reconocimiento de nuevos titulares, como los pueblos indígenas, desde una perspectiva intercultural. Sin embargo, en los últimos años, con jueces faltos de independencia del Gobierno y de las grandes empresas, se ha producido un repliegue en la construcción jurisprudencial de la tutela de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Pero la interculturalidad es un proceso social contemporáneo, con profundas raíces históricas, que se va insertando en las estructuras del Estado constitucional, a pesar de los recodos de alguna jurisprudencia constitucional.

Finalmente, en las democracias estables siempre es un tema irresuelto la tensión que se produce cuando el derecho controla a la política; pero, cuando en una

**SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

democracia de baja intensidad, como la peruana, la política controla al derecho, entonces es tiempo de renovar a los jueces constitucionales para elegir a aquellos que tengan la ciencia, la ética y el coraje para cumplir con su función de controlar los excesos del poder y tutelar los derechos fundamentales.

Jurisprudencia constitucional uruguaya

Martín Risso Ferrand*

I. INTRODUCCIÓN

En los años 2010 y 2011, las novedades referidas a la jurisprudencia constitucional estuvieron situadas en las acciones de amparo y en la incidencia que ha tenido en nuestro país la primera sentencia de condena contra Uruguay expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Dadas las características de esta publicación se centrará el estudio en lo que parece continuar siendo una más que importante evolución, garantista de los derechos humanos, que viene produciéndose en los tribunales de primera y segunda instancias, para terminar luego con la sentencia de la Corte IDH en el caso *Gelman*.

II. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE ACCIONES DE AMPARO

Uno de los aspectos más remarcables de los últimos años es la evolución que viene produciéndose en lo que se ha dado en denominar corrientemente como *amparos médicos*, que refieren, obviamente, a la protección de la salud, el derecho a recibir los mejores tratamientos médicos y el derecho a la vida en general.

1. Ubicación del tema

El artículo 44 de la Constitución uruguaya dispone:

El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y director de la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Uruguay.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

Debe repararse en la oración final del artículo que reconoce como titulares del derecho a recibir gratuitamente los medios de prevención y asistencia a los indigentes y a los *carentes de recursos suficientes*. La primera categoría, indigentes, no ha tenido mayores problemas y desde hace varias décadas el Estado brinda la asistencia médica a los sujetos en esta condición mediante los hospitales públicos, seguros, etcétera. La segunda categoría, por su parte, no presentaba mayores problemas por la existencia histórica de un sistema de salud para trabajadores, jubilados, etcétera, con una amplia cobertura, lo que permitía que quienes no estaban en la indigencia, en general, podían recibir tratamientos médicos razonablemente adecuados.

Las dificultades comenzaron hace algunos años cuando los avances tecnológicos ampliaron notablemente los horizontes de la medicina y condujeron a la existencia de nuevos tratamientos, intervenciones quirúrgicas y fármacos excepcionalmente onerosos. Esto significó que la categoría de *carentes de recursos suficientes* para recibir la asistencia aumentara considerablemente con los lógicos problemas presupuestales y económicos para el Estado.

En la actualidad, y desde hace varios años sin perjuicio de sucesivos ajustes y variantes, existe en Uruguay un sistema de cobertura médica mixta (estatal y privada), en que se brinda asistencia médica a los distintos sujetos sin perjuicio de la existencia de seguros privados fuera del sistema. El Estado se ha visto en la necesidad de complementar esto mediante la creación de una persona jurídica de derecho público no estatal, el Fondo Nacional de Recursos, que administra una partida del presupuesto central para la financiación de tratamientos de alto costo que no pueden ser cumplidos por el sistema mutual privado ni por los hospitales públicos.

Este sistema presenta algunos problemas: a) la negativa a cubrir tratamientos en el extranjero cuando pueden brindarse en Uruguay; b) demoras en el reconocimiento de ciertos medicamentos; c) opción por variantes terapéuticas más económicas; y d) la problemática de los medicamentos biotecnológicos en la medida que se pretende entregar a los enfermos medicamentos similares, más económicos pero sin estudios clínicos que avalen su seguridad y su eficacia.

En el año 2007 comenzaron a presentarse las primeras acciones de amparo, basadas directamente en la Constitución y las normas internacionales, requiriendo que se ordenara al Estado la provisión de ciertos medicamentos de costo elevado. Las primeras sentencias fueron favorables al Estado y rechazaron los amparos basándose en

que: a) si un juez ordena al Estado una acción como la solicitada se estaría violando el principio de separación de poderes; b) no es posible brindar todos los medicamentos de alto costo pues esto resultaría imposible para las finanzas públicas (incluso en alguna ocasión se habló de *derechos o peticiones imposibles*); c) aspectos meramente formales que impedían el progreso de la acción de amparo, etcétera.

2. Evolución

En pocos años el panorama comenzó a cambiar significativamente. Se abandonaron los argumentos meramente formales y, por el contrario, comenzó a priorizarse el derecho sobre la forma. No se recurrió al absurdo argumento del principio de separación de poderes, que resultaba contrario a la propia esencia del mismo. Desde *Marbury c. Madison* (1803) sabemos que los jueces deben aplicar las normas superiores y si constatan una violación en un derecho de un individuo deben arbitrar lo necesario para su protección. Lo mismo ocurrió con los argumentos económicos.

