Osvaldo Alfredo Gozaíni

CONTROL CONSTITUCIONAL Y DE CONVENCIONALIDAD

EDICIONES NUEVA JURÍDICA
2017

Reservados todos los derechos

© Osvaldo Alfredo Gozaíni

© Ediciones Nueva Jurídica
Carrera 34A No. 25D - 17 - Nueva Sede

4040050
Móvil: 310 5627526 - 310 5627538
E-mail: nueva_juridica@yahoo.com
www.edicionesnuevajuridica.com

ISBN 978-958-46--

Quedan reservados todos los derechos, sin previa autorización de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas en la ley, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos en la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamos públicos.

Diagramación electrónica y portada: Ediciones Nueva Jurídica

Impreso en Colombia / Printed in Colombia

© 2017. Bogotá D.C. - Colombia

Dedicado a

Angela María Buitrago Ruiz

y

Eurípides de Jesús Cuevas y Cuevas

CAPÍTULO I
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. La supremacía constitucional

1.1 El principio de supremacía constitucional elabora tras sí una idea común para los sistemas de control. La Constitución es una Norma Fundamental, y contiene fundamentos, principios y valores que se transmiten orientando al resto del ordenamiento jurídico.

> García de Enterría ha señalado que la supremacía de la Constitución se fundamenta en varias razones. Primero, porque ella define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución, una ley será válida o un reglamento vinculante. En este sentido, es la primera de las normas de producción, la norma *normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante, limitada a objetos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido ([1]).

Es una norma superior y por eso subordina jerárquicamente la producción legislativa, inclusive, a las sentencias judiciales que deben acatar las finalidades dispuestas por la Constitución.

1 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1995, ps. 35 y ss.

Como rápidamente se advierte, se trata de una regla pensada hacia adentro; es decir, privilegia la idea de la soberanía del Estado y se aísla del contexto externo que la circunda.

1.2 No quiere decir esto que el Estado se encierre en un sistema propio dominado por la idiosincrasia y el principio de legalidad; vale decir, que quede mensurado en los límites del modelo social y de las normas que se dicten bajo la tutela de la Norma Fundamental.

En realidad, el principio de la supremacía responde a un tiempo histórico superado, o al menos así lo creemos, porque anida en ese concepto un destino permanente donde la ley se iguala con la certidumbre y la seguridad jurídica; y en la cual, la Constitución es la ley de leyes, pero siempre rígida e invulnerable.

> Señala Sagüés, que para que sea posible ejercer un control sobre la constitucionalidad de las leyes, es preciso que la Constitución sea rígida total o parcialmente, ya que ese carácter hace que no sea como las leyes ordinarias, porque es suprema. Dicho en otros términos: La Constitución rígida es la súper ley ([2]).

Este entendimiento constituye un baluarte de cuatro siglos que ha pergeñado la noción del estatismo y la legalidad, en la cual el Poder administra y controla y los ciudadanos gozan y disfrutan en la medida de los derechos disponibles; los que están escritos y asentados en un orden cerrado al ser impermeable a otros valores.

1.3 El paradigma afinca en lo que Zagrebelsky denomina la "soberanía de la Constitución" [(3)], donde insistiendo en su conocida tesis, sostiene que esto se ha desmoronado porque la soberanía no es actualmente un rasgo característico.

> Agrega el profesor de Turín que, las sociedades pluralistas actuales –es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo

2 Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario,* tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1992 (3ª edición), p. 13.

3 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1974, p. 13.

> o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado-, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.

Esta división entre la *ley* y los *derechos* supone traer un techo diferente al concepto de *supremacía*, una suerte de súper legalidad constitucional que obliga a quienes concretan el control de constitucionalidad a mirar hacia esos principios y valores antes que lo se ha concretado por escrito en el marco de la legalidad disciplinada.

> De algún modo, sostiene Zagrebelsky, esta idea está implícita en las Declaraciones americanas que fundamentan los derechos en una esfera jurídica que precede a los derechos que pueda establecer el legislador. Antes los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas, primero de las externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de una legislación omnipotente...[...]. Los derechos, en cuanto patrimonio subjetivo independiente, constituían a los individuos en sujetos originarios y soberanos y de este modo hacían posible el acto de delegación constitucional, fundando el *Government* y, en él, el poder legislativo. La ley, cabe decir, derivaba de los derechos, justamente lo contrario de lo que sucedía en Francia, donde eran los derechos los que derivaban de la ley. Aquí, la soberanía de la ley; allí, la soberanía de los derechos.

2. Modelos para el control

2.1 Efectuadas las advertencias que preceden cabe anotar cuáles son los modelos que activan el compromiso por fiscalizar el cumplimiento de los fines constitucionales. Originariamente obedecieron a necesidades políticas diferentes, donde el eje pasó por la intervención

del parlamento, o de tribunales especiales que resistieron en Europa a los jueces comunes como vía para articular la función de control. Por su parte, Estados Unidos prefirió que fueran todos los jueces quienes actuaran dicha misión, de manera que se han generado funciones y modelos, a saber:

a) Político

b) Jurisdiccional { *Tribunales constitucionales* / *Jueces ordinarios / constitucionales* }

2.2 Luego, los que desplazan la actividad en jueces, suelen llamarse esquemas: a) *Concentrados y* b) *Difusos*

Ahora bien, esta clasificación tradicional solo tiene valor para mostrar cuál es el órgano encargado de la tarea constitucional, pero poca utilidad presta al motivo de resolver cómo practican esa función.

> Por eso, suele preguntarse ¿realmente la distinción entre control sobre disposiciones y control sobre normas es realmente lo más importante de todo? ¿O más bien la circunstancia de que el control opere sobre un texto normativo antes que sobre la disposición aplicada (la norma) influye más que la extensión y la fuerza (o valor o "rango") de las normas objeto (o parámetro) del control? ¿Tal diferenciación es, sobre todo, más importante a efectos clasificatorios del hecho que se controlen competencias de entes y de órganos, o más bien (o también) lesiones de situaciones jurídicas de los ciudadanos? La respuesta podría ser afirmativa –sostiene Pegoraro-, pero asumir tales elementos como criterio único y exclusivo de diferenciación parece limitativo, y útil tan sólo para esbozar en sus grandes líneas la tipología (siempre más rica) del control de constitucionalidad ([4]).

Por tanto, una división cabal debe atender el sistema procesal que se aplica de modo que los ordenamientos son los catálogos principales merced a las posibilidades y alcances que en cada caso se admiten, ofreciendo dentro de un mismo modelo (por ejemplo, difuso),

4 Pegoraro, Lucio, *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos,* en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución-, nº 2, julio/diciembre 2004, Porrúa, México, ps. 131 y ss.

extensiones y limitaciones que los distinguen y hacen diferentes a pesar de estar en un mismo grupo clasificatorio.

2.3 En el modelo político se interpreta que la voluntad del pueblo se expresa a través de sus representantes en la asamblea parlamentaria; en consecuencia, es peligroso permitir la discrecionalidad judicial que adapte cada caso que analiza a una peculiar forma de interpretación.

El "gobierno de los jueces" a través de las sentencias, se pretende evitar de manera *objetiva.* Sólo deben aplicar la ley, jamás interpretarla, que equivale a decir, que no pueden darle una inteligencia particular.

Descifrar la ley está prohibido porque la soberanía del parlamento es invulnerable toda vez que en ella radica la legalidad y legitimidad delegada por el pueblo.

> La expresión "gobierno de los jueces" fue introducida en Francia por Eduardo Lambert, quien la hace figurar en el título mismo de su obra (1921). Él califica de ese modo el papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Dice Troper que la fórmula se utiliza en nuestros días, generalmente, con una connotación peyorativa, cada vez que se desea criticar el poder excesivo de los jueces, particularmente, aunque no de manera exclusiva, tratándose de las cortes constitucionales. Existe en Estados Unidos una expresión equivalente: *Government by the Judiciary*, pero su uso es mucho menos extendido; lo que se explica porque en el contexto del *common law* no es sorprendente que los jueces creen derecho y, por ello, constituyan una parte del gobierno, mientras que en Francia, Montesquieu mediante, la función del juez no constituye un poder, porque consiste en obtener la conclusión de un silogismo, del cual la ley es la premisa mayor y el hecho la menor ([5]).

El trasfondo de esta línea conductiva se emplaza en la "desconfianza hacia los jueces", tal como se ha propuesto diferenciar al modelo respecto al sistema difuso de control de constitucionalidad.

La particularidad está en que, propiamente, no hay un encargado de vigilar el cumplimiento de los mandamientos de la Constitución

5 Troper, Michel, *Del gobierno de los jueces al gobierno por los jueces,* traducción de Bernardo Bolaños, en "Jueces y Derechos" (Problemas contemporáneos), Porrúa – UNAM, México, 2004, ps. 177 y ss.

porque el parámetro es puramente objetivo. Las leyes, cualquiera sea su origen, se aplican, nada más.

Históricamente es producto de las ideas que consolidó la época posterior a la revolución francesa, es decir, al tiempo de la codificación que señala y concreta los derechos subjetivos, con un fuerte acento en el derecho de propiedad individual; y el tiempo del constitucionalismo, que a través de las Normas Fundamentales orientaron, de una vez y para siempre (esa era la idea central) los derechos básicos de las personas físicas.

Es el mismo temperamento que afinca en el código procesal francés de principios del siglo XIX, dando reglas de protección únicamente a quienes podían acreditar la titularidad del interés reclamado.

También se corresponde con el tiempo dogmático del principio de legalidad. Lo escrito domina sobre lo inmanente; la ley es lo seguro, ofrece certeza. Cuando el juez aplica la ley dice lo justo; por eso cuando interpreta a voluntad, comete la más pecaminosa aberración, porque se aparta de lo que el pueblo quiere. El juez, recordemos, "es la boca de la ley".

2.4 Este esquema está abandonado actualmente, porque en esencia, es el "anti control", no existe fiscalización alguna, y ha tornado en Francia tras la formación del "Consejo Constitucional" que, adaptado, sigue siendo una forma de control político.

> Explica Zagrebelsky que se trata de un control "a priori" que confronta entre textos normativos, con independencia de su aplicación puntual a casos concretos, y, aunque haya habido aperturas a la exigencia de un juicio contradictorio, no contempla la representación de las razones de los titulares de los derechos frente a las razones de los "señores" de la ley. En el estilo de la doctrina francesa sigue prevaleciendo la idea de un derecho "de una sola vertiente", un derecho como legislación (ordinaria o constitucional), y la ciencia del derecho es aún, de entre todas las tendencias existentes en los distintos países europeos, la más ligada a actitudes iusprivatistas de estricto servicio al derecho establecido ([6]).

6 Zagrebelsky, *El derecho dúctil,* cit., p. 66.

Es un control preventivo susceptible de ser activado, exclusivamente, por autoridades políticas. Por ejemplo, si se trata de leyes ordinarias, solo pueden impugnar –antes de la promulgación-, el presidente de la república, el primer ministro, el presidente de la Asamblea nacional y el presidente del Senado.

> Dice Favoreau que entre los años 1970/1973 el Consejo Constitucional dictó cuatro fallos que operaron una verdadera revolución, al reconocer fuerza jurídica al Preámbulo de la Constitución. Así, de una sola vez, se ha conferido valor de derecho positivo a la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano,* del 26 de agosto de 1789 y al *Preámbulo de la Constitución* de 1946 que contiene dos elementos: por una parte, la remisión a los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República", y por otra parte, la enumeración de una decena de apartados de nuevos derechos o principios, habitualmente designados como *principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestro tiempo* ([7]).

De todos modos, siendo que en este capítulo corresponde observar el procedimiento constitucional del modelo, solo cabe agregar que el sistema político ha evolucionado hacia una *jurisdiccionalización* que se advierte al agregar un estándar nuevo en la vigilia del cumplimiento de las leyes.

La novedad aparece con el llamado "bloque de constitucionalidad", que determina una variante importante en el control "a priori", porque admite ser un control "a posteriori" ocasional.

2.5 Modelo jurisdiccional es aquél que destina en los jueces el control de la supremacía de la Norma Fundamental y de las demás disposiciones que se consideran aplicables merced a su valor implícito, habitualmente encolumnadas en lo que la doctrina española ha llamado "bloque de constitucionalidad" (v.gr.: art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina).

Hay dos sistemas: Uno que se denomina *concentrado* porque asigna a *Tribunales Constitucionales* dicha función, y otro nominado como

7 Favoreau, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Ariel, Barcelona, 1994, p. 13.

difuso que permite a todos los jueces (ordinarios y constitucionales), cualquiera sea el grado donde actúen, ejercer la mentada fiscalización.

3. El control difuso de la constitucionalidad

3.1 La sentencia pronunciada por la Corte Suprema de EEUU en el famoso caso "*Marbury vs. Madison*" (1803) afirmó que si una ley resulta contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a desestimar una u otra, era deber de ese cuerpo superior de justicia determinar el derecho aplicable, por ser una función esencial del poder de la jurisdicción.

De este modo, sin crear ninguna justicia especializada, permitió a todos los jueces concretar en cada proceso la fiscalización de la supremacía de la norma fundamental.

La característica común de ellos es que activan un control "*a posteriori*", a diferencia del control *a priori* o preventivo que permiten otros modelos.

3.2 De esta forma, una vez decidida la cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada, se pueden dar tres tipos de actividades:

a) Control de la norma a través de un proceso planteado directamente por el interesado (control directo, o por vía de acción)

b) Control de la norma promovido en una instancia abierta, de manera que actúa como incidente de inconstitucionalidad o excepción,

c) Control de la norma resuelto de oficio, sin que las partes lo pidan, permitiendo una declaración de inaplicabilidad (efecto individual válido sólo entre partes litigantes), o de inconstitucionalidad (efecto erga omnes*), esto es, aplicable a todos a quienes la norma va dirigida.*

En Argentina no existe un sistema común para el control de la constitucionalidad de las leyes, toda vez que cada provincia (Estado) cuenta con una estructura judicial piramidal que se encarga de resolver en su ámbito los conflictos constitucionales que suceden.

También en estas provincias coexisten códigos procesales y normas fundamentales (constituciones locales) que desenvuelven mecanismos diferentes entre ellas para realizar la misma tarea de fiscalización.

> Además, no hay sistema alguno de cooperación para la armonía o unificación constitucional, de modo tal que se puede afirmar que el carácter federal lleva a que en cada jurisdicción, el control esencial de constitucionalidad, es para el cumplimiento de las leyes supremas locales; luego, si la cuestión constitucional contrae alguna de las llamadas cuestiones federales (es decir, los conflictos donde se encuentra vulnerada la Constitución Nacional) puede llegar a intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3.3 Ahora bien, el sistema difuso amplía las potestades de intervención e interpretación hacia todos los jueces, pero hay que tener mucho cuidado para entenderlo como "sistema americano", en la medida que Latinoamérica no tiene el esquema procesal de Estados Unidos.