En los últimos dos años hay dos aspectos que merecen ser destacados.

a. Aplicación directa de la Constitución respecto del derecho a la salud

Una es la sentencia n.º 8, de 11 de marzo de 2010, en la que el juzgado letrado de primera instancia consolida una evolución jurisprudencial en cuanto a la utilización (aplicación directa) de la Constitución (artículo 44 citado). Se destaca en el pronunciamiento la existencia del derecho a la salud y su aplicación directa, aun a falta de reglamentación legal, conforme al artículo 332 de la Constitución uruguaya. También se pone fin a toda duda en cuanto a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, en especial el Protocolo de San Salvador en este caso, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales.

Lo anterior parece ser un avance seguro de nuestra jurisprudencia, que se sostiene en el tiempo y que debe ser destacado.

En 2007 era casi imposible que se acogieran demandas de amparos médicos. Hoy, por el contrario, se encuentra una clara sensibilidad y decidida actitud judicial en la garantía de este derecho básico.

b. Medicamentos biotecnológicos

Otro aspecto resuelto por nuestra jurisprudencia y también, a esta altura, con una jurisprudencia firme, es el referente a los medicamentos biotecnológicos. Este ha sido,

y lo sigue siendo, uno de los grandes temas constitucionales en el mundo occidental en materia de salud.

Los medicamentos tradicionales, de síntesis química, podían ser copiados con escasas diferencias respecto a los originales. Esto conducía a que el problema con las copias pasaba a ser básicamente un tema de licencias o patentes. Pero con la aparición y el desarrollo de los medicamentos biotecnológicos, las cosas cambiaron. Estos medicamentos, a diferencia de los químicos, son elaborados partiendo de organismos vivos (normalmente almacenados en bancos celulares), lo que conduce, sumado esto a la complejidad de su procedimiento de elaboración y el tamaño de sus moléculas, a que sea casi imposible de copiarlos seriamente. Esto significa que las copias de los medicamentos biotecnológicos no dan garantías en cuanto a los dos temas centrales de la medicina contemporánea: a) la seguridad (pueden tener efectos colaterales nefastos); y b) su eficacia (ya que pueden ser eficaces o carecer de todo efecto positivo para el paciente). La cuestión pasa, obviamente, por exigir que las copias de los biotecnológicos sean testeados con análisis preclínicos y clínicos a los efectos de garantizar su seguridad y su eficacia (cuando están debidamente testeados se los denomina biosimilares y si carecen de dichos estudios son simples copias). Pero claro, estos estudios encarecen los costos y por ende el precio. Lamentablemente los Estados y seguros privados tienden a suministrar las copias por un problema de costos: hacen primar los aspectos y conveniencias económicas por sobre el derecho a la salud y a recibir asistencia.

Varios casos se plantearon en nuestro país respecto a la problemática de los biotecnológicos y luego de alguna vacilación inicial, nuestra jurisprudencia ha afirmado que: a) la prescripción médica debe ser aceptada salvo muy fuertes argumentos científicos que demuestren el error; y b) los tratamientos deben hacerse con los medicamentos debidamente testeados y respecto a los cuales está garantizada su seguridad y eficacia.

III. SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CASO *GELMAN*

La sentencia de la Corte IDH, de febrero de 2011, tiene tres tipos de efectos y bueno es comenzar con los que no presentan mayores problemas para ir despejando el tema y concentrarnos luego en los aspectos complejos.

1. Efectos precisos o con bajo margen de discrecionalidad

Algunos efectos de la sentencia de la Corte IDH son absolutamente precisos y concretos, como cuando fija determinadas reparaciones pecuniarias.

Otras veces es muy concreta pero da alguna discrecionalidad al Estado uruguayo en cuanto a cómo cumplir. Así ordena al Estado:

- Llevar adelante, conforme los puntos 9 y 10 de la sentencia, una investigación, seria, profunda, de buena fe, sobre los hechos objeto de la sentencia, a los efectos de esclarecerlos, encontrar (si fuera el caso) los restos y, si se identifican, sancionar a los responsables (por supuesto que la obligación de investigar es una obligación de medios y no de resultados). Habrá que decidir cómo se llevará adelante la investigación ya que podría ser judicial, administrativa o mixta. Habrá que ver cuál es la mejor forma de cumplir.
- Realizar un acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado por el caso resuelto y colocar una placa con el nombre de las víctimas en el Servicio de Información de Defensa, lo que implica que el Estado determine, dentro de los parámetros de la sentencia y de buena fe, cuál es la mejor forma de cumplir.
- Realizar las publicaciones internas de la sentencia, implementar un plan de derechos humanos dirigido a jueces y fiscales, y establecer un sistema de información acerca de «las graves violaciones de derechos humanos» cometidas durante la dictadura. También en estos puntos el Estado tiene una discrecionalidad relativa para determinar cómo cumplir.

2. Otros efectos

Pero además de lo anterior, la sentencia, en el punto 11 de la parte dispositiva dispone que:

El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción a los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la sentencia.

Sin perjuicio de algunas dudas que se plantearon recién conocida la sentencia en cuanto a si esta tiene efectos que exceden el caso *Gelman* propiamente dicho (la demanda de la Comisión claramente va más allá del referido caso), la pregunta ahora es cómo deben actuar los jueces en la materia. Los jueces tienen la obliga-

ción de cumplir con la sentencia de la Corte IDH y como siempre ocurre lo harán al resolver los casos en que tienen competencia y considerando la sentencia internacional obligatoria en el marco de las particularidades del caso a resolver.