Es cierto que en toda América priva la doctrina de la *confianza en los jueces* con todo lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes; pero en el "*common law*" se presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones del "*civil law*" que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos quedó bastante difuminada.

3.4 Claro está que si nuestra idea latinoamericana tiene origen o pretende asentarse sobre el modelo anglosajón, habrá que señalar que no es el sistema procesal dispuesto en nuestros códigos.

En definitiva, el *control difuso* que se pretende acomodar a nuestra idiosincrasia es distinto al proceder de los jueces americanos. *Primero* porque tienen un sistema desigual; *segundo*, porque el respeto institucional sugiere una confianza diferente; *luego*, porque perviven conceptos que trasuntan ideologías del positivismo jurídico donde anidan concepciones jurídicas que se creen inmutables, operando como resabios de una concepción otrora dominante, hoy ausente de contenidos reales.

Con ello queremos anticipar que los requisitos comunes que se encuentran para requerir el control de constitucionalidad, o en su caso, para actuarlo de oficio, pueden ser absolutamente desiguales.

Valga como ejemplo el valor del precedente, que en el *common law* es jurisprudencia vinculante; mientras que en el *civil law* heredado de Europa admite una revisión constante que actúa jerárquicamente hasta llegar al más alto tribunal de justicia, el que en definitiva, se convierte en el último bastión del control de constitucionalidad.

4. El control concentrado de constitucionalidad

4.1 La instalación de tribunales constitucionales austríaco y checo en 1920 y tiempo después el español (incorporando el recurso de amparo como principal herramienta) muestra una variación notable respecto al principio afincado en el control político, al reposar en la Constitución la estabilidad de todo el sistema.

De este modo, el control de constitucionalidad abandona su inactividad formal, para convertirse en una vía específica. No una herramienta disponible de contenido puramente técnico, sino una auténtica garantía procesal.

La función se presta a través del proceso, pero la dinámica del procedimiento tiene singularidades que permiten clasificarlos.

4.2 La nominación como "control concentrado" proviene de la aceptación formal que destina la tarea de controlar la supremacía de la Norma Fundamental, en un órgano creado para conocer especial

y exclusivamente de los conflictos constitucionales, que se sitúa fuera del aparato jurisdiccional clásico (la magistratura ordinaria).

De este modo, "las cortes o tribunales supremos pueden ser jurisdicciones constitucionales pero no son, en sentido estricto, tribunales constitucionales. Esta noción se identifica con el modelo europeo de Tribunal Constitucional" [(8)].

La divulgación del método se expandió por Europa apelando al criterio de asignar a estos órganos especiales dicha tarea fundamental para la tutela de los derechos de las personas. Sin embargo, en esa propagación no se establecieron modelos comunes para el funcionamiento, determinando mayores o menores limitaciones en el acceso, o diferentes esquemas para orientar el desarrollo.

También muchos sufrieron la influencia política del Estado, sea en la constitución del tribunal, o por la interferencia legislativa que reglamentó el procedimiento, características que han llevado a sostener que estas cortes se muestran carentes de los requisitos principales para que puedan constituirse en un juez de la legitimidad constitucional, o más sencillamente, un órgano supremo de garantía [(9)].

> No obstante, hay un criterio general que hace que todos los medios de control estén orientados en un solo sentido, y que todos respondan, objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos. Por eso, sostiene Aragón Reyes que, una de las características del control jurídico, y por ello del control jurisdiccional, es que el parámetro lo constituyen normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano controlante y que éste se limita a aplicar en cada caso. Dicho en otras palabras, el parámetro está formado por normas jurídicas, o más exactamente, por el derecho en su expresión objetiva: el ordenamiento jurídico (que incluye no sólo normas, sino también "principios" jurídicos). El carácter objetivado del control se corresponde, pues, con el carácter objetivado del parámetro. Sin embargo, tal "objetivación"

8 Cfr. Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica,* Fundap, Querétaro (México), 2002, ps. 28 y ss.

9 Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, ps. 45 y ss.

> (indisociable de la "abstracción" y "generalidad" del derecho) no significa la homogeneización total de los distintos elementos que pueden componer el parámetro. Es bien sabida la diferencia entre "normas" y "principios" y su distinto papel en el ordenamiento, así como la capacidad de la costumbre (que no deja de ser una norma, aunque no esté escrita) para operar, bajo determinados supuestos, como fuente, o, en fin, el papel de la jurisprudencia (como fuente directa, indirecta, interpretativa, complementaria, etcétera, según el *status* de que goza en los diferentes sistemas jurídicos) ([10]).

4.3 Los tribunales constitucionales tienen tres esquemas originarios y adaptaciones que se han desarrollado a partir de ellos.

El primer caso es *Austria,* cuyo Tribunal Constitucional nace del ideario de Hans Kelsen con dos fechas claves: 1920 que constituye la introducción formal en la Constitución y 1929 con el perfeccionamiento efectuado tras la experiencia procesal.

La misión del órgano es compatibilizar entre dos normas abstractas dando preferencia y aplicación a la que sea mejor conectada con la Ley Suprema del Estado. La sentencia del Tribunal tiene efectos *ex nunc*, no *ex tunc*, por eso es constitutiva.

Desde sus orígenes actúa "a priori", verificando la compatibilidad de la ley antes de ser promulgada. La actuación se deduce a través de un recurso que suspende inmediatamente la aplicación de la norma.

Luego, con las adaptaciones que le formula Kelsen, tiene tres actividades principales: es un *tribunal electoral* (con competencia en elecciones políticas, administrativas y profesionales; así como también interviene para resolver cuestiones de procedencia en "iniciativas populares"); es un *tribunal de conflictos*, con poca actuación en casos concretos, y además es un *tribunal federal*, es decir, que se encarga de velar por el respeto del equilibrio federal ([11]).

10 Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control,* Porrúa-UNAM, México, 2002, ps. 113 y ss.

11 Favoreau, Louis, *Los tribunales constitucionales*, cit., p. 49.

El estudio constitucional no tiene en cuenta el caso donde se han de aplicar los resultados, porque la concordancia se realiza en abstracto.

Suele decirse que la sentencia convierte al tribunal en un "legislador negativo" en el sentido de innovar sobre una ley vigente haciéndole perder vigencia.

Este modelo tiene gran predicamento después de finalizada la primera guerra mundial, siendo diferente el alcance tras la segunda conflagración, cuando los tribunales que se crean optan por convertir al "legislador negativo" en una fórmula diferente convirtiendo la fuente normativa que ahora descansará en la Constitución.

Las características más importantes están en la *legitimación para solicitar* la intervención del Tribunal Constitucional, en la medida que el principal propulsor es el gobierno y sus representantes, antes que las personas afectadas directa o indirectamente.

> Informa Favoreau que desde 1975 los individuos pueden impugnar la constitucionalidad de una ley federal, con la condición de que sus derechos hayan sido violados por la ley en cuestión, y que esta ley sea aplicable sin la intervención de una decisión judicial o administrativa ([12]).

El recurso lo pueden promover los gobiernos provinciales, los tribunales administrativos, el Superior Tribunal del Estado, y los diputados del Consejo nacional (se necesita la tercera parte de ellos).

También se admite la actuación "de oficio" cuando haya dudas sobre la constitucionalidad de las leyes.

> En principio, el Tribunal sólo resuelve dentro de los límites de las conclusiones de los demandantes: no puede pronunciarse *ultra petita*. Esto es válido incluso cuando promueve de oficio la inconstitucionalidad de una ley o de una disposición legislativa. De hecho, al Tribunal le resulta muy difícil respetar estas reglas –dice Favoreau-, sobre todo cuando las anulaciones parciales cambian el sentido de la ley. En este último caso, podrá dar un plazo al legislador

12 Favoreau, *Los tribunales constitucionales,* cit., p. 53.

para rehacer dicha ley. La revisión constitucional de 1975 le ha dado poder para resolver *ultra petita* en caso de que la ley haya sido dictada por un órgano legislativo incompetente o si la ley se ha publicado de manera irregular ([13]).

4.4 El segundo modelo es la *Constitución Italiana de 1947.* Se establece un Tribunal Constitucional con la misión de juzgar las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de la ley del Estado y de las Regiones; los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y los conflictos entre el Estado y las Regiones y entre las Regiones; las acusaciones promovidas contra el presidente de la República, con arreglo a las normas de la Constitución.

El Tribunal es polifacético al incorporar magistrados, académicos y abogados en ejercicio profesional. La necesaria independencia del cuerpo se asegura con ciertas prerrogativas, poseen especial inmunidad penal (art. 3, ley Constitucional de 1948) y la imposibilidad de ser perseguidos por opiniones expresadas en el ejercicio de su función (art., 5º ley Constitucional de 1953).

A su vez el art., 136 establece que: *Cuando el Tribunal Constitucional declara la ilegitimidad constitucional de una norma de la ley o de un acto con fuerza de ley, la eficacia de la norma cesa desde el día siguiente al de la publicación de la resolución, luego es notificada a las Cámaras y a los Consejos Regionales. El efecto de las decisiones del tribunal se debe considerar como una anulación, no admitiéndose ningún recurso contra la decisión del tribunal.*

No obstante el cuadro normativo, el funcionamiento comenzó recién en 1955 (30 de noviembre) y la primera sesión fue celebrada el 23 de abril de 1956, siendo el primer fallo del 14 de Julio de 1956 ([14]).

Esquemáticamente el tribunal actúa: a) antes de promulgar la ley, a modo de *control preventivo*, limitando esa actuación a las leyes regionales que puedan estar en conflicto con normas superiores;

13 Favoreau, *Los tribunales constitucionales,* cit., p. 55.
14 Favoreau, *Los tribunales constitucionales*, cit., p. 85.

y b) después de sancionada la ley, con actuaciones *a posteriori,* en tres vías: por *acción* a través del incidente de inconstitucionalidad (prejudicialidad); por *excepción* en casos que se han debido reglamentar por su incesante acumulación.

4.5 El siguiente modelo es el *Tribunal Constitucional Federal Alemán* que conoce: "*I. De la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otros interesados dotados de derechos propios por la presente Ley Fundamental o por el reglamento interno de un órgano supremo de la Federación; 2. En las diferencias de opinión o dudas relativas a la compatibilidad formal y sustantiva de la legislación federal o de los Lander con la presente Ley Fundamental o la compatibilidad de derecho federal a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de la tercera parte de los miembros del Bundestag. 3. En las diferencias de opinión sobre los derechos y deberes de la Federación y los Lénder y el ejercicio de la vigilancia federal. 4. En otras controversias de derecho público entre la Federación y los Lénder, entre los Lénder o dentro de un Land, siempre que no esté abierta otra vía judicial; de los recursos que puedan ser interpuestos por cualquiera que se crea lesionado por el orden público en uno de sus derechos fundamentales..., de los recursos interpuestos por Municipios y Agrupaciones Municipales con la alegación de que el derecho a la autonomía administrativa ...ha sido violado por una ley.*".-

El mecanismo procesal trabaja sobre el deber de la jurisdicción ordinaria de suspender todo procedimiento donde se debiera aplicar una norma sospechada de inconstitucionalidad.

La remisión la ordena al juez más allá de la opinión de las partes; aunque se admite el recurso directo cuando se interpone dentro del año de haberse sancionada la ley que se impugna.

Las potestades del tribunal son muy amplias, destacándose el poder discrecional para seleccionar las causas, y una vez en ellas, determinar los motivos que se analizarán aunque las partes hubieran efectuado pretensiones distintas.

La sentencia tiene efectos retroactivos cuando decide por la anulación.

> Ciertos fallos llamados de "anulación parcial cualitativa" consisten, sin amputar el texto, en declarar que la ley es nula en la medida en que se aplica a dicha situación. Así, por ejemplo, una legislación sobre el transporte de personas se declaró nula en lo relativo a los taxis y los coches de alquiler, pero sigue vigente para los demás medios de transporte...[...] A partir de 1958, el Tribunal Constitucional ha imaginado una variante en la declaración de nulidad: *la declaración de inconstitucionalidad* sin anulación subsiguiente...[...] Última técnica es la *anulación diferida*, se trata de casos en que la ley no es inconstitucional en su origen, pero progresivamente lo va siendo, debido a la evolución de los hechos o del derecho: el Tribunal Constitucional no anula la ley, sino que la pone en precario al indicar al legislador que ya solo es constitucional "provisionalmente", por razones que se explican en la exposición de motivos, y le ordena que modifique la ley, fijándole en ocasiones un plazo concreto (Favoreau).

4.6 El *modelo español* continúa en el análisis.

La Constitución de 1931 trae la impronta kelseniana, y en el art., 121 establece un Tribunal de Garantías Constitucionales con jurisdicción en todo el territorio, con competencia para entender en:

a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes.

b) El recurso de amparo de garantías individuales cuando hubiese sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.

c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las regiones Autónomas y las de éstas entre sí.

d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República.

e) La responsabilidad penal del Jefe de Estado, del Presidente del Consejo y de los Magistrados del Tribunal Supremo, así como del Fiscal General de la República.

Este sistema solamente funcionó en 1931 y 1936. La Constitución de 1978, modificó sustancialmente el sistema, creando una poderosa

jurisdicción constitucional que avanzó sobre los modelos –igualmente tenidos en cuenta- de los ordenamientos italiano de 1947 y alemán de 1949 (éste último manifiestamente rector sobre el mecanismo creado en España).

Se reconoce explícitamente el valor normativo de la Constitución, pero pone sobre la mesa de estudio un ingrediente antes no considerado: la actuación de los jueces comunes en el control de constitucionalidad.

El control por el respeto a los derechos fundamentales le corresponde a las autoridades administrativas y jurisdiccionales, las que tienen potestad suficiente para entender en los recursos de amparo.

> Según Favoreau se excluye el amparo contra una ley, pero es posible contra los actos no legislativos de las asambleas parlamentarias; el que, entonces, carece de carácter subsidiario, y debe intentarse dentro del plazo de tres meses desde la sanción. El amparo contra los actos o comportamientos administrativos sólo puede intentarse tras el agotamiento de las vías de recurso ordinarias, y en un plazo de veinte días a contar desde el último fallo relativo a un recurso ordinario. Por último, es posible el amparo contra un acto u omisión de un órgano judicial desde el momento en que este acto u omisión está en el origen inmediato y directo de una lesión de los derechos y libertades contemplado en los arts. 14 a 30 de la Constitución, y a condición de que se hayan agotado las vías de recurso, como la apelación o la casación ([15]).