Para analizar este aspecto es conveniente ir despejando las distintas situaciones que pueden presentarse comenzando con las más sencillas para terminar en la más discutible.

a. Investigación de los hechos

La sentencia es muy clara en cuanto a que no pueden presentarse obstáculos a las investigaciones y excluye expresamente las hipótesis de cosa juzgada, prescripción de delitos y *ne bis in idem*. Es a mi juicio evidente que en ningún caso podrá invocarse ninguna de estas situaciones para detener o no reanudar las investigaciones. Es claro el derecho de las víctimas a saber qué pasó y, en el caso de los desaparecidos, a que se busquen seriamente los restos.

Entiendo, insisto, que es muy claro que ningún juez podrá negarse a investigar invocando prescripción del delito, cosa juzgada o *ne bis in idem*, ya que estos elementos pueden (se verá más adelante) ser obstáculo para la responsabilidad penal de quienes cometieron estos delitos, pero no pueden tener incidencia alguna sobre el derecho a la verdad y a las investigaciones.

b. Responsabilidad penal en casos en que no hubo cosa juzgada, ni prescripción ni ne bis in idem

Esto puede aparecer en casos de delitos nunca llevados a juicio y de ejecución continuada (por ejemplo desaparición de personas) respecto a los cuales el plazo de prescripción renace día a día. Tampoco este caso presenta problemas. Si el juez considera que no se presenta ninguna de las hipótesis mencionadas no habrá obstáculo alguno para juzgar a los acusados y, si se comprueba su participación en el delito, condenarlos conforme derecho.

c. Casos en que el juez actuante considere que hay cosa juzgada sobre la responsabilidad penal de un individuo, o sentencia absolutoria firme o que el delito prescribió

Este es el último punto que plantea la sentencia de la Corte IDH y es sin duda el más complejo.

El juez competente se enfrentará a un caso concreto, con las particularidades que cada caso tiene, y advertirá que: a) por un lado debe cumplir la sentencia internacional que dice que ciertas situaciones no pueden impedir la responsabilidad; y b) por otra parte, normas de derecho interno (e incluso en algún caso el propio artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) que establecen limitaciones a la responsabilidad penal. ¿Qué debe resolver el juez si entiende que hay una contradicción entre lo dicho en el precedente apartado *a* (obligación de cumplir con la sentencia) y el apartado *b* (derechos adquiridos de los acusados por la violación de derechos humanos)?

¿Cómo se solucionan estos casos? En Uruguay, en el marco de una cultura jurídica fuertemente vinculada a las orientaciones francesas clásicas, en general se pretende una solución general que dé la respuesta para todos los casos que surjan en la realidad. Pues bien, la solución de principio es que se debe cumplir íntegramente con las sentencias (nacionales e internacionales) y no podrán invocarse normas internas para eludir las obligaciones internacionales (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Al día de hoy no se ha dictado ninguna resolución en cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH, pero sí hay muchos expedientes recientemente iniciados o desarchivados.

IV. CONCLUSIONES

En definitiva, en materia de amparos se mantiene la evolución de creciente garantismo y protección de los derechos humanos. Cabe recordar que se trata de una tendencia que se ha iniciado recientemente.

La sentencia de la Corte Interamericana, por su parte, siendo la primera condena contra Uruguay ha golpeado fuertemente a la comunidad política y jurídica, y sin dudas sus efectos serán beneficiosos a los fines de continuar en la evolución nacional mencionada.

La justicia constitucional en Venezuela y su creciente instrumentalización

Jesús M. Casal*

I. INTRODUCCIÓN

Nos corresponde poner de relieve los aspectos fundamentales del desempeño de la justicia constitucional en Venezuela, prestando atención a las sentencias relacionadas con los derechos fundamentales que fueron dictadas desde mediados de 2010 hasta el 2011. La más alta instancia de la justicia constitucional en nuestro país es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que el análisis que seguidamente se desarrolla tiene especialmente en cuenta la actuación de dicha sala, sin perjuicio de los comentarios que se formularán sobre algunas sentencias de la Sala Plena del mismo Tribunal Supremo de Justicia.

Después de referirnos a la situación institucional general en la que se inserta el funcionamiento de nuestra justicia constitucional, pasaremos a examinar tres asuntos que han sido abordados por la jurisprudencia constitucional: el derecho de acceso a la información pública y el conocimiento de la remuneración de titulares de órganos constitucionales del Estado, frente al derecho a la intimidad de los funcionarios públicos; el derecho a la participación política y la posibilidad de su restricción mediante la imposición de sanciones por autoridades no judiciales o jurisdiccionales; y el alcance temporal y sustantivo de la inmunidad parlamentaria, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la igualdad.

* Abogado y doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello y director de su Instituto de Investigaciones Jurídicas. Coordinador académico de la Maestría en Derecho Constitucional de la misma Universidad. Profesor de los cursos de doctorado de la Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Comisión Andina de Juristas.

II. TIEMPOS DIFÍCILES PARA LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el período examinado, se ha profundizado el deterioro de la democracia y del Estado de derecho constitucionalmente proclamados. En particular, la subordinación político-ideológica o fáctica del Poder Judicial se ha consolidado, hasta tal punto que hoy nadie espera seriamente que los tribunales puedan ejercer controles sobre el Gobierno, la Administración pública o el Parlamento.

Los órganos de la justicia constitucional han ido abandonando de manera cada vez más franca su función de garantía de los derechos fundamentales y del equilibrio institucional. Esto no significa que tales derechos no estén presentes en la jurisprudencia constitucional, sino que son invocados frecuentemente para justificar intervenciones exorbitantes del Estado en ámbitos sociales diversos, a menudo desde el postulado de que los intereses colectivos, reflejados en ciertos derechos, deben prevalecer siempre sobre los intereses o derechos individuales. Tal ruptura de la unidad de los derechos humanos apalanca la expansión de los poderes estatales a costa de las libertades. En lo concerniente al equilibrio institucional constitucionalmente establecido, el agigantamiento de las facultades de la Presidencia de la República y el alineamiento de todos los órganos del Estado en el nivel nacional, incluyendo a los tribunales, bajo un mismo programa de partido han dejado inanimada la clásica división de poderes. Sobrevive en situación agónica la división vertical o territorial del poder, en virtud del carácter (centro)federal del Estado venezolano, pero las atribuciones y la capacidad de actuación efectiva de las entidades federales y de los municipios han sido ampliamente menoscabadas.

Esta realidad no es nueva aunque se ha agudizado en los últimos años de la vigencia formal de la Constitución de 1999. La jurisdicción constitucional hace tiempo había abdicado de la tarea de llevar a cabo un control efectivo del ejercicio del poder público, siendo más un instrumento de reforzamiento de la dominación ideológica, pero más recientemente está asumiendo sin rubor esta condición. En este contexto es poco lo que cabe esperar de la jurisprudencia constitucional, desde la óptica de la garantía jurisdiccional del constitucionalismo y, por tanto, de los derechos humanos integralmente considerados.

Las dos primeras sentencias que han sido escogidas para el análisis ilustran en buena medida esta degeneración. Las restantes también ejemplifican las dificultades con que se enfrenta el estudio del derecho constitucional en las circunstancias descritas, así como la inclinación de sistemas autoritarios a servirse de las formas jurídicas para legitimar decisiones políticas contrarias a los valores democráticos.

III. EJEMPLIFICACIÓN DE ALGUNAS ORIENTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Seguidamente se intentarán ilustrar algunas de las tendencias de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sobre la base de sentencias emitidas en el período considerado.

1. El acceso a la información pública y el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos

Una polémica decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fue la que desestimó la acción de amparo constitucional interpuesta por la organización Espacio Público contra la negativa de acceso a información pública relacionada con los sueldos de funcionarios públicos. En particular, se había solicitado información sobre la remuneración del contralor general de la República, máxima autoridad de la Contraloría General de la República, y sobre la tabla general de remuneraciones aplicable al personal que labora en esta institución. Se invocó la vulneración de los derechos de petición y de oportuna respuesta, y de acceso a la información pública. La sentencia dictada declaró que no se habían quebrantado estos derechos, entre otras razones porque debía prevalecer, en el caso examinado, el derecho a la intimidad del contralor general de la República y de los demás funcionarios de este organismo sobre el derecho de acceso a la información pública (sentencia de la Sala Constitucional n.º 745, de 15 de julio de 2010).

Este caso dio oportunidad a la Sala Constitucional para pronunciarse sobre un tema cada vez más relevante en las sociedades democráticas contemporáneas como lo es el del acceso a la información pública. La Constitución venezolana brinda soporte normativo a este derecho (artículos 58 y 143), como también lo hacen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela, los cuales ostentan jerarquía constitucional a tenor de esa misma Carta fundamental (artículo 23).

Lo que interesa destacar de la sentencia emitida es la forma como la Sala Constitucional abordó la posible tensión existente entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la vida privada o a la intimidad de los servidores públicos. Igualmente, es importante referirse al tratamiento que desde esa perspectiva recibieron los datos relativos a la remuneración de los funcionarios públicos.

La decisión parte de premisas dogmáticas confusas, que terminan favoreciendo la posición privilegiada que se otorgó a la privacidad de los funcionarios públicos.

Así, dice apoyarse en la clásica teoría de las esferas, de origen germánico, pero yerra al equiparar el concepto de intimidad con el de privacidad, los cuales, al menos desde las coordenadas de esta teoría, no pueden ser equiparados. La esfera de intimidad protege lo que debe estar excluido del acceso por otros sujetos, sin consentimiento del titular del derecho, mientras que la de privacidad comprende lo que en principio debe estar fuera del alcance de los demás, salvo que existan, con estricta observancia del principio de proporcionalidad, razones que justifiquen su conocimiento o divulgación por otras personas. Los términos empleados por la doctrina alemana no necesariamente tienen que ser trasladados en su literalidad al español, ya que en nuestra lengua algunos prefieren usar la expresión intimidad para aludir a la privacidad, pero esto no es explicado por la sentencia, la cual genéricamente califica a la información sobre las remuneraciones de los funcionarios públicos como perteneciente al ámbito de su intimidad.

La Sala Constitucional ha debido examinar con más detenimiento el alcance del derecho a la intimidad en la situación especial de los funcionarios públicos, particularmente cuando están en juego datos o informaciones vinculadas con su desempeño público, como sucede con las remuneraciones percibidas por el ejercicio del cargo. No se pretende desconocer el derecho de quien ostenta una función pública a mantener en reserva aquello que se relacione con su vida privada, pero los criterios de análisis cambian cuando se está en presencia de informaciones estrechamente ligadas al ejercicio de las funciones públicas. En todo caso, la relevancia pública de la información relativa a la remuneración de los funcionarios, especialmente de los titulares de los órganos constitucionales del Estado, como el contralor general de la República, debió conducir a una conclusión diferente de la de la sentencia.