Esta supuesta interferencia ha llevado a reflexiones comparativas que pueden sintetizarse en observar que la premeditada "desconfianza en los jueces" que fue el bastión para crear tribunales constitucionales o de garantías constitucionales no es tan certeza como se presumió originalmente.

Lo mismo se puede decir en la otra parte del mundo, porque la "confianza" americana en sus jueces, podría afirmarse que solo dio resultados en Estados Unidos, mientras que Latinoamérica se ha volcado, por ahora mayoritariamente por Estados –no en población-, hacia el modelo concentrado.

15 Favoreau, *Los tribunales constitucionales,* cit., p. 95.

Muy oportuna es la atinada explicación de Canosa Usera cuando dice que, en esta cuestión, la solución se ha buscado no en la reproducción del modelo estadounidense sino en la evolución del modelo centralizado –en Europa- o del modelo del control difuso con la introducción de mecanismos de control centralizado –en América-. Pero estas soluciones, por lo menos del lado europeo, no cierran todas las cuestiones abiertas desde que las Constituciones se proyectan, con su indiscutida supremacía, sobre todos los poderes públicos, incluyendo a los jueces. Quizás los complejos sistemas que se están constitucionalizando en Iberoamérica resuelvan los problemas planteados, sobre todo cuando el mismo órgano, la Corte Suprema que se encarga de resolver en última instancia en los casos de control difuso, es también el órgano al que se encomienda protagonizar el control centralizado. Este proceder ataja los problemas, muy graves, de articulación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria.

En Europa, sin embargo –agrega-, dicha articulación no se ha consagrado, está en el aire, irresuelta y el caso español es paradigmático e ilustrativo de las contradicciones a las que la nueva manera de concebir la Constitución y su relación con la jurisdicción ordinaria conducen.

Porque, de un lado, la Constitución es también aplicada por los jueces, y de otro, los Tribunales Constitucionales interpretan y aplican la legislación infraconstitucional. Se ha diluido la rígida separación entre la esfera de la constitucionalidad y la mera legalidad, siendo así que tanto el Tribunal Constitucional como los Tribunales ordinarios aplican indistintamente normas de ambas esferas. El juez ordinario es ya, también, juez constitucional, por cuanto aplica la Constitución ([16]).

5. Evaluación y síntesis

5.1 Como se ve la diferencia entre los modelos previstos para el control de constitucionalidad de las leyes admite una lectura común

16 Canosa Usera, Raúl, *Dificultades para la articulación de la Justicia Constitucional y la Jurisdicción ordinaria en España*, en el libro colectivo coordinado por Castañeda Otsu, Susana Inés, "Derecho Procesal constitucional", tomo I, Jurista, (2ª ed.), Lima, 2004, ps. 153 y ss.

respecto al objeto que tienen, y difieren en el orden temporal como actúan.

La distinción más simple está en señalar:

Control "*a priori*" (preventivo) Control "*a posteriori*" (sucesivo)

(abstracto) (concreto)

Control preventivo/sucesivo

(ocasional)

5.2 Sin embargo, esta diferencia no es sustancial porque el sistema europeo concentrado al verse desbordado por la acumulación de causas debió recurrir a formas procesales del sistema difuso americano, de modo tal que las cuestiones de legitimación, el interés a tutelar, la oportunidad del planteo y la trascendencia de la causa, han sido incorporados en muchos países .

Por eso, las *formas* comenzaron a tener una importancia antes inadvertida; así se encuentran:

Vía directa { Incidente de inconstitucionalidad
Recurso de inconstitucionalidad { control abstracto

Prejudicialidad { Cuestiones de inconstitucionalidad { control concreto

5.3 Inclusive, el modelo concentrado tiene fisonomías que los particularizan, así hay tres modelos posibles, uno de los cuales es producto de la penetración del sistema europeo en América, que altera profundamente al control difuso, ofreciendo una perspectiva propia que deja a la *judicial review* en tercería o como modelo propio para el control de constitucionalidad en Estados Unidos de América.

Teniendo en cuenta esa característica, existen tribunales:

Concentrados: España, Italia, Bélgica, Rumania, etc.

a) Semi concentrados: Alemania, Austria.

b) *Desconcentrados* (es decir que permiten concretar la fiscalización constitucional a todos los jueces, pero actuando en última instancia la Corte Suprema de Justicia de cada país; v.gr.: EEUU y Argentina)

5.4 En la Justicia latinoamericana corresponde observar lo siguiente.

Una característica que no puede pasar inadvertida en Latinoamérica es la constitución política de cada Nación y la autonomía que se otorga a los Estados que las componen, porque así como en México y Argentina se admite que cada región, provincia o departamento tenga su propia Norma Fundamental local, en otros lugares rige el centralismo o el concepto unitario que registra en una sola Constitución, la del Estado nacional, la supremacía absoluta del orden jurídico establecido.

De este modo, el emplazamiento del control de constitucionalidad es muy diferente y conflictivo, porque si bien es cierto las autonomías regionales y sus normas deben estar adaptadas a las disposiciones de la Constitución Nacional, también lo es que las interpretaciones de ellas pueden diferir según quien les otorgue inteligencia y aplicación.

A sabiendas de esta problemática, México ha optado por dejar en la Suprema Corte de Justicia la actuación (diríamos concentrada, o como si fuera un Tribunal Constitucional) exclusiva para fiscalizar el respaldo al principio de la supremacía; mientras que Argentina, en un sistema complejo y entramado que muestra singularidades en cada provincia, deja la palabra final a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero en un sistema que visualiza esta intervención como extraordinaria y contingente, merced a las dificultades que tiene el acceso a este tribunal.

Esta diversidad también aparece en toda América latina que muestra una clara tendencia a la constitución de tribunales constitucionales, aunque no sea un sistema puro como el continental europeo, desde que presenten particularidades que hacen trabajar los sistemas en un juego de armonías entre poderes de todos los jueces y control final de las Cortes o salas especializadas, como veremos ejemplificativamente a continuación.

> Explica Ferrer Mac-Gregor que uno de los fenómenos más representativos del constitucionalismo y procesalismo contemporáneo constituye la tendencia hacia la creación de tribunales constitucionales, entendiendo como tales a los órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional. Esta tendencia cobra relevancia en el ámbito iberoamericano, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, al surgir o consolidarse órganos de esta naturaleza con distintos matices y modalidades:
>
> a) Sean como tribunales o cortes constitucionales ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario (Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú y Portugal);
>
> b) sean como tribunales o cortes autónomas dentro de la propia estructura del poder judicial (Bolivia y Colombia);
>
> c) sean como salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales supremos (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela), o
>
> d) sean como cortes o tribunales supremos ordinarios realizando funciones de Tribunal Constitucional, aunque no se manera exclusiva (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay) ([17]).

La experiencia nos indica que el modelo americano originario (*judicial review*) sedujo a buena parte del continente americano, pensando que el poder difuso para la interpretación constitucional fortalecía la única institución no electiva del sistema democrático.

Con esa confianza depositada en la intervención puntual, precisa y oportuna, se dejó en manos de todos los jueces una potestad muy amplia, sin advertir que el sistema procesal donde ese señorío se entregaba estaba muy lejos de tolerar alguna función que no fuera la de aplicar la ley, nunca interpretarla.

17 Ferrer Mac Gregor, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica,* cit., ps. 37 y ss.

Nuestros códigos latinoamericanos fueron recipiendarios de la doctrina española emergente de la ley de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881, siendo en ambos casos un modelo estanco que trabajó sobre la base de un juez presencial, poco activo, cuya única función era que la ley rigiera en caso concreto en análisis, y donde los tribunales de apelación fueron los formadores de la ideología o doctrina legal.

Como se ve, un modelo bien diferente al poder del juez de primera actuación, como tiene el *common law* americano, que hace prevalecer la autoridad de la sentencia (*stare decisis*) por sobre la declamación doctrinaria.

Por eso el modelo americano bien pronto se redujo a una ilusión perdida, y clara demostración de ello fueron las dictaduras que aparecieron en toda América sin posibilidad de frenos o resistencias a través de la justicia ordinaria.

> Margaret Popkin en un logrado trabajo ha mostrado la evolución de la independencia judicial en Latinoamérica desde la llegada de gobiernos democráticos y la instauración de exigencias constitucionales en los mecanismos de selección de jueces y magistrados. Por medio de estas iniciativas de reformas se ha logrado alcanzar importantes avances, pero además se han encontrado una serie de obstáculos y limitaciones. El señor Coomaraswamy (Relator de *la Comisión Especial para la independencia e imparcialidad de jueces y abogados* –ver anexo-) descubrió que las inquietudes respecto a las amenazas, el acoso y la intimidación de los jueces "son fundadas" y concluyó que en algunos países la Corte Suprema "no ha cumplido sus obligaciones respecto de esos jueces" en parte porque "nunca ha formulado una declaración pública condenando las amenazas, hostigamientos e intimidaciones."
>
> Las reformas judiciales se han resistido porque se prefiere un poder judicial que se pueda controlar fácilmente. Inclusive, las propias Cortes Supremas se han resistido a democratizar el poder judicial y a reconocer la necesidad de permitir que cada juez tome decisiones respecto al caso que está en sus manos, únicamente sobre la base de su propia interpretación de la evidencia y la ley aplicable. Aunque las Cortes Supremas reconocen que están sobrecargadas con tareas administrativas en detrimento de sus responsabilidades jurisdiccionales, se han resistido a las reformas que tendrían como

> consecuencia que renuncien a su poder administrativo, disciplinario o de realizar nombramientos para el resto del poder judicial.
>
> Se ha constatado que el hecho de cambiar a los miembros de la Corte Suprema no resuelve la falta de independencia interna si los tribunales menores permanecen totalmente sujetos al control de la Corte. De manera similar, al mismo tiempo que se introducen las reformas para mejorar la independencia judicial, se debe tener en cuenta la necesidad de asegurar la rendición de cuentas en el ámbito judicial. Así, si el poder judicial debe tener un pleno control de su presupuesto, es necesario crear mecanismos para evitar el uso inadecuado de los fondos y garantizar la transparencia en su uso ([18]).

Ahora bien, en los años 80 del siglo XX América Latina comenzó un proceso de democratización que aun en los Estados así constituidos con anterioridad significó un cambio en los modelos para lograr que la Constitución se aplicara y rigiera los destinos de cada lugar.

La dispersión de ideas y la ausencia de unidad integradora entre los países lleva a crear modelos distintos, idealmente pensados para cuestiones internas, casi –diríamos- de propia identidad cultural e idiosincrasia.

Por eso, cada lugar pensó "hacia adentro" sin observar la influencia que tendría poco tiempo después las sentencias, recomendaciones y opiniones consultivas proveniente de los órganos del sistema interamericano, que crearía todo un mecanismo de valores y principios superiores a las Cartas Fundamentales, que complementaría e integraría la defensa efectiva de los derechos humanos.

Esta realidad muestra porqué la desigualdad registrada en el control de constitucionalidad latinoamericano. Probablemente el peso del presidencialismo sea un obstáculo para generar un sistema de fiscalización estricto (véase para este ejemplo lo sucedido con el presidente de Perú Fujimori y el Tribunal Constitucional despojado de autoridad cuando resuelve en contra de intereses creados), y porqué

18 Popkin, Margaret, *Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: Una perspectiva comparativa*, edición de la Fundación para el Debido Proceso Legal, passim.

no, una especie de resignación sobre la ambigua "confianza en los jueces" que en los hechos no existe.

De todos modos, hay un sistema "confuso" de control de constitucionalidad americano que tiene como guía el modelo kelseniano sin darle tantas atribuciones.

5.5 En síntesis, existen los siguientes sistemas:

a) *Órganos creados extrapoder* (es decir, sin adscribir a ninguno de los poderes constituidos, de manera que el conflicto que tienen es acerca de la naturaleza jurisdiccional de sus resoluciones): Guatemala (1985); Chile (1980); Ecuador (1998); Perú (1993).

b) *Órganos creados dentro del Poder Judicial* (la controversia principal que tienen es articular su relación con el Tribunal Supremo del Estado): Bolivia (1994); Colombia (1991).

c) *Salas Constitucionales dentro de las Cortes Superiores* (se debate el problema de la instancia única para debatir las cuestiones constitucionales): El Salvador (1983); Nicaragua (1987/95); Costa Rica (1989); Paraguay (1992); Venezuela (1999).

d) *Funciones constitucionales de la Corte Suprema del País* (en este caso hay dos tendencias: una que deja los conflictos abstractos de inconstitucionalidad en la órbita exclusiva y excluyente del superior tribunal de justicia –v.gr.: México-; y otros que permiten que las cuestiones constitucionales se debatan en instancias ordinarias locales y federales, dejando la interpretación final y definitiva en la Corte Suprema de Justicia de la Nación –v.gr.: Argentina y Brasil-).

CAPÍTULO II

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

1. Jurisdicción constitucional

1.1 El derecho constitucional –dice Sabsay- […],

> "es el producto de un movimiento de ideas que se desarrolla en Europa, principalmente en Francia a lo largo del siglo XVIII…Se trata de un enorme desafío al ejercicio desmesurado de la autoridad al que se le debe oponer un dispositivo institucional adecuado para la consagración de un gobierno limitado. Solo con un andamiaje de esa naturaleza resultaría posible proteger el espacio conformado por las libertades de los individuos. Es más, éste debería operar como un primer y claro freno a todo exabrupto que pudieren cometer los titulares del poder, ya que sus actos encuentran este marco preliminar de restricción, que es posible establecer en los textos constitucionales y demás normas de desarrollo" ([19]).

Con el constitucionalismo sucedió algo eventualmente inesperado como fue la dimensión que adoptó el concepto de soberanía y la asunción de garantías y derechos "hacia dentro", en el sentido de tomar cada Estado para sí un conjunto de deberes y libertades que se consagraron como normas fundamentales.

Las normas se instalaron con destino de permanencia y la estructura fue asumida como arquetipo de equilibrio en la estructura del poder. La

19 Sabsay, Daniel A., *Los orígenes del constitucionalismo,* en "Constitución de la Nación Argentina" (Sabsay, Daniel –Director- Manili, Pablo L. –coordinador-), tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 86.

idea primera fue que la ley (la Constitución era la ley suprema) debía aplicarse sin retórica alguna, como lo explicaba la escuela exegética. La forma de preservarla fue entronizando el principio de la supremacía constitucional.

Es verdad que la construcción no fue asimétrica porque en todos los casos la limitación al ejercicio del poder fue el eje donde centraron las ideas; de allí que el pensamiento preconstitucional de Montesquieu al difundir la necesidad de fraccionar el ejercicio del poder en tres actividades independientes, fue tomado a pie juntillas por los ordenamientos constitucionales, pero no fueron tan acordes con los modelos de realizar el control.