Conviene subrayar que la solicitud de la tabla de remuneraciones del personal que labora en la institución no estaba directamente referida a información personalizada sobre los sueldos u otros emolumentos de cada funcionario de la Contraloría General de la República, pues cabía entender que lo requerido era el tabulador general de sueldos y cargos, lo cual no podía considerarse comprendido por el derecho a la intimidad o al menos no con la significación que le confirió la sentencia.

Adicionalmente, el rechazo del acceso a la información referida a la remuneración del Contralor General de la República fue justificado por la sentencia con el peligroso argumento de que el solicitante debía acreditar motivos especiales por los cuales fuese imperioso el conocimiento y uso de esa información, no siendo suficiente «un interés que se interrelaciona con la necesidad de proteger otro bien jurídico constitucional, este es, la participación ciudadana en la gestión pública»,

ni tampoco «la transparencia de la gestión fiscal, ni siquiera las acciones concretas para las cuales se utilizaría la información solicitada». Esta doctrina jurisprudencial se aparta de los criterios internacionalmente establecidos en materia del derecho de acceso a la información pública (véase la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2006, dictada en el caso *Claude Reyes y otros c. Chile*, párrafo 77), ya que no es exigible ningún interés singular, personal o calificado como condición para el disfrute de ese derecho y para poder participar en los asuntos públicos, disponiendo de la información que permite formarse un juicio sobre temas que interesan al ejercicio de la ciudadanía y al control sobre el manejo de los recursos públicos.

Nótese que en esta decisión la Sala Constitucional aparentemente habría dado prevalencia al derecho individual a la intimidad sobre el derecho de significación social de acceso a la información pública, en contra de lo que, según ya adelantábamos y luego veremos, es la orientación general de su jurisprudencia. Sin embargo, en el fondo también en este pronunciamiento late el criterio de prevalencia de los intereses del Estado o de los detentadores del poder sobre los derechos humanos concebidos en su integridad e indivisibilidad.

2. Las restricciones al derecho de participación política y la lucha contra la corrupción

La potestad que la legislación venezolana otorga al contralor general de la República de imponer sanciones de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos a los responsables de ciertas infracciones administrativas ha estado en el centro del debate constitucional en nuestro país en los últimos años. Se ha cuestionado, con buenas razones como veremos, que una instancia no judicial o jurisdiccional, como la Contraloría General de la República y su máximo titular, pueda aplicar una sanción tan severa que inhabilite a un ciudadano hasta por quince años para el ejercicio de funciones públicas por nombramiento o por elección popular. Ello ha estado aunado a una praxis en virtud de la cual en más de una ocasión dicha sanción ha sido infligida a opositores al actual régimen, que tenían posibilidades reales de ser elegidos a importantes posiciones de poder.

La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n.º 1547, de 17 de octubre de 2011, que estamos incluyendo en este análisis, representa un punto culminante de los pronunciamientos de los tribunales nacionales sobre esta materia. En un artículo anterior de esta publicación del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales tuvimos oportu-

nidad de examinar la postura que dicha sala fijó en dos sentencias del año 2008,¹ según las cuales el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que establece la mencionada facultad del Contralor, es compatible con la Constitución. Tras los pronunciamientos de la Sala Constitucional el asunto fue planteado ante el sistema interamericano de derechos humanos, en lo que respecta a uno de los afectados por las inhabilitaciones, Leopoldo López Mendoza, y en fecha 1 de septiembre de 2011 la Corte IDH emitió su sentencia sobre el caso, la cual condenó al Estado venezolano por la violación, entre otros, del derecho a la participación en los asuntos públicos garantizado por el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ya que el artículo 23.2 de esta, en lo que atañe al poder punitivo estatal, solo permite la inhabilitación política como consecuencia de una condena en proceso penal. La respuesta del Estado venezolano ante esta sentencia de la Corte IDH fue la de dictar, a través de la Sala Constitucional, la sentencia arriba señalada de 17 de octubre de 2011, que declaró inejecutable el fallo de la Corte Interamericana.

Un comentario somero sobre los principales aspectos de esta decisión de la Sala Constitucional excedería los límites de extensión fijados para este trabajo. Por eso solo pondremos de relieve los criterios contenidos en la decisión que resultan más pertinentes para ilustrar las orientaciones de la jurisprudencia constitucional anteriormente esbozadas, los cuales pueden ser resumidos así:

- La Sala Constitucional primeramente ratifica su objetable doctrina jurisprudencial respecto del alcance del artículo 23 de la Constitución —que establece la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela así como la prevalencia de la norma más favorable cuando exista colisión entre la Constitución y alguno de estos tratados—, conforme a la cual corresponde a la Sala Constitucional determinar cuál es la norma más favorable, y por tanto prevalente, en caso de colisión.
- También ratifica la criticable tesis según la cual la CADH, como texto suprahistórico, no puede estar por encima de la Constitución y, en particular, del proyec-

1 Jesús M. CASAL: «Justicia constitucional y derechos fundamentales en Venezuela», en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela. 2009, Montevideo, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 2010, pp. 97 ss.

- to político subyacente a ella, en el cual los intereses colectivos prevalecen sobre los individuales, supuestamente protegidos a ultranza por la citada Convención. Además, resalta la significación de la soberanía y la autodeterminación nacional.
- Luego desarrolla una línea argumental según la cual el objetivo de luchar contra la corrupción no puede ser desplazado o menoscabado por la sentencia de la Corte IDH. Para ello acude parcialmente a reservas contenidas en el voto concurrente del magistrado de la Corte IDH Diego García-Sayán, e invoca tratados ratificados por Venezuela relativos a la lucha contra la corrupción, que considera, indebidamente, tratados sobre derechos humanos.
 - Sostiene que, a la luz de la prevalencia constitucional del interés general sobre los intereses particulares, debe darse preferencia a los tratados internacionales de lucha contra la corrupción sobre la aducida interpretación literal del artículo 23.2 de la CADH.
 - Afirma que no está desconociendo la CADH, ni eludiendo el compromiso de ejecutar las decisiones de la Corte IDH, sino aplicando «un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno», lo cual implicaría, para la Sala Constitucional, una forma de *control de convencionalidad* que estaría a su cargo.
 - Denuncia que la Corte IDH actuó como *potencia colonial* al emitir órdenes directas a órganos del poder público venezolano y al imponer criterios político-ideológicos contrarios al sistema constitucional.

Salta a la vista la gravedad de los criterios esgrimidos por la Sala Constitucional en su decisión. Dicho en pocas palabras, la Sala Constitucional relativiza la fuerza normativa de la Constitución en función de opciones ideológicas colectivistas y nacionalistas que asume como subyacentes al texto constitucional. Igualmente, efectúa una lectura desvalorizadora de los tratados internacionales sobre derechos humanos con asidero en estos mismos postulados. A la universalidad de los derechos se contraponen y superponen la singularidad y la significación de los procesos políticos nacionales y de las elecciones axiológicas que los nutren, ello a pesar de que la Constitución apunta claramente en la dirección de la simbiosis, no del conflicto, entre estas ideas.

Esta tensión en el plano abstracto de la fundamentación se concreta en un razonamiento que da preferencia a la lucha del Estado contra la corrupción sobre los derechos individuales que puedan soportar el reclamo de no ver limitadas las posibilidades de participación política por una decisión que no reúne las condiciones de un acto judicial o jurisdiccional. En los términos de la sentencia de la Sala Constitucional n.º 1265, del 5 de agosto de 2008, que la decisión aquí co-

mentada reproduce, deben «aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide». Y esta prevalencia de los intereses colectivos comprometidos se plantea sin tener en cuenta que el respeto a los derechos humanos de los presuntos responsables de alguna infracción es perfectamente compatible con el objetivo legítimo de combatir la corrupción, pues nada impide articular mecanismos judiciales adecuados destinados a sancionar a los autores de los respectivos ilícitos, tipificados como delitos, y sujetos a enjuiciamiento con las garantías del proceso penal. La extrapolación del criterio sostenido por la sentencia de la Sala Constitucional a otros ámbitos echaría por tierra garantías del debido proceso y principios fundamentales del derecho penal o sancionatorio, en la medida en que siempre cabría aducir que representan un obstáculo para una persecución y castigo más eficientes de las conductas perpetradas. He aquí una muestra de los riesgos de la preferencia general o apriorística que la decisión confiere a los intereses colectivos sobre los derechos individuales.

3. La objetable y sospechosa tesis reductora de la inmunidad parlamentaria

Otras decisiones que merecen ser comentadas guardan relación con la inmunidad parlamentaria. Se trata de las sentencias n.ºs 59 y 60 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, ambas de 9 de noviembre de 2010,² las cuales redujeron el alcance temporal y sustantivo de esta prerrogativa o garantía funcional. Estos pronunciamientos, que dicen inspirarse en la voluntad de asegurar la tutela judicial efectiva y el derecho a la igualdad, ilustran la instrumentalización de la justicia constitucional a la que antes nos referimos y, a la vez, las dificultades para el tratamiento de los temas constitucionales en un contexto como el descrito.

Decimos esto último porque no faltarían buenas razones para repensar la institución de la inmunidad parlamentaria y para cuestionarse sobre su justificación en un Estado de derecho, el cual debe garantizar la tutela judicial efectiva y el derecho a la igualdad. Al mismo tiempo, no debe perderse de vista que en ciertas circunstancias se invocan interesada y erróneamente estos derechos para erosionar

2 En una dirección similar apunta la sentencia n.º 58 de la Sala Plena, también de 9 de noviembre de 2010, aunque esta no llegó a desarrollar la nueva tesis jurisprudencial en todo su alcance.

el marco de pluralismo democrático y de respeto a los derechos de las minorías sin el cual los derechos humanos están en serio peligro.

En todo caso, en la medida en que una evaluación crítica de los criterios imperantes en relación con la inmunidad parlamentaria quiera inscribirse no en una reflexión sobre la regulación constitucional deseable (*lege ferenda*) sino en una interpretación del orden constitucional vigente (*lege lata*), como corresponde a los jueces constitucionales al resolver una controversia, se habrá de tener primeramente en cuenta lo dispuesto en las normas constitucionales pertinentes, sin perjuicio de la interpretación sistemática, subjetiva, histórica, o teleológica a la cual puedan ser sometidas. Y no descartamos que una lectura adecuada del artículo 200 de la Constitución venezolana,³ que consagra la inmunidad parlamentaria, pueda conducir, a la luz de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, a una reducción del alcance que tradicionalmente se le ha atribuido en nuestro ordenamiento, también durante la vigencia de la Constitución de 1999, hasta la adopción de las sentencias precitadas.

No obstante, los criterios reductores empleados en tales sentencias son sumamente discutibles y han estado acompañados de móviles políticos fácilmente apreciables, como a continuación expondremos. Se analizarán estos criterios y luego se hará mención a su contexto político.