1.2 Las formas constitucionales fueron predominantemente escritas, de tipo codificado (acorde con la tendencia de la época), permitiendo renovaciones (constituciones flexibles) o procurando que ellas fueran estándares inalterables (constituciones rígidas).

La fuerza de la historia se constata en las cartas constitucionales al punto que, en el caso de Argentina […],

> "no es fácil describir en dos palabras la tipología tradicional –historicista. Quizás nos baste recordar –dice Bidart Campos- que la Constitución de un Estado no es mero producto o creación de las normas jurídicas, ni acaso organización prevista racionalmente, sino estructura apoyada en la costumbre, en la tradición, en la realidad histórica de un pueblo. Que tal estructura esté descripta en normas escritas, y aun codificadas, poco tiene que ver con el problema, porque en tal caso, la Constitución escrita no hace más que formular y expresar la organización históricamente insertada en la singular circunstancia fáctica de una comunidad" ([20]).

La atinada reflexión deja al descubierto el peso de los hechos para comprender el modelo o sistema que cada cual fue adoptando para el control de constitucionalidad.

20 Bidart Campos, Germán J., *La tipología de la Constitución argentina,* en "Constitución de la Nación Argentina" (Sabsay, Daniel –Director- Manili, Pablo L. –coordinador-), tomo I, cit., p. 74.

1.3 ¿Cómo influye este espacio del derecho constitucional en el derecho procesal constitucional? Una vez más es necesario recurrir al vínculo entre la Constitución y el proceso para ver si ambos solamente se relacionan y articulan, o dicho programa de acción que está en las normas fundamentales para ponerse en práctica necesita organizar el mecanismo jurisdiccional (o político) y las herramientas que a tal fin serán aplicadas.

Es este aspecto donde las garantías comienzan a ser presentadas en las Cartas Superiores, y dinamizadas por la actividad de jueces y tribunales. En ambos casos, el rol de la interpretación es básico y esencial, entendiendo esa función como una parcela de estudio del derecho procesal constitucional.

> Pero la interpretación constitucional sucede después del modelo tradicional aplicado para la interpretación de las leyes que diseñó Kelsen al fomentar los tribunales constitucionales. El magnífico resumen de García Belaunde puede ser extractado a grandes líneas, de modo que siguiendo sus reflexiones, hay que tener en cuenta que […] "durante mucho tiempo sólo se utilizó un tipo de interpretación para todas las ramas del derecho, y en forma tardía, sobre todo a mediados del siglo XX, se puso en evidencia la necesidad de la interpretación constitucional como tarea específica … Esto se acentúa en el caso de leyes especiales que regulan determinados procesos constitucionales … Otro aspecto a considerar es cuáles son los órganos que interpretan y cómo lo hacen, de acuerdo a su conformación, competencias y formas o maneras de reclutamiento de sus miembros" ([21]).

Lo cierto es que los estudios constitucionales europeos no tomaron a la interpretación de las normas constitucionales sino después de haber desarrollado la llamada "jurisdicción constitucional", a diferencia del caso americano que desde 1803 (Marbury vs. Madison) lo toma como punta de lanza del sistema difuso de control constitucional.

> Este desinterés inicial cambia rotundamente para invertir la relación después que se instalan en Europa los tribunales constitucionales.

21 García Belaunde, Domingo, *La interpretación constitucional en Latinoamérica,* en "Constitución de la Nación Argentina" (Sabsay, Daniel –Director- Manili, Pablo L. –coordinador-), tomo I, cit., p. 104.

> De todos modos, la génesis adquirida con la interpretación legal tenía importantes aportes como el alemán encabezado por Federico Carlos de Savigny con su "escuela histórica del Derecho", o la más progresista y audaz de Germán Kantorowicz denominada como "escuela de derecho libre", hasta llegar a la monumental y conocida obra de François Geny.
>
> En América, en cambio, se dio un desarrollo menos formal, al punto que autores calificaron las tesis europeas como "bizantinas". Roscoe Pound sostenía ello y fue puntal de las teorías del realismo y del sociologismo jurídico, en cuyo campo destacan las figuras de Oliver Wendell Holmes, Benjamín Cardozo, Jerome Frank y Karl Llewellyn, entre muchos otros ([22]).

Por eso, la tesis de Kelsen es tomada como base científica del derecho procesal constitucional, aunque no estuviera en la mente del jurista checo esta creación.

Las dos ideas que soportan la tesis constitucional que se lleva al campo de lo procesal son: a) que la Norma Fundamental es el vértice superior de la pirámide jurídica como se construye todo ordenamiento legal; b) la defensa de las violaciones que se hagan de ella debe hacerse a través de un órgano *ad hoc,* que es el Tribunal Constitucional ([23]).

1.4 El tema de la interpretación jurídica fue objeto de distintos niveles de enfoque (filosofía; teoría del derecho; derecho constitucional; derecho privado, etc.) y con un altísimo grado de exponentes (Savigny; Betti; Cossio; Carnelutti; García Maynez; Recaséns Siches entre muchos más), pero asentado en el derecho constitucional fue cobrando interés preferente y expuesto como uno de los centros neuronales de la ciencia.

En verdad, el desarrollo se debió a la "justicia constitucional", pues siguiendo el argumento de Pierandrei […],

22 Cfr. Fix Zamudio, Héctor, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado,* Porrúa, 2009 (6ª edición), ps. 151/152.

23 García Belaunde, Domingo, *La interpretación constitucional en Latinoamérica,* en "Constitución de la Nación Argentina" (Sabsay, Daniel –Director- Manili, Pablo L. –coordinador-), tomo I, cit., p. 105.

> "la interpretación de las normas constitucionales debe adecuarse a la naturaleza fundamental de las disposiciones de la ley suprema y tomar en consideración los motivos políticos y los principios esenciales que se encuentran en la base de estos preceptos" ([24]).

Bien dice Fix Zamudio que […],

> "la interpretación constitucional se ha transformado paulatinamente en una labor altamente técnica que requiere de sensibilidad jurídica, política y social y, por tanto, ha sido inevitable que desembocara en el establecimiento de una justicia constitucional, de manera que actualmente impera el principio de que son los jueces ordinarios (en el sistema llamado indirecto o difuso) o los magistrados constitucionales (en el régimen concentrado o de los tribunales constitucionales) los capacitados, por la índole de sus funciones, para interpretar con mayor precisión las disposiciones fundamentales y hacerlas vivir realmente en el medio social para el que fueron dictadas" ([25]).

1.5 Es evidente, entonces, que la interpretación se convirtió en una tarea esencialmente jurisdiccional, y cuando ella afincó en la lectura de las normas constitucionales fue preciso hurgar métodos y sistemas que lo aislaran de la interpretación jurídica de la ley.

Jueces del sistema difuso, o tribunales constitucionales han conseguido desde las sentencias constitucionales conformar un cuadro de resultados que no ensamblan en la teoría general del proceso ni en las facultades constitucionales regladas por la organización suprema de un Estado.

Han sido leyes las que esclarecieron alcances, pero fue más el activismo judicial desenvuelto en valores, principios y relaciones con los derechos humanos, los que formaron un nido propio que solo tomó del derecho constitucional la fuente donde abrevar; y del derecho procesal la técnica de laboreo; pero sus contenidos es independiente y forma parte del derecho procesal constitucional.

---

24 Pierandrei, Franco, *L´interpretazione delle norme costituzionali in Italia,* en "Scritti di diritto costituzionale", tomo II, G. Giapichelli, Turín, 1964, ps. 54 y 655.

25 Fix Zamudio, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado,* cit., ps. 167/168.

> Según Fix Zamudio […] "la interpretación que realizan los jueces constitucionales tiene un contenido muy extenso de valoración jurídica, si se toma en consideración que las disposiciones fundamentales poseen un alto grado de abstracción que llega a su máxima amplitud respecto de las normas de principio o de carácter programático, y por ello las decisiones judiciales integran el contenido de estas disposiciones, que en su mayor parte formalizan principios y valores que el órgano constituyente (originario o reformador) ha considerado esenciales para la comunidad política" ([26]).

2. Técnicas de interpretación

2.1 La interpretación es una tarea destinada a esclarecer, a poner en claro los dichos de una norma que va a insertarse en la realidad. Significa desentrañar el contenido que el texto tiene con relación a esa realidad ([27])

En la búsqueda de una intelección correcta, pueden seguirse distintos caminos. Uno de ellos conduce a la denominada *interpretación auténtica*, que responde al verdadero concepto de la interpretación, porque proviene del mismo sujeto que emite la disposición ([28]); en otro se puede derivar la lectura a terceros que prestaran su opinión particular sobre el alcance que puede asignarse. De este tipo son la *interpretación judicial* y la *doctrinaria*.

A su vez, cada una de estas posibilidades tiene un sistema que se aplica de formas distintas. Puede analizar el espíritu de las normas (fin querido); deducirlo del sentido gramatical; o derivando sus conceptos de la lógica empleada en cada uno de los elementos, pudiendo entonces corresponder a los antecedentes que le dieron origen (interpretación histórica) o a la comparación con otras similares para concluir consecuencias semejantes (interpretación sistemática) que correspondan a la unidad del orden jurídico.

26 Fix Zamudio, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado,* cit., p. 174.
27 Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 15.
28 Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Barcelona, 1936, p. 65.

Esta enumeración, lacónica y concisa, reseña particularidades para interpretar cualquier tipo de normas, por ello puntualizan en la teoría general del derecho.

2.2 El problema es que cuando la técnica se emplea en el proceso, es necesario confrontar las disposiciones en estudio con las normas procesales, que como tales, son habitualmente descriptivas del proceso; sólo tienen utilidad cuando a éste referencia y precisa. Por lo tanto […],

> "por su propia naturaleza, sólo tienen razón de ser en cuanto son aplicadas al proceso, salvo escasas excepciones susceptibles de producir efectos indirectos en el derecho material (por ejemplo, las normas relativas a la valoración de las pruebas, que, pese a su carácter procesal, pueden, indirectamente, por su simple existencia, conducir a un arreglo o transacción que evite el proceso y modifique la relación jurídica entre las partes)" ([29]).

La diferencia descriptiva que tiene la norma procesal respecto de la civil, impide que se apliquen iguales sistemas de interpretación. No obstante, sean sustanciales o adjetivas, las normas se interpretan por los jueces como una misión más en la tarea de decir y crear el Derecho. Esto es justamente lo que debe distinguirse: de un lado, la interpretación de la norma procesal que si bien asienta en los principios generales que pondera el valor de toda normativa, cuenta con particularidades que diseñan una metodología propia; por otro, la interpretación judicial de las leyes, vale decir, la interpretación en el sentido más puro de adecuar la sensibilidad de las normas con el medio donde va a insertarse y en el cuadro coordinado de todo el ordenamiento jurídico.

> Serra Domínguez considera que es en esta última donde adquiere relevancia la labor del juzgador, porque al aplicar la ley en un caso concreto, forzosamente debe preguntarse cuál es el sentido, significación y alcance de la norma ([30]).

2.3 Divididas las cuestiones, analicemos lo que ocurre cuando el juez interpreta una norma procesal. Es en este campo donde el intérprete

29 Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 11.
30 Serra Domínguez, *Estudios de derecho procesal*, cit., p. 12.

realiza una función eventualmente técnica pero sin rigideces en la aplicación de las normas en juego. En efecto, precisamente es en el área de la interpretación donde se debe insistir acerca del rol funcional de la jurisdicción, propiciando una lectura abierta de las normas, sin privarles el sentido que llevan. Una orientación a la justicia antes que a la aplicación simplificada.

No ha de extrañar, por consiguiente, que el menoscabo de la verdad jurídica objetiva quede patentizado si el tribunal de grado deja de resolver sobre el mérito en razón de la insuficiencia de las constancias de la causa, circunstancia que, reunida con otras conclusiones jurisprudenciales, construyen una verdadera obra de interpretación que persigue evitar los apartamentos equívocos del juez al motivar sus pronunciamientos.

> "Se privilegia el norte esencial del quehacer hermenéutico cuando se postula que la sentencia lo menoscaba: a) ante el evidente apartamiento de las circunstancias comprobadas de la causa; b) si se hace prevalecer la interpretación de las normas procesales sobre la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva, que es concorde con el adecuado servicio de la justicia y compatible con la garantía del art. 18 de la CN; c) cuando se violenta por irrazonable y mecánico acatamiento a las formas o a la rigidez operativa de la técnica procesal, el plafond propio con que juegan esas disposiciones, circunscribiendo su margen de maniobra. Entonces se recae en un exceso ritual manifiesto que destruye al fallo del fundamento suficiente para sustentarlo" ([31]).

2.4 En este contexto se incluye la obligación del juez de estar a las realidades que lo circundan, dando preeminencia a los fines que informan las leyes, más que a letra fría del precepto que, no obstante su consagración introducen una limitación angustiante que frena la posibilidad de realizarla.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tiene dicho que […]:

31 Morello, Augusto Mario - Sosa, Gualberto Lucas - Berizonce, Roberto Omar, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, Tomo I, Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 499.

> "Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, la conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no debe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere" ([32]).

Como agudamente lo destaca Puig Brutau […],

> "puede tener más fuerza creadora el valor persuasivo que se desprende de los fundamentos de unas decisiones justas que el autoritarismo abstracto de una disposición legal cuya razón de ser se haya olvidado" ([33]).

La interpretación de la norma procesal da cuenta de una relación inmediata entre quien aplica, crea y recrea las normas que utiliza. Si las normas procesales abastecen la movilidad del proceso, lo diseñan y estructuran, el destinatario de ellas resulta el órgano que las realiza. Es cierto que la adjetivación en los procedimientos registra transformaciones creativas o mutantes según quien las aplique, por lo que resulta criterioso establecer el control de aplicación a través del mecanismo de los recursos (v.gr.: nulidad, casación, etc.).

Por lo demás, la autonomía que persuade la dicción de las normas procesales no priva la utilidad de cualquier sistema para investigarla. En verdad, es común observar en este esquema un método que va recorriendo, secuencialmente, cada aspecto de la norma.

2.5 La relación o nexo de la actividad interpretativa dentro de un proceso constitucional moviliza ambas cuestiones. Se estudia la compatibilidad constitucional de la norma cuestionada y operan, al mismo tiempo, el juego funcional de las normas procesales que permiten llevar a cabo esa función.

Ambas son parte de nuestra ciencia, porque la interpretación constitucional es parte de ella como ya se explicó, y porque las normas procesales que actúan dentro de los procesos constitucionales ponderan en el desempeño de jueces y tribunales especiales una diferencia

32 Fallos 241:227; 244:129; 263:230, entre otros.
33 Puig Brutau, José, *Introducción al derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 257.

evidente con la del juez ordinario. No se trata ya de dividir la razón entre quien vence y queda derrotado, sino de racionalizar si la norma tiene posibilidades de aplicación sin menoscabar la Ley Superior.