La limitación de la inmunidad impuesta por las sentencias citadas tiene la siguiente extensión: en cuanto al comienzo de la inmunidad, se determina que esta se activa no desde la proclamación del diputado, como dispone el artículo 200 de la Constitución, sino desde que este asume las funciones respectivas al incorporarse a la Cámara; en lo concerniente a su significación temporal, se precisa además que dicha prerrogativa no es aplicable a delitos cometidos e investigaciones iniciadas antes de tal incorporación a la Cámara; en lo que respecta al alcance sustantivo de la inmunidad, se establece que esta solo rige *contra el arresto* o más bien contra

3 El art. 200 de la Constitución en vigor dispone: «Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia. Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que violen la inmunidad de los o las integrantes de la Asamblea Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley».

el *arresto premeditado*, no *contra el proceso* o enjuiciamiento penal. Examinemos cada uno de estos criterios jurisprudenciales.

Se resuelve, primeramente, que los diputados solo gozan de inmunidad a partir de su incorporación al cuerpo, lo cual presupone su calificación como tales por la Asamblea Nacional —acto puramente declarativo emitido tras verificar la proclamación del diputado—, así como su juramentación. No obstante, la Constitución es clara al disponer: «Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo». Esta referencia a la proclamación como acto desencadenante de la inmunidad parlamentaria tiene fundamento, ya que la condición de diputado jurídicamente se adquiere con la proclamación. La titularidad del mandato parlamentario comienza con la proclamación,⁴ aunque su ejercicio queda supeditado a la incorporación del diputado a la Cámara. Por tanto, cuando la Constitución indica que el disfrute de la inmunidad empieza con la proclamación, es decir, con el momento de adquisición de la titularidad del mandato parlamentario, está optando por un régimen de la inmunidad en el cual se protege al diputado incluso frente a actos de persecución previos a su incorporación al cuerpo legislativo. Esta precaución es razonable, pues si la inmunidad se iniciara con la efectiva incorporación a la Cámara, podrían activarse mecanismos penales contra el diputado después de la proclamación y antes de su juramentación, los cuales, si tienen la envergadura de una privación de libertad, le impedirán incorporarse a la Cámara y dejarían en vilo su (expectativa de) inmunidad parlamentaria.

Se establece, en segundo término, que la inmunidad parlamentaria no representa obstáculo alguno frente a los procesos o medidas de coerción personal relacionados con hechos anteriores al disfrute de la inmunidad, esto es, previos a la incorporación del diputado a la Asamblea Nacional. Este criterio resulta discutible, sobre todo desde la perspectiva que, como de inmediato se apreciará, asume el Tribunal Supremo de Justicia al evaluar la justificación de la inmunidad parlamentaria, ya que un hecho anterior a la proclamación del diputado, o a su incorporación a la Cámara, que originalmente no hubiera suscitado una persecución penal, pudiera dar lugar luego a una investigación y persecución que menoscabe el ejercicio de la función parlamentaria, ante lo cual estaría de entrada descartado un examen por la Asamblea Nacional sobre el allanamiento o no de la inmunidad. Asimismo,

4 Orlando TOVAR: *Derecho parlamentario*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1973, pp. 45-46.

una investigación penal previa, ya abierta pero que no hubiera arrojado resultados y se hallara dormida, podría ser reactivada tras la proclamación o juramentación de un diputado.

Por último, se declara que, de acuerdo con la Constitución de 1999, la inmunidad parlamentaria no se refiere al enjuiciamiento de los diputados sino solo a su detención durante el proceso penal. Es decir, la adquisición o goce de la inmunidad, conforme a la nueva interpretación, ya no es un impedimento para el inicio o la prosecución del proceso penal contra un diputado, sino solo un obstáculo para su privación de libertad durante tal proceso. Los diputados gozan de la prerrogativa del antejuicio de mérito, al igual que otros altos funcionarios, respecto de los procesos incoados con posterioridad a su juramentación, pero si se hallan méritos para el enjuiciamiento, el proceso penal sigue su curso y solo hay que requerir autorización a la Asamblea Nacional (allanamiento de la inmunidad) para la ejecución de las medidas privativas de libertad que ordene el juez competente. Esta tesis se basa en la premisa de que la razón de ser de la inmunidad parlamentaria es que el órgano legislativo nacional «no sufra cambios inesperados en su composición, o se vea imposibilitado de tomar una decisión debido a lo inadvertido de dichos cambios»; en otras palabras, «la condición de la cual se hace depender la protección que conlleva gozar de inmunidad parlamentaria consiste en que se detenga de forma inesperada y simulada a un parlamentario con la intención real de obstaculizar o impedir el normal funcionamiento del Parlamento». En este sentido es que la Sala Plena entiende la afirmación según la cual la inmunidad protege al diputado frente al *arresto premeditado*.

No obstante, la verdad es que la premisa de la cual dice partir la sentencia está mal formulada. No es cierto que la inmunidad solo ampare frente a detenciones simuladas o imprevistas; tampoco que la inmunidad vaya dirigida a evitar que el Parlamento «sufra cambios inesperados en su composición». La inmunidad rige frente a toda detención, u otra medida de persecución penal, que se pretenda aplicar sobre un diputado, porque la Constitución presume que atenta contra el cabal funcionamiento de la Asamblea Nacional. Sin embargo, la propia Constitución deja abierta la posibilidad de allanar la inmunidad parlamentaria, para aquellos casos en los que el funcionamiento adecuado del Parlamento, y la independencia del diputado sin la cual aquel no resulta posible, no estén comprometidos. Ello además en atención al derecho a la tutela judicial efectiva.