2.6 Con afán de síntesis podemos señalar en la interpretación constitucional una de las principales fuentes de la autonomía del derecho procesal constitucional.

> César Landa sostiene que […] "la autonomía procesal no es un dogma, sino un medio para la realización de la Constitución y para que el Tribunal Constitucional no acabe sumergido en la sobrecarga procesal, sino que se convierta en una magistratura garante de la libertad. Por ello, el Derecho procesal constitucional también requiere partir y remitirse a principios generales del derecho procesal, pero que no sean contradictorios con la justicia constitucional, sino que se desprendan de la Constitución". Por ello, el autor peruano precisa que […]: "El derecho procesal constitucional debe forjarse en concordancia con los aportes de la teoría constitucional, en materia de derechos fundamentales e interpretación constitucional; por cuanto sólo a partir de la praxis del estado constitucional y del desarrollo de dichos derechos y su interpretación, la teoría constitucional se convertirá en un factor principal de reflexión y de movilización del Derecho procesal constitucional" ([34]).

La actividad disciplina en cualquier sistema de control de constitucionalidad y de aplicación normativa un rol que trasciende la mecánica relación entre el hecho y la ley; con la interpretación constitucional el juez trabaja con la supremacía de la Norma Básica del Estado, y con los valores que le reporta el régimen de tratados y convenciones supranacionales.

La idea de la supremacía que en América desenvuelve Hamilton (1788) pone a la Constitución port encima de la ley, donde el conflicto judicial no puede llegar a resolverse con mella a sus dogmas y principios.

Quizás, por ello, sea tan importante el estudio en esta ciencia de la interpretación, no tanto como método, sino como resultado para la eficacia de las garantías que operan en una controversia ante los jueces.

34 Landa, César, *Teoría del derecho procesal constitucional,* Palestra, Lima, 2004, p. 13.

> Sin embargo .dice Colombo Campbell. […] "como es fácil comprender, no basta con proclamar que las normas contenidas en la Constitución son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, para que éstas sean respetadas por los poderes constituidos y obren así como límite de sus atribuciones y eficaz salvaguardia de los derechos del hombre. Siempre subsistiría la posibilidad de que los órganos que ejercen los poderes instituidos sobrepasen las disposiciones de la Carta Fundamental y, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, pongan en peligro la institucionalidad misma de la República. La sola declaración de la Supremacía Constitucional resulta, pues, insuficiente. Siendo así, al hablar de este principio debe incluirse, necesariamente, tanto la protección de las disposiciones escritas en la Constitución, como también y, especialmente, los valores fundamentales que están en la base de la misma, los que, por la vía de la decisión jurisdiccional, deben cobrar plena vigencia" ([35]).

El uso de la interpretación en el sistema difuso labora, necesariamente, con el control recursivo donde resulta imperioso mantener en el Superior Tribunal de Justicia del Estado la última palabra, desde que solo ella puede ser el fiel y último intérprete de la Constitución.

En cambio, en sitios donde existen tribunales constitucionales, el conflicto suele plantearse entre la validez y eficacia de la interpretación que hace el juez ordinario, aunque, como dice Colombo Campbell […],

> "el control de constitucionalidad, implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto, articulado en una Constitución y que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y, por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes, se articula formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico positivo. Esta labor de integración del Tribunal Constitucional que no es otra que la síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad, la desarrolla al afirmar la supremacía de la Constitución. En este aspecto es ella, como expresión del pueblo comunidad compuesta de las más diversas

35 Colombo Campbell, Juan, *Funciones del derecho procesal constitucional*, Ius et Praxis, v.8 n°2, Talca, 2002.

tendencias- la que desarrolla una decisiva función integradora, que se expresa en la consagración de valores que orientan y dan contenido al proceso integrador " ([36]).

3. Influencia de la jurisprudencia transnacional

3.1 Los sistemas europeo e interamericano de promoción y defensa de los derechos humanos generan un nuevo mecanismo procesal de asistencia a los derechos del hombre. No se trata de una inmiscusión de tribunales supranacionales en el derecho interno de cada Estado, sino de organismos que cada Estado Parte reconoce y admite como entidades autorizadas a revisar el comportamiento habido en la jurisdicción local, respecto al cumplimiento de los derechos humanos consagrados en pactos y convenciones internacionales que se han incorporado, oportunamente, al derecho interno ([37]).

3.2 En América latina, cuando un Estado es denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la acción no pretende que se revise la cosa juzgada lograda ante los tribunales soberanos, porque la petición se promueve con la finalidad de poner en evidencia lo que se cree ha sido una conducta contraria a los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otra norma similar.

En un procedimiento contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe no sólo interpretar las normas aplicables,

36 Colombo Campbell, Juan, *Funciones del derecho procesal constitucional*, Ius et Praxis, v.8 n°2, Talca, 2002.

37 La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostiene que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, en su caso, la de la Corte Europea de Derechos Humanos, constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (disidencia parcial de los doctores Fayt y Petracchi) (CS, 1995/11/23, "*Viaña, Roberto*", La Ley, 1997-E, 1004 [39.764-S]). Al haber ingresado la República Argentina al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y más aun a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 -Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 75, inc. 22 Constitución Nacional-, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una imprescindible pauta de interpretación, cuya significación, así como la de las directivas de la Comisión Interamericana, ha sido reconocida reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (voto del doctor Petracchi) (CS, 2003/08/21, "*Videla, Jorge R.",* La Ley, 2003-F, 87).

establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hechos para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica ([38]).

Los Estados no comparecen ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos como sujetos de un proceso penal, pues ésta no impone penas a los culpables de violar los derechos humanos -en el caso, se denunció al Estado peruano por el uso excesivo de fuerza en la represión de un motín carcelario que provocó la muerte de los reclusos-, ya que su función es proteger a las víctimas y determinar la reparación de los daños ocasionados por los estados sujetos a la responsabilidad internacional que se deriva de la violación ([39]).

Si después del trámite ante la Comisión se resuelve promover una demanda ante la Corte Interamericana, la jurisprudencia que ésta emita deberá ser acatada por el Estado Parte, toda vez que la única limitante sería no haber aceptado la jurisdicción del tribunal supraestatal al tiempo de incorporarse al sistema interamericano ([40]).

3.3 Lo mismo sucede con los informes que realiza la Comisión, cuando concreta observaciones y formula recomendaciones.

La labor interpretativa que debe cumplir la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su competencia consultiva, busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar

38 Corte IDH, 1983/09/08, "*Opinión Consultiva 3/83*", La Ley, 1999B, 232).

39 Corte IDH, 2000/08/16, "*Durand y Ugarte*", La Ley, 2001-F, 977).

40 Si un Estado se somete a la cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana- consagrada en el art. 62.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos-, queda vinculado a la integridad de ésta, y comprometido con la garantía de protección internacional de los derechos humanos, pudiendo sustraerse a la competencia de aquélla mediante la denuncia del tratado como un todo (Corte IDH,1999/09/24, "*Tribunal Constitucional de Perú*", La Ley, 2000-B, 72, con nota de redacción - RU, 2000-1-9).

y ayudar a los Estados Miembros y a los órganos de la O.E.A. para que cumplan efectivamente sus obligaciones internacionales en la materia ([41]).

La conclusión llega del principio de progresividad de los derechos humanos que ha modificado el sistema de interpretación del derecho dando lugar a una regla preferente: *pro homine*, que significa que, cada Estado Parte, asume el compromiso de *respetar* los derechos y deberes habidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y *garantizar* su pleno ejercicio, acatando en situaciones de conflicto interno, la jurisprudencia interpretativa que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.4 Ahora bien ¿cuál es el problema que tiene el sistema? El fenómeno copernicano que ha revolucionado dicha interpretación judicial, encuentra claras resistencias en los tribunales supremos de cada nación. Es cierto que, como ocurre en Argentina, se admite la influencia y aplicación del sistema en el derecho interno, pero también lo es que, cada vez con mayor prevención se tiende a poner trabas a la ejecución de los informes y decisiones transnacionales.

Las resistencias tienen distintas motivaciones. Algunas de ellas argumentan que el sistema interamericano, y en líneas generales todos los mecanismos que provocan jurisprudencia tras fronteras (v.gr.: justicia comunitaria), socavan las libertades de gestión del poder ejecutivo, y resienten la creación legislativa al ponerle a ambos, condiciones establecidas en la interpretación dada para un derecho humano en particular (v.gr.: derecho de rectificación o respuesta; derecho a la vida; resistencia a la opresión, etc.). Otros sostienen que se otorga un poder demasiado lato y muy genérico a un tribunal especial (v.gr.: la Corte Interamericana de Derechos Humanos) exacerbando las potestades clásicas de la jurisdicción.

No obstante, el sistema funciona. Cambia las reglas de la interpretación judicial, o al menos, las amplía. Modifica presupuestos y condiciones procesales que anidan en la teoría general y que sufren

41 Corte IDH, 1994/12/09, "*Opinión Consultiva 14/94*", La Ley, 1999C, 272).

el embate del cambio (v.gr.: legitimación procesal, carga de la prueba, alcance y condiciones de la sentencia, cosa juzgada, ejecución de las decisiones, etc.).

3.5 La aplicación de los derechos humanos en el derecho interno puede analizarse en la perspectiva del mecanismo local previsto para el control de constitucionalidad ([42]), porque en definitiva el criterio de interpretación depende de quien sea el último intérprete para definir la orientación.

Entre el modelo europeo de control de constitucionalidad, en esencia dominado por tribunales constitucionales que ejercen jurisdicción concentrada, genérica y en abstracto; y el control americano con el sistema de la *judicial review* y la jurisdicción difusa, hay diferencias que influencian la interpretación judicial conforme vimos con anterioridad, pero siempre en orden a poner en práctica la supremacía fundamental.

3.6 Obsérvese que no decimos *supremacía de las normas constitucionales* sino de aquéllas que están en un escalón más arriba, es decir, las *normas fundamentales sobre derechos humanos*.

En este espacio actúa la jurisprudencia supranacional. No tiene en cuenta el hecho en sí (aunque lo estudia y sitúa en su circunstancia) sino la dimensión que tiene la violación de los derechos humanos, para considerar si son actuaciones aisladas que encuentran un caso particular, o son quebrantamientos sistemáticos que pervierten la aplicación en el Estado de las garantías judiciales y los derechos del hombre ([43]).

42 Recuérdese, como dice Ayala Corao, que la persona humana como sujeto de derechos fundamentales está hoy en día doblemente protegida por el derecho constitucional democrático y por el derecho internacional (*Cfr.* "*Derecho Procesal Constitucional*", obra colectiva coordinada por Eduardo Ferrer Mac Gregor, Porrúa, México, 2001, ps. 603 y ss.) de modo tal que la interpretación de los mismos juega en la dimensión de influencias para determinar los criterios a seguir.

43 La Corte Interamericana de Derechos Humanos puede efectivamente examinar, en el contexto de un caso concreto, el contenido y los efectos jurídicos de una ley interna desde el punto de vista de la normatividad internacional de protección de los derechos humanos, para determinar su compatibilidad (Corte IDH, 1998/09/03, "*Cantoral Benavides, Luis A.*", La Ley, 1999-E, 111). No es facultad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su función consultiva, interpretar o definir los ámbitos de validez de las leyes internas de los Estados Partes, sino respecto de su compatibilidad

El ordenamiento jurídico aplicado es común al sistema (v.gr.: Pactos y Convenciones), y la lectura que del mismo se ha hecho está señalado por los órganos de aplicación y ejecución del régimen mencionado.

3.7 En el caso es menester apuntar que pueden darse situaciones diversas, a saber:

a) Que la jurisdicción local aplique el sistema del precedente obligatorio, de manera que habiendo emitido pronunciamiento un Tribunal Supremo, los órganos inferiores deberán seguir la inteligencia acordada.

b) Que cada juez sea soberano en la causa y sentencie conforme su leal saber y entender (v.gr.: jurisdicción difusa incontrolada).

c) Que el juez pueda aplicar su propia doctrina condicionado a la subordinación jerárquica (v.gr.: jurisdicción difusa controlada) de la doble instancia.

d) Que la jurisdicción local tenga tribunales constitucionales o similares que impiden la actuación del juez ordinario, asumiendo que los derechos humanos son cuestiones de naturaleza fundamental que obligan su intervención.

Cada una de estas situaciones pone en jaque la influencia de la jurisprudencia transnacional, pero no impide aplicarla conforme veremos a continuación.

3.8 Por ello, en la contertulia jurisdiccional, el conflicto entre tribunales constitucionales y jurisdicción ordinaria, si bien es trascendente, tiene poca relevancia cuando se trata de resolver en materia de derechos humanos, porque para ellos, la única jurisprudencia a aplicar es la que proviene de la jurisdicción que el propio Estado ha reconocido al tiempo de incorporarse al sistema.

> En todo caso, dice Pérez Tremps al analizar la relación entre jurisdicciones, esa variedad de soluciones técnicas tiende, también, a

con la Convención u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y siempre y cuando medie un requerimiento expreso por parte de alguno de esos Estados (Corte IDH, 1994/12/09, "*Opinión Consultiva 14/94*", La Ley, 1999C, 272).

poner de manifiesto la necesidad de que el sistema venga presidido por una finalidad intrínseca al estado de derecho: garantizar la unidad interpretativa de la constitución ya que siendo ésta una, y siendo el ordenamiento uno, no cabe que existan mecanismos dispares de interpretación constitucional independientes. Allá donde no hay órganos de justicia constitucional especializados, esa unidad interpretativa viene garantizada por la propia estructura del poder judicial y por la existencia, como es lógico, de un tribunal o corte suprema. Sin embargo, allá donde sí existe un Tribunal Constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo, por razones lógicas, debe partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional. Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponderá fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional ([44]).

4. El peso moral de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

41.1 La incorporación del Estado al sistema interamericano o europeo de Derechos Humanos es determinante para encontrar el valor que se asigna a la jurisdicción transnacional. El reconocimiento sin limitaciones o con ciertas reservas orienta al intérprete y fija, al mismo tiempo, un temperamento para el poder judicial local.

De este modo, el punto de partida es el derecho internacional donde cabe señalar el principio de buena fe consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena, por el cual si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "*tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover*

44 Pérez Tremps, *La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*, Foro Constitucional Iberoamericano nº 2/3, abril/junio 2003, p. 34.

la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio (Carta de la OEA, arts. 52 y 111)" ([45]).

De más está señalar que igual obligación tiene para acatar y seguir los fallos de la Corte Interamericana, que se reafirma con el art. 33 del Pacto de San José previsto para los asuntos donde se trata de observar el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes ([46]).

Tanta es la preocupación por el mecanismo de desmenuzamiento de los Tratados que el art. 32 de la Convención de Viena permite recurrir a medios suplementarios de interpretación, incluyendo los trabajos preparatorios (interpretación histórica) y las circunstancias de su adopción.

La Corte Interamericana ha sostenido que […],

> "este método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. Además, en materia de Tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes, ya que tales tratados, como lo dijo esta Corte, <<no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes>>, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto

45 Recuérdese, como dice Ayala Corao, que la persona humana como sujeto de derechos fundamentales está hoy en día doblemente protegida por el derecho constitucional democrático y por el derecho internacional (*Cfr.* "*Derecho Procesal Constitucional*", obra colectiva coordinada por Eduardo Ferrer Mac Gregor, Porrúa, México, 2001, ps. 603 y ss.) de modo tal que la interpretación de los mismos juega en la dimensión de influencias para determinar los criterios a seguir.

46 No obstante, es importante advertir que una cosa es acatar la jurisprudencia interpretativa de la justicia transnacional; y otra muy diferente, cumplir en el derecho interno las sentencias condenatorias que se han dictado contra el Estado. En el primer supuesto, se dan los inconvenientes prácticos al asignarse, muchas veces, valor declamativo o de simple orientación; en el segundo, los privilegios y excepciones que se establecen para el rápido cumplimiento de la sentencia convierten al obstáculo en una cuestión de responsabilidad del Estado.

frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes" (OC/2).

4.2 También la opinión consultiva nº 7 despachada a requerimiento del gobierno de Costa Rica (con relación al derecho de rectificación o respuesta), dejó en claro que el art. 2º de la Convención -que manda a los Estados Partes a dictar medidas que garanticen el cumplimiento de los derechos- reviste carácter subsidiario, porque la obligación esencial viene impuesta en el art. 1º, haya o no legislación interna; si ésta falla, la Convención se aplica igualmente mientras ello resulte posible.

Ahora bien, si fuera tan simple relacionar el mecanismo con la eficacia y practicidad no sería necesario este comentario ni cargar más tintas sobre el tema; el problema aparece con la realidad del principio porqué se advierte que las sentencias, opiniones consultivas, recomendaciones, informes, etc., que emanan del sistema, muchas veces tienen el valor de lo que declaran, y se toman como simples propuestas de mejoramiento, sin respetar el carácter obligatorio que tienen, especialmente, las sentencias.

Con relación a éstas es evidente el inconveniente procesal que sufren para la ejecución en el derecho interno, al no encontrar un trámite simple y expedito, sino todo lo contrario.

4.3 El punto de partida para ir definiendo el origen del inconveniente suele estar en el reconocimiento constitucional que se asigna a los Tratados, pues suele instalárselos en una categoría inferior a la misma Ley Fundamental, en el mismo rango, o a veces –pocas-, en una escala superior a la propia Norma Fundamental. Las reservas comunes que las naciones realizan cuando aceptan la vigencia interna de un instrumento como los descriptos anteriormente, tanto como -en su caso- la competencia y jurisdicción de los organismos de tutela, pone de relieve el carácter infraconstitucional de estos convenios sobre derechos humanos.

La cuestión a clarificar estriba en que muchos de los derechos humanos que vienen a incorporarse en el orden jurídico interno,

por lo común están en la Constitución y otros, si no lo estuvieran, seguramente estarían considerados como derechos implícitos.

4.4 En principio cabe afirmar que no existen tropiezos entre la Constitución y los derechos humanos incorporados al derecho interno. Estos siguen en el espíritu de la Ley Fundamental y requieren su puesta al día, a veces por analogado, otras por expresa reglamentación. De uno u otro modo, lo cierto es que los derechos emergentes de las convenciones son declarativos de aptitudes que deben ser reconocidos sin demora a su simple pretensión, por ser principios de un orden que trasciende la voluntad del Estado cuando ésta se ha manifestado positivamente respecto a su reconocimiento.

Con lo cual volvemos a un círculo vicioso, pues si el Estado no los pone en ejercicio, no los interpreta adecuadamente o lo hace con sujeción a principios que no son naturales a su Constitución, podríamos pensar en inconstitucionalidad por omisión, o de incumplimiento con las garantías reportadas a los Estados Partes.

4.5 La interpretación política de los derechos humanos (distinta a la valoración proveniente de la jurisdicción), indica que la obligatoriedad de un derecho reconocido por una convención o tratado, depende del valor jurídico y jerárquico que, internamente, se asigna al valor susodicho. Por ello es útil distinguir entre derechos *programáticos* y *self executing*, porque se elimina la posibilidad de ambigüedades provenientes de conveniencias políticas.

La discrecionalidad para admitir un derecho determinado como fundamental no es habitual ni común en los instrumentos internacionales. El basamento que los involucra parte de la premisa del consenso generalizado, de manera que las diferencias han de hallarse en la aplicación interna, más que en la práctica institucional.

4.6 Se llega así al problema en estudio ¿Qué deben hacer los jueces cuando deben aplicar y reconocer los fundamentos que pondera un derecho humano cualquiera?

En primer lugar, el tema obliga a reconocer cierto deber negativo del Estado, que le reporta la obligación de abstenerse de ejecutar o provocar

actos que atenten contra las libertades fundamentales. Seguidamente, los poderes legislativos cumplen la función de adecuar las necesidades del medio y la sociedad brindándoles a través de una norma expresa, los derechos que reclaman para su justo ejercicio.

La jurisdicción, por su parte, tiene el deber de ofrecer un proceso adecuado, que posibilite un acceso sin restricciones, un recurso efectivo, un litigio sustanciado sin sofismas rituales, y un pronunciamiento que tienda a aplicar los derechos superiores que hacen a la conformación humana y a su dignidad.

CAPÍTULO III

ELABORACIÓN DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

1. Fines y objetivos de la sentencia constitucional

1.1 Así como la arquitectura constitucional de una sentencia tiene diferencias con los pronunciamientos ordinarios, también el objeto encuentra varias dudas que se deben despejar antes de comenzar a elaborar la decisión.

La primera distinción llega del órgano que interviene. Esto nos obliga a trabajar la explicación en dos o tres planos distintos, desde que una cosa es el objetivo que tienen los Tribunales Constitucionales actuando en abstracto o en casos concretos; respecto de los jueces comunes que, aplicando el poder de interpretación constitucional en un caso singular, pueden disponer la sentencia con efectos particulares o expandirlos hacia un colectivo superior.

La asimetría no es baladí porque depende del modelo de intervención, el tipo de cosa juzgada, en donde se llega a encontrar un ejemplo especial llamado *cosa juzgada constitucional*, que pone a la decisión ante requerimientos propios de la naturaleza jurídica que perseguimos encontrar.

1.2 Es en este territorio donde se ha de definir si la sentencia constitucional es creadora o recreativa de derechos; o si construye en los principios generales una nueva fuente de recurrencia; ¿será de

naturaleza política?, en fin, estos y otros interrogantes se abren en el capítulo inicial de planteos a desarrollar.

> Díaz Revorio, en una obra que puede quedar afincada entre los clásicos de la materia, señala que no son menores estos problemas, y más aún cuando se trata de entender que el objeto del control es únicamente la norma. Pero como siempre, entre el blanco y el negro existe un sinfín de matices grises, y algunas opiniones doctrinales que han defendido que el objeto del control de constitucionalidad no es exclusivamente el texto o la norma. En Italia, Delfino ha distinguido entre: *a)* la abrogación –cesación de la eficacia-, que debe operar exclusivamente sobre la norma –y solo sobre la norma que ha dado lugar a la antinomia-, sin extender sus efectos al acto-fuente o disposición legislativa (la extinción de la norma no determina en sí misma la extinción de la ley), y *b)* la declaración de ilegitimidad constitucional, que recae directamente sobre la ley o acto-fuente. También se ha dicho que los pronunciamientos de la Corte inciden en primer lugar y normalmente sobre textos, pero también sobre normas, cuando no existe correspondencia unívoca entre texto y norma y el mantenimiento de la disposición se justifica porque también derivan de ello normas constitucionales […] ([47]).

De lo expuesto se podría colegir una audacia más de la interpretación, con el fin de poner en duda si puede la sentencia constitucional no ser un acto procesal, como sin discusiones la recibe y explica la doctrina. Y si no lo fuera, la dimensión política y el parentesco con la legislación indirecta o contra mayoritaria, sería natural de la función.

Cuando se atreven a pensar en este sentido, es inmediata la aplicación del principio de legalidad y eficacia refleja, que vuelve ejecutable la decisión sin tener que esperar los tiempos de la recurrencia o agravios procesales.

En un sistema de control difuso está diluida esta posibilidad, pero en los modelos de control jurisdiccional concentrado, y también en los sistemas políticos, propiamente dichos, como son los tribunales

47 Diaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional n° 44, UNAM – Porrúa, México, 2011, ps. 19/20.

europeos, la posibilidad deja de ser una expectativa, pues se encuentran muchas resoluciones de tal carácter y condición.

1.3 Asimismo el objetivo de dar eficacia al control de constitucionalidad no se desentiende de la virtud que se pretende propia en la actividad del órgano (juez o tribunal). De allí que no siempre es factible deducir una sentencia sin el proceso que le antecede.

Este, el debido proceso, es la antesala de la decisión que, como resulta obvio advertirlo, es el fin de un camino que se transita con objetivos particulares del que plantea la cuestión de constitucionalidad; y generales de la jurisdicción que tiene el deber de actuar fiscalizando el principio de la supremacía constitucional y el resguardo efectivo del control de convencionalidad.

> Agrega García Belaunde que las sentencias constitucionales son un tipo procesal. Esto es, son tan sentencias como las otras y tienen o deben tener la misma estructura. Sin embargo, la temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio de un grupo, sino que persigue cautelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada. Aún más, se trata de poner en cumplimiento el texto fundamental que da cuenta de una sociedad, y no de un código procesal cualquiera, por lo que su vigencia es más importante. Pues si una Constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no se cumple, constituye un demérito que afecta al resto del ordenamiento. Lo anterior se confirma con el hecho de que las sentencias constitucionales, tienen importancia precisamente porque cautelan, fundamentalmente, dos aspectos que son clave: los derechos fundamentales y la jerarquía normativa ([48]).

Hoy día la eficacia del servicio jurisdiccional se mueve con autonomía de cuánto realizan las partes contendientes, al punto de confirmar la existencia de una función social del juez en el proceso([49]), que dinamiza un dominio más amplio que el del control de constitucionalidad.

48 García Belaunde, Domingo, *Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales*, Memorias II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004, CD-ROM.

49 Gozaíni, Osvaldo A., *La Función Social del Juez,* Investigaciones Jurídicas S.A., San José de Costa Rica, 2012.

1.4 Desde otra perspectiva, pero siempre en el campo de los objetivos, una sentencia constitucional que pretenda trasponer el límite de la cosa juzgada entre partes, tiene que decidir el efecto a otorgar. Esta posibilidad que es más restrictiva en los modelos de actuación difusa, tiene a pesar del deber de intervenir solo en el caso concreto, numerosas excepciones que por lo común se dan en la sentencia del tribunal superior de la causa.

Es allí cuando el órgano máximo de la jurisdicción estatal asume que puede ser un tribunal constitucional. De este modo otorga a su pronunciamiento el carácter de definitivo, procura cerrar la discusión y genera el ejemplo a seguir en otras sentencias contextuales.

No es discutible este poder de interpretación en los tribunales constitucionales, que por su condición de ser el último intérprete, podrán proyectar la jurisprudencia como vinculante. Pero no es posible igual afirmación en los sistemas de control difuso puro, donde la revisión de la jurisprudencia es constante, a diferencia de las decisiones de los tribunales constitucionales que no tienen posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno ([50]).

2. Construcción teórica

2.1 También la elaboración técnica de una sentencia filtra cuestiones de menor formalidad pero de mayor trascendencia. La ideología, en una sentencia constitucional, es un tema inocultable, donde no son únicamente consideraciones dogmáticas las que fluyen, al poder cimentar los fundamentos con la impronta de los hechos; o el crédito de la doctrina; o la influencia del precedente; cuando no

50 La única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el complejo procedimiento de revisión constitucional. Es por ello que, el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana sostuvo […] "No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra", todo ello sin perjuicio, de considerar a inicios del siglo XXI la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos y la Corte Penal Internacional vigente, como asimismo, los procesos de integración supranacional europea, todos los cuales flexibilizan la perspectiva señalada (Nogueira Alcalá Humberto, *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur,* Revista Ius et Praxis Año 10 N° 1, Talca, 2004, ps. 113 – 158).

en motivaciones políticas o de interpretación pura que, todas ellas, demuestran la necesidad de abordar esta faceta.

En efecto, en Argentina se puede ver, como ejemplo, cuánto significa este deber de razonabilidad. El art. 17 de la Constitución dice que la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de *sentencia que debe fundarse en ley* […]. Por su parte, el art. 18, esquematiza el derecho de defensa en juicio dando la siguiente garantía: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley anterior al hecho del proceso* […]".

En nuestra historia, el deber de fundamentación es una condición para la validez de las sentencias ([51]); para no ser arbitraria debe expresar el derecho aplicable en cada caso concreto ([52]); y es inconstitucional aquella que carece de toda motivación, o si la tiene, cuando es aparente o insustancial. La obligación es constitucional, aunque ella no resulta explícita ni directa.

2.2 Ahora bien, apoyar la razón de una sentencia en la ley puede ser genuino pero no asegura la legalidad constitucional de cuanto se resuelva. Por eso, actualmente, la legislación comparada proclama un derecho fundamental más amplio, destinado a garantizar al ciudadano el acceso al proceso y a una decisión justa. En España, son partes del derecho a la tutela judicial efectiva que se ensancha con la obligación de motivar las decisiones impuestas por el juez. De este modo se equilibra la situación al servir de instrumento de control de las resoluciones por los tribunales superiores y la ciudadanía ([53]).

Cuadrar la diferencia supone esclarecer cuánto significa *fundar* una sentencia en ley (de modo que si la ley se aplica no hay conflictos eventuales) respecto a *motivar* la decisión (que radica el fundamento en el aporte de razones). La distancia puede ser importante teniendo

51 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (Fallos) 274:260; 283:86: 295:95, entre otros.
52 Fallos 244:521; 259:55.
53 Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 355.

en cuenta que los jueces del sistema codificado están obligados a someterse al imperio de la ley (en cualquiera de los mecanismos de control de constitucionalidad), mientras que un diseño disímil admite las bondades de la equidad y la interpretación abierta de la norma.

En definitiva, de lo que se trata es de fijar una idea estable para la razonabilidad de las sentencias.