Precisamente, uno de los graves equívocos de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia radica en que confunden la cuestión de la titularidad o del disfrute de la inmunidad con la de la posibilidad de su allanamiento. La valoración de si una detención o un proceso son simulados, o de los móviles políticos a los que

puedan responder, y de la repercusión que tales actuaciones tengan sobre el buen funcionamiento del Parlamento, corresponde al momento de la apreciación de la justificación o no del allanamiento, no al del reconocimiento de la titularidad o goce de la inmunidad.

Muestra de esta confusión es el ejemplo que aporta la sentencia n.º 59: «Incluso, algunos autores sostienen que si el hecho que presuntamente tiene carácter de delito se comete en los pasillos de la Asamblea o el Congreso (en el caso de la inviolabilidad parlamentaria), el parlamentario puede ser desaforado porque en el supuesto de receso no se está cumpliendo con el encargo legislativo».

Nótese que aquí se hace patente la confusión en que se incurre entre el reconocimiento de la titularidad o goce de la inmunidad y la posibilidad del allanamiento de esta. Aparte del solapamiento que se observa entre la inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias, el ejemplo prueba el equívoco que advertimos. Así, si un diputado comete un delito de lesiones en los pasillos de la Asamblea Nacional, goza indudablemente de inmunidad, solo que la plenaria de la Asamblea Nacional puede, previo cumplimiento del procedimiento reglamentario, allanarle la inmunidad, es decir, el diputado *puede ser desaforado*. Pero para ser desaforado el diputado tiene que disfrutar de la inmunidad, y esto es precisamente lo que, en el supuesto aludido, la sentencia citada niega.

La inmunidad no depende de que exista una detención simulada ni opera solo frente a detenciones inesperadas. Rige frente a toda privación de libertad que pretenda ser practicada sobre un diputado. No obstante, si se cumple el procedimiento constitucional, lo que normalmente supone la declaratoria de mérito por el Tribunal Supremo de Justicia, la Asamblea Nacional puede examinar la procedencia del allanamiento de la inmunidad, lo cual implica analizar si hay móviles políticos tras el procesamiento, o tras la privación de libertad. Además, deben considerarse los efectos que el enjuiciamiento o la detención del diputado vayan a tener sobre el funcionamiento del Parlamento, en el cumplimiento de sus tareas de legislación o control. La Asamblea Nacional pudiera, por ejemplo, no otorgar el allanamiento por el tiempo imprescindible para que un diputado culmine su participación en labores de investigación sobre el gobierno que se le hayan encomendado.

Por tanto, el goce de la inmunidad parlamentaria no está supeditado a la existencia de una simulación que acompañe a un proceso o detención. Ello constituiría más bien una razón para negar el allanamiento de la inmunidad, la cual rige respecto del proceso o la detención abstractamente visualizados. Si la Asamblea Nacional se rehúsa injustificadamente a allanar la inmunidad de un diputado, al tratarse de un caso en el que no existan motivos políticos o efectos institucionales

como los señalados, se activarían los mecanismos de la justicia constitucional para remediar la violación al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a la igualdad que ello seguramente comportaría.

Conviene apuntar, finalmente, que las sentencias criticadas permitieron al gobierno enfrentar la situación planteada por la elección como diputados, en septiembre de 2010, de figuras de la oposición sometidas a procesos penales, en los cuales no había recaído sentencia firme. Gracias a estas decisiones la bancada oficialista en la Asamblea Nacional, que cuenta con holgada mayoría, ni siquiera tuvo que asumir el costo político de allanar la inmunidad parlamentaria a estos diputados recién elegidos, lo cual, por lo demás, no en todos los casos hubiera sido una decisión respetuosa de los principios constitucionales involucrados, ante las evidencias de persecución por móviles políticos. La mayoría parlamentaria simplemente se apertrechó en la tesis, servida en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia mes y medio después de la elección correspondiente, de que los imputados no gozaban de inmunidad.

Si estos casos fueran examinados prescindiendo del contexto político, pudiera pensarse que en ellos la justicia constitucional quiso ser leal a su misión de asegurar la preeminencia de los derechos humanos, pero los equívocos interpretativos o argumentativos en que se ha incurrido, sumados al trasfondo de las respectivas decisiones, hace de nuevo palpable la orientación general de dejar a salvo los supremos intereses de los detentadores del poder.



La Fundación Konrad Adenauer es una fundación política de origen alemán allegada a los principios de la Unión Demócrata Cristiana (CDU), comprometida con el diálogo y la cooperación con instituciones estatales, partidos políticos, sectores académicos y organizaciones de la sociedad civil para fomentar la democracia, el Estado de derecho y la economía social de mercado.

El trabajo de la Fundación a través de sus oficinas nacionales es complementado por la existencia de programas regionales temáticamente especializados, como el Programa Estado de Derecho para América Latina, con sede en Bogotá.

Entre los propósitos del Programa Estado de Derecho está el apoyo dirigido y sostenido al desarrollo y la profundización de un orden jurídico justo, democrático y eficiente en la región latinoamericana con plena comprensión y aplicación de los principios del Estado de derecho y amplia protección, respeto y garantía de los derechos humanos.

En razón de ello, el Programa Estado de Derecho ha convocado y fomentado la discusión de expertos internacionales de Latinoamérica, quienes han cooperado con sus fructíferas y relevantes reflexiones políticas y jurídicas al cumplimiento de estos propósitos. Uno de los grupos de estudio que hacen parte de este compromiso del Programa y de la Fundación es el de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, integrado por importantes juristas y analistas de la región y de cuyo trabajo inspirador nace la presente publicación.