> Atienza Rodríguez señala que ello no puede quedar desprendido de la racionalidad, y en consecuencia, una decisión jurídica tiene estos requisitos cuando: 1°) respeta las reglas de la lógica deductiva; 2°) respeta los principios de la racionalidad práctica que, además de la racionalidad lógica, exige la presencia de los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3°) no elude premisas jurídicas vinculantes; 4°) no utiliza criterios de tipo ético, político o similares, que no estén previstos específicamente por el ordenamiento ([54]).

2.3 Cuando se afirma como principio constitucional la obligación de motivar todos los actos de resolución jurisdiccional, se ratifica la condición de "garantía" que tiene para el justiciable, y la toma de posición entre las coberturas que tiene que sumar el "debido proceso".

En conjunto, es un sistema de reaseguros que las constituciones democráticas crean para la tutela de los individuos frente al poder estatal. Pero además de esta garantía se apunta también a un principio jurídico político que expresa la exigencia de control a cargo del mismo pueblo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos.

2.4 Las dos funciones que se observan, la *procesal* que propicia fiscalizar desde el control jerárquico de instancias superiores, y la función *política* que con la democracia admite el control de la opinión pública, determinan como un elemento necesario e ineludible en el debido proceso, que toda decisión judicial sea razonable y plenamente motivada.

54 Atienza Rodríguez, Manuel, *Sobre lo razonable en el derecho*, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 27 (septiembre/diciembre 1989), p. 32.

La ventaja que tiene esta condición, coloca en primera línea la actitud preventiva que impide consagrar arbitrariedades al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad.

2.5 En segundo término, se pone de relieve la acción imparcial y desinteresada del juez que, al interpretar los hechos y aplicar el derecho, decide sin favorecer a una u otra parte sin más beneficios que los resultantes de la justicia proclamada.

> Dice Ruiz Lancina que, cuando una disposición legal o reglamentaria ha sido emanada para regular alguna cosa, el órgano decisor la tendrá que aplicar imparcialmente y la motivación asume la función de garantizar que así se ha procedido. Una decisión discrecional no es en rigor un acto de aplicación ya que éste supone la pre-existencia de una regla que anticipa lo que debe hacerse y la discrecional se define justo por lo contrario. Por tanto la imparcialidad comienza ya con la adopción de los criterios de actuación, por lo que no basta con aplicar imparcialmente unos criterios preestablecidos sino que con carácter previo es necesario escoger criterios imparciales ([55]).

Inmediatamente, la obligación de explanar razones y fundamentos en cada decisión jurisdiccional, y particularmente en la sentencia definitiva, supone crear una nueva garantía procesal que se destina a varios frentes: a) como deber de los jueces al resolver; b) como control de las partes sobre la justificación de las providencias y decretos; c) como criterio de fiscalización en el cumplimiento de la ley; d) como salvaguarda para la independencia judicial, y e) como principio orientador sobre las formas procesales que toda sentencia debe contener.

2.6 Pero, al mismo tiempo, la elaboración escrita de la fundamentación obliga a invertir tiempos del proceso que, a veces, contrarían otros

55 Ruiz Lancina, María José, *La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Noticias Jurídicas - página web, 2002.

principios fundamentales como el "derecho al plazo razonable", el cual no queda resuelto con la imposición de plazos y términos para expedir las resoluciones judiciales.

Inclusive, existen problemas ocasionales como la motivación de las sentencias en los procesos orales, que aun siendo posible emitirlas verbalmente ("*in voce*"), obligan a la reproducción documental posterior.

No se descarta que la tarea de fundamentación exhaustiva produzca la obligación de ocuparse de todas y cada una de las pretensiones, de manera que la simple motivación no se puede tener cumplida con la mera declaración de voluntad del juzgador, en la medida que la decisión judicial debe estar precedida de una argumentación sólida y referida.

2.7 Por otra parte no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa y pormenorizada que vaya respondiendo a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa que en su caso realicen quienes ejerzan la potestad jurisdiccional; lo importante es que las pretensiones de las partes se sometan a debate y se discutan de forma argumentada y razonada.

3. Construcción formal

3.1 El juez constitucional, sin importar el modelo previsto para el control, afronta con los cuestionarios antedichos un problema de redacción y elaboración. El primer punto que debe superar es la guía que aportan los códigos procesales, los que suelen dividir el pronunciamientos en las clásicas tres partes de resultandos, considerandos y parte dispositiva o fallo propiamente dicho.

Esta puede ser una pauta útil, que al llegar al estadío de la decisión puede incurrir en ambigüedades respecto del ritual de resolver, en forma positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte.

Claro está que la supletoriedad dispuesta puede comprender el modelo de elaboración y expresión de la sentencia; lo que sucede es que una sentencia constitucional tiene permisos diferentes que muestran así una asimetría notoria.

3.2 Las distancias se evidencian desde el comienzo. Un proceso constitucional tiene diluida la bilateralidad procesal cuando la tarea específica es el control de constitucionalidad que, de algún modo, no tiene en cuenta el interés particular ni las pretensiones expuestas.

De mayor claridad es el proceso en cuestiones de interpretación consultiva, o en abstracto, donde no hay partes en sentido procesal. No hay pretensiones ni posiciones, solo interpretación y declaración.

Podemos aceptar que ciertos procesos constitucionales como el amparo contra actos de particulares pueda quedar encuadrado en el litigio que se debe resolver con las formas del juicio controversial, donde uno gane y el otro pierda; pero aun así, la forma de expresar la aplicación del derecho no sigue el principio de congruencia estricto (es decir, lo que cada parte plantea como suyo) toda vez que se puede modalizar la decisión, darle un alcance distinto (eficacia expansiva de la sentencia) o abrir un compás de espera para que reviertan los hechos, o el acto lesivo se pueda reconducir con la actividad legislativa (sentencia exhortativa).

3.3 Lo mismo sucede con otra característica derivada de la contradicción técnica (derecho a oír a todas las partes antes de resolver). Un proceso constitucional, sin mirar el objeto que la demanda persiga (es decir, si quiere la declaración de inconstitucionalidad, la reparación de un derecho afectado o la prevención de perjuicios ante una amenaza cierta) siempre atiende la calidad del derecho fundamental cuya lesión o eventual vulneración se manifiesta; de allí que gráficamente hemos dicho que, cuando se golpea a las puertas de un juez constitucional, el interrogante que planteará para permitir la entrada a su fuero, no será ¿quién es? Sino ¿qué quiere?

Vale decir, no atenderá las cuestiones de legitimación procesal (derechos o intereses del que pide) sino la entidad de las garantías

individuales o colectivas que se perturban (derecho constitucional afectado). En otras palabras, los juicios constitucionales miran la Constitución; los procesos comunes al código procesal.

Por eso, cuando se elabora la sentencia el resultado no debe conducir necesariamente a darle razón a uno u otro, porque la declaración no pretende zanjar un conflicto, sino conseguir la eficacia del derecho constitucional o de raigambre convencional.

3.4 Al postergar en las prioridades del proceso, las preferencias de quienes litigan, para darle prelación al principio de supremacía constitucional, suben al escenario dos temas esenciales: las *formas* y la *sustancia*.

Las primeras resolverán el modo de construir una sentencia constitucional; las otras, referirán a los modelos de fundamentación. Podrán llegar de la *razón suficiente,* que se apoya en el análisis deductivo de los hechos con relación al derecho aplicable; o en su caso, se basarán en argumentos de cobertura supletoria o accidental, que se instalan en la parte de motivaciones destinadas a conseguir la reflexión del sujeto violador; o para hacer apostillas que sin resultar imprescindibles para fundamentar la decisión, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

> García Tomá afirma que […] la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad apunta a orientar la labor de los operadores del Derecho mediante la manifestación de criterios que puedan ser utilizados en la interpretación que estos realicen en los procesos a su cargo: amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos ([56]).

3.5 En todo este amplio espacio de la arquitectura de sostén para una decisión diferente al modelo tradicional de la sentencia, se obtienen

56 García Tomá, Víctor, *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional Peruano,* Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, s/f, p. 34.

áreas singulares que trascienden cuanto responde al pronunciamiento definitorio. No solo es la sentencia de valor ejecutivo la que se designa, sino también, todo aquello que se desprende con autonomía del fallo alcanzado.

Es el tiempo de los llamados "*obiter dictum*" o de la "*ratio esendi*" o, también de la "*ratio decidendi*" que son expresiones latinas que se formulan como integrantes y significan algo más que una parte del cuerpo del decisorio.

El *obiter dictum*, es lo que se dice fuera de contexto, pero con una fuerte vinculación a consecuencias previsibles o que se quieren expresar de paso en la providencia; esto es, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las "consideraciones generales", las descripciones del argumento jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa que se decide.

El *obiter dictum*, no tiene fuerza vinculante y como se expresó, constituye criterio auxiliar de interpretación" ([57])

En cambio la *ratio decidendi* son argumentos de la motivación; hacen al fundamento central que elude la pura discreción o la arbitrariedad de quien resuelve. No son justificativos, sino razones de fondo que obligan a expresarlas para darle sentido justo a la sentencia constitucional ([58]).

4. Formación de la cosa juzgada constitucional

4.1 La sentencia constitucional es mucho más que una decisión para las partes. Es un mensaje al legislador, una fuente de derechos donde

57 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia: C-241/10

58 La *ratio decidendi*, corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. Es decir, es la "formulación, del principio, regla o razón general [de la sentencia] que constituye la base de la decisión judicial. '(…) La *ratio decidendi* está conformada, se decía antes en las sentencias de la Corte, por "los conceptos consignados en esta parte [motiva de una sentencia], que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva", sin los cuales "la determinación final [del fallo] no sería comprensible o carecería de fundamento" (Sentencia C-241/10, citada *ut supra*)

podrán abrevar nuevas conjeturas, o una decisión que por su fuerza vinculante tendrá efectos normativos.

Pero la llamada "cosa juzgada constitucional" no se relaciona tanto con la sentencia como con el modelo de control que se tenga. En Colombia, donde existe control concentrado, el art. 243 inciso 1° de la Constitución Política dice que […]: "*Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional*".

> Como dispone el artículo 243 de la Constitución, en concordancia con los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, el efecto de cosa juzgada también se predica de las sentencias que profiere la Corte Constitucional en cumplimiento de su misión de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta. En el contexto del control constitucional de las leyes, la cosa juzgada propende por la seguridad jurídica y el respecto de la confianza legítima, en la medida en que evita que se reabra el juicio de constitucionalidad de una norma ya examinada y que una disposición declarada inexequible sea reintroducida en el ordenamiento jurídico. Además, contribuye a racionalizar las decisiones de la Corporación, puesto que exige que sus decisiones sean consistentes y hagan explícita la *ratio decidendi,* así como su fundamento constitucional […].
>
> Para que pueda hablarse de la existencia de cosa juzgada en estricto sentido, es preciso que la nueva controversia verse (i) sobre el mismo contenido normativo de la misma disposición examinada en oportunidad previa por la Corte Constitucional, y (ii) sobre cargos idénticos a los analizados en ocasión anterior. La identidad de cargos implica un examen tanto de los contenidos normativos constitucionales frente a los cuales se llevó a cabo la confrontación, como de la argumentación empleada por el demandante para fundamentar la presunta vulneración de la Carta; mientras la identidad de contenidos normativos acusados demanda revisar el contexto normativo en el que se aplica la disposición desde el punto de vista de la doctrina de la Constitución viviente. Existen eventos en los que en apariencia una controversia constitucional es similar a otra ya analizada por la Corte, pero que examinada más a fondo contiene diferencias desde alguna o las dos perspectivas anteriores, que hacen imposible hablar de la presencia de cosa juzgada en sentido estricto. Ejemplo de

> esos casos son los que la Corte ha clasificado bajo doctrinas como la de la cosa juzgada relativa y la cosa juzgada aparente, entre otras ([59]).

En cambio, otras legislaciones son más cautelosas merced al efecto normativo antes referido. Se prefiere no hablar de los resultados que la sentencia proyecta para resguardarse en los efectos previstos de la cosa juzgada.

Es decir, esta institución se puede ver como un modelo procesal destinado a evitar que se reiteren situaciones ya juzgadas, donde por las partes (límites subjetivos) o por el objeto (límites objetivos), quedará planteada una inhibición para futuras reyertas.

4.2 Al mismo tiempo, se puede tomar de la sentencia constitucional una cosa juzgada de tipo dispositivo general. Cuánto se haya resuelto y ordenado ejecutar tiene un alcance "*erga omnes*" que adquiere una notoria capacidad preceptiva. Sea cuando la disposición construye una nueva fuente de derechos o recrea los existentes bajo la forma de una sentencia constitucional propiamente dicha; o cuando deniega la vía, en cuyo caso, el acuse de inconstitucionalidad, o de ilegitimidad, o en su caso de ilegalidad, quedará obturado por la imposibilidad de replanteo.

Como este es un riesgo que muchos no quieren correr, algunas reglamentaciones prescriben efectos distintos. En Perú la sentencia que hace lugar se publica en el boletín oficial (El Peruano) y al día siguiente la norma queda sin efecto; pero cuando se trata de referir a la cosa juzgada constitucional, la definición no coincide al despojarla del mismo efecto cuando se trata de sentencias denegatorias. Lo mismo sucede desde otra perspectiva con el rango que se le asigna al pronunciamiento, porque su trascendencia se vincula con la interpretación conforme y reiterada que consiga concretarse en un precedente vinculante para el ordenamiento jurídico.

Similar planteo se desprende del derecho comparado, en los cuales la particularidad de la cosa juzgada constitucional se limita en las

59 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-220/11.

denegatorias que permiten revisiones constantes, sin importar los límites ya referidos de personas u objetos.

> Algunos argumentan que tratándose del control abstracto de normas resulta aún más cuestionable la existencia de la cosa juzgada. Donde no hay verdaderas partes, dado que los recurrentes son simples órganos políticos sin personalidad. No hay un conflicto de hecho entre éstas. No puede aplicarse a la sentencia absolutoria la institución en análisis, ya que ésta dice relación con una situación concreta e individualizada. Sería simplemente una interpretación de la ley. Luego, nunca una sentencia cierra el paso a otra ulterior, ya que puede interpretar la ley de manera distinta ([60]).

Esta cuestión permite traer al ruedo el concepto de eficacia temporal de la cosa juzgada y su intrínseca relatividad como esquema a permanecer intangible e inmutable cuando el tiempo y las circunstancias lo inciden de manera directa.

4.3 Países de control difuso puro como Argentina, no razonan ni reconocen una cosa juzgada que no sea estrictamente procesal. No se admite proyecciones normativas, porque las sentencias resuelven solamente en casos concretos, y cuando se dispone un efecto expansivo de la cosa juzgada, no suele asignarse la calidad de "*erga omnes*" (para todos) sino para el grupo o sector afectado (incidencia colectiva que permite reconocer la identidad de cada perjudicado).

Este primer aspecto de la cosa juzgada tomada como valor normativo, entonces, queda inerte ante el régimen constitucional imperante.

Sin embargo, el aspecto procesal tiene fuertes resistencias apenas se ve en la cosa juzgada un impedimento que, amparado en la seguridad jurídica, o en el derecho de propiedad (como la Corte Suprema de Justicia argentina lo reconoce), implementa una suerte de paz social provocada.

Este criterio aparece desmedido frente a la realidad emergente del hecho que la cosa juzgada no constituye algo connatural a la sentencia,

60 Fernández, Tomás Ramón y García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Cívitas, (5ª edición 1992), Madrid, p. 153.

sino en todo caso una creación del ordenamiento jurídico, que puede asignar o no ese efecto o limitarlo sin vulnerar en principio derecho alguno. Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia nacional han morigerado los efectos de un enfoque tan radical como el antes citado.

Como referencia adicional, cabe señalar que de acuerdo con los criterios sentados por la Comisión [Interamericana de Derechos Humanos], parece difícil que para los organismos internacionales la cuestión de la cosa juzgada pueda incluirse en tal derecho [de propiedad]. En materia penal ha sido tradicional la admisión de correctivos a la cosa juzgada en beneficio de la persona condenada. Tanto a través de las facultades de dictar amnistías, conmutaciones e indultos, como a través de una regulación crecientemente amplia del recurso de revisión contra las condenas y mediante otras manifestaciones como la unificación de condenas dictadas en causas distintas, no mediante su acumulación aritmética sino mediante el denominado sistema de composición, o la flexibilización de las penas en la etapa ejecutiva inherente al moderno derecho penitenciario. En materia civil, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido excepciones a la "intangibilidad" de lo sentenciado, en los que relativizó el efecto de la cosa juzgada ([61]).

4.4 Para finalizar se debe resolver qué parte de la sentencia hace cosa juzgada.

La orientación mayoritaria apoya que sea solamente la parte dispositiva; pero con fundadas razones se dice que […]

> Los fundamentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades. La *ratio iuris* se encuentra

61 Garrido, Manuel, *La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada*, Revista Argentina de Derechos Humanos año 1 n° 0, Ad Hoc – Cels – Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2001, ps. 88 y ss.

> en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional ([62]).

Esto no es un problema menor. Los fundamentos de una sentencia expresan la resolución del caso en un tema concreto, y el valor normativo en una cuestión abstracta. En juicios ordinarios la cosa juzgada es un efecto propio de la decisión; mientras que en los constitucionales es una cualidad de la sentencia ([63]).

Este ascendiente limitado en el primer caso, tiene pocas excepciones. Una deriva de los derechos individuales homogéneos, en los cuales la identidad del conflicto permite extender el alcance del pronunciamiento a todos quienes se encuentran en condiciones de igualdad con el tema resuelto. Pero esto no será un efecto *erga omnes*, sino una extensión de la cosa juzgada y, específicamente, de la parte resolutiva.

En el segundo planteo, la *res judicata* dictada en un juicio constitucional tiene esta connotación que le imprime un alcance mayor al pronunciamiento. Por eso es necesario modular el alcance y las particularidades, debiendo así la parte resolutiva ser más detallada que la decisión simple de dar o no la razón a una u otra de las partes.

4.5 Justamente como la cosa juzgada constitucional tiene dicha cualidad normativa, la dimensión y permanencia de lo resuelto será obligatorio (no como precedente, sino como fuente) para la jurisdicción, la administración y la legislación, pero no para el Tribunal Constitucional que podrá examinar la cuestión cada vez que lo interprete necesario.

Bien dice Nogueira Alcalá que […]

> Las sentencias de término constituyen las decisiones jurisdiccionales más importantes de los tribunales constitucionales, tanto desde un punto de vista jurídico como de su trascendencia política, ya que dicha decisión se refiere a la Constitución Política del Estado, como

62 Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-131/93.

63 Rivera Santivañez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno,* Estudios Constitucionales, volumen 4 n° 2, Santiago de Chile, 2006, ps. 585-609.

asimismo, porque tales decisiones determinan el sentido y alcance de valores y principios constitucionales que modelan y determinan el contenido de la normativa infraconstitucional ([64]).

5. Obligación de fundamentar

5.1 La progresividad del derecho de las partes y la obligación constitucional de los jueces de motivar los fallos, plantea la naturaleza que tiene este deber fundamental.

No se trata de contabilizar una simple fundamentación que puede resultar suficiente con la aplicación mecánica de la ley, sino de analizar si dicha exigencia radica en una necesidad política propia de la justificación de los actos de un poder del Estado; o significa establecer una garantía constitucional que forma parte de un conjunto mayor contenido en el principio del debido proceso.

No se descarta que la visión se pueda acotar al simplismo adjetivo de tomarlo como un presupuesto procesal de la sentencia, o como parte integrante del acto procesal por excelencia.

Finalmente, la naturaleza puede ocupar el espacio de los deberes jurisdiccionales que hacen al derecho a la tutela judicial efectiva, o afincarse en los derechos exigibles que tienen las partes para que se cumpla con la garantía o principio fundamental al debido proceso (como variable de las garantías jurisdiccionales).

5.2 Se ha dicho que la motivación o fundamentación razonada de los pronunciamientos judiciales tienen un significado para la democracia institucional, en el sentido de legitimar la intervención judicial en un régimen constitucional.

Bandrés Sánchez-Cruzat señala que la declaración constitucional de que la justicia emana del pueblo no es meramente retórica; sirve para recordar que el pueblo en un Estado democrático es fuente de todo poder; para ilustrar que los jueces no son propietarios ni detentadores

64 Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur*, Revista Ius et Praxis, Año 10 N° 1, Talca (Chile), 2004, ps. 113-158.

> de la justicia; sirve por tanto para incardinar el poder judicial con la soberanía nacional [...]; y sirve también para legitimar a los jueces en su actividad de impartir justicia, para lograr la justicia, al indicarse ese bello texto que los jueces sólo recibirán un juicio favorable de quien tiene la legitimidad institucional para formularlo, la ciudadanía, si su jurisprudencia responde a los principios y valores constitucionales de libertad, igualdad y justicia, y se dirige, a sabiendas, a satisfacer las aspiraciones éticas del pueblo plasmadas en la Constitución y en las leyes ([65]).

Con esa finalidad, las razones del fallo justifican el poder y la autoridad jurisdiccional. Es una proyección del deber de rendir cuentas sobre los actos que se realizan en nombre del pueblo. Por eso se tiene al deber de fundamentación como una exigencia política.

> En una editorial de "El Araucano" publicada el 25 de noviembre de 1836, señalaba Andrés Bello (Chile): "El proyecto de ley propuesto al Congreso en el mensaje que insertamos en el presente número presenta a los chilenos una de las garantías más reales que la legislación puede ofrecer a un pueblo. Hasta hoy han estado sometidos nuestros derechos a las decisiones arbitrarias de los jueces, que sujetos a las pasiones, errores y preocupaciones que forman el patrimonio de la especie humana, han gozado del ominoso y extravagante privilegio de fallar sobre las cuestiones más importantes sin dar cuenta a la nación de los fundamentos de sus juicios, ni explicaciones satisfactorias de sus operaciones administrativas […]. Admitir sentencias no fundadas equivale en nuestro concepto a privar a los litigantes de la más preciosa garantía que pueden tener para sujetarse a las decisiones judiciales".

5.3 El paso siguiente fue volcar en la Constitución el deber de señalar los motivos de persuasión adquiridos e indicados en la sentencia. Antes la idea se asumía como una derivación de preceptos y garantías, como el derecho a la defensa y el debido proceso.

Se consideró que instalando en la Norma Fundamental esta obligación de fundamentar adecuaba la finalidad de control sobre el razonamiento legal, mejoraba el convencimiento de las partes sobre

65 Bandrés Sanchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, ps. 177 y ss.

el porqué de la justicia impartida, y limitaba el ejercicio abusivo de los recursos.

La constitucionalización tiene dos etapas. La primera no encuentra indicación precisa en los textos porque se deriva del derecho al debido proceso legal; inclusive, tampoco se haya mencionada en los textos internacionales de protección de los derechos humanos, quizás por las dificultades que podría tener en los sistemas que actúan con jurado. De todos modos sí tiene recepción en las condiciones de decidir con fundamentos en el enjuiciamiento penal y la condena que en estos procesos se dicta.

Decíamos en otra obra, que la tendencia "pro-motivacionista", al decir de Sagüés, cobra impulso a partir de la Revolución Francesa, sobre todo, después del artículo 94 de la Constitución de 1793: Los jueces "...motivan sus decisiones" (la Constitución de 1795 agregó que las sentencias debían enunciar los términos de la ley que aplicaren: art. 208)...En Argentina, el tramo colonial y el poscolonial muestra el predominio de la no motivación; pero una importante excepción fue el Tribunal de Recursos Extraordinarios de la provincia de Buenos Aires (1838-1852), cuyas decisiones fueron suficientemente fundadas. Con la sanción de la Constitución de 1853, en la esfera nacional (y en la provincial, con el texto bonaerense de 1854), la tendencia motivacionista logró paulatinamente imponerse ([66]).

5.4 La segunda consolida la obligación cuando comienzan a reformarse las cartas constitucionales que fueron adaptando sus principios, declaraciones y garantías, al compás de la evolución y consagración de los derechos humanos.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo n° 11, estableció en el art. 45 – Motivación de las sentencias y de las resoluciones:

66 Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional,* tomo 1, editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, ps. 190 y ss.

1. *Las sentencias, así como las resoluciones que declaren a las demandas admisibles o no admisibles, serán motivadas.*
2. *Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquier juez tendrá derecho a unir a ella su opinión por separado*.

Un modelo preciso está en la Constitución española de 1978 que incluye el deber de motivar en el art. 120.3 de la Constitución, dentro del título VI dedicado al "Poder Judicial"; y en un precepto que consagra otras dos fundamentales garantías procesales: la publicidad y la oralidad.

> Dice Ibáñez que esta inclusión no puede dejar de ser significativa. Significativa y totalmente coherente, puesto que, como ha escrito Ferrajoli, estas últimas, junto con la de motivación, son "garantías de garantías", de carácter "instrumental", por tanto, pero condición *sine qua non* de la vigencia de las "primarias o epistemológicas" del proceso penal, en general, como vehículo del derecho punitivo ([67]).

De ello resulta que la motivación se convierte en una garantía que trasciende a las partes porque proyecta la obligación como un valor constitucional que hace a la eficacia de las sentencias.

5.5 En América no ha sido diferente la axiología entendida para el deber de fundamentación, solo que ha tenido posibilidades de lectura más amplios y flexibles, porque sirvió para eludir la imposibilidad de sentenciar cuando el proceso estaba hueco de verificaciones o la prueba era manifiestamente insuficiente.

Se encontró así un principio nuevo "*pro sententia*", según el cual todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla; lo cual obliga a considerar los requisitos procesales con criterio restrictivo, especialmente las inadmisiones de cualquier naturaleza, y sólo a texto expreso, mientras que debe interpretarse extensivamente y con el

67 Ibañez, Perfecto Andrés, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal,* texto de la conferencia pronunciada por el autor dentro del plan estatal de formación de jueces (1992), Consejo General del Poder Judicial de España, passim.

mayor formalismo posible todo aquello que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo en sentencia; además, las infracciones procesales sólo deben dar lugar a nulidades relativas y, por ende, siempre subsanables, mientras no produzcan indefensión.

> Afirma Piza Escalante siguiendo este criterio, que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto ([68]).

De todos modos, las nuevas constituciones americanas han incorporado el deber de fundamentar toda resolución judicial, sea directamente en el texto de la Norma básica o reglamentando en disposiciones especiales como leyes administrativas o procesales.

6. El fundamento como presupuesto de validez constitucional

6.1 Desde otra perspectiva el deber de motivación se instala como un presupuesto procesal constitucional para que la sentencia sea válida.

El código procesal federal (Argentina), por ejemplo, dice en el art. 34 inciso 4° que el juez debe *fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.*

En realidad, no es la nulidad propiamente dicha el efecto que tiene un pronunciamiento sin fundamentos, sino la determinación para obtener agravios directos por esa ausencia de razones y motivos que

68 Piza Escalante, Rodolfo, *sentencia sobre el debido proceso,* su voto en el fallo 1739/92, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1º de julio de 1992.

habilitan el recurso correspondiente, el cual, eventualmente, puede conducir a la nulidad.

Sucede que como presupuesto procesal también se vincula con el deber constitucional que se instala como garantía judicial, porque una sentencia infundamentada es un caso de arbitrariedad que traslada a la revocación de lo resuelto.

> Con simpleza ha dicho Carnelutti que, la motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente para que de los hechos que el Juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva [...]. La motivación está impuesta para que muestre el juez que ha razonado ([69]).

6.2 En uno u otro caso lo importante estriba en la consolidación del deber de argumentar y tomar partido entre una de ambas pretensiones. No significa más que resolver en el marco dialéctico del proceso donde si las partes están obligadas a presentar sus afirmaciones por escrito, es obvio y natural que la decisión respectiva sea expresada del mismo modo.

> Dice Alvarado Velloso que este deber –que entronca aparentemente con la concepción montesquiana del Poder Judicial: los jueces son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley- no debe entendérselo, empero, como la actividad mecánica de un ser inanimado que no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de la "voluntad de la ley" ([70]).

Para esta posición es suficiente que la sentencia exprese razones de hecho y de derecho, sin necesidad de desarrollar explicaciones argumentales. La fundamentación se sostiene con la mera aplicación de la ley, sin necesidad de adornarla con proyecciones intelectuales.

De este modo, mientras una sentencia se funda con la simple interpretación del derecho que al caso se subsume; la motivación es

69 Carnelutti, Francesco, *Estudios de derecho procesal,* tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1952, p. 223.

70 Alvarado Velloso, Adolfo, *El juez: sus deberes y facultades,* Depalma, Buenos Aires, 1982, ps. 35 y ss.

un proceso mental que exterioriza un proceso intelectivo que impone al Juez pronunciarse de una determinada manera.

6.3 En la misma línea que la tesis anterior se presenta otra tendencia que persigue encontrar en la falta de fundamentación un supuesto de inexistencia del acto procesal más trascendente en el proceso.

> En este sentido Carocca Pérez apunta que, en lo que se vincula con la defensa, la clave se encuentra en que la obligación de motivar las sentencias, que al mismo tiempo que constituye un derecho de los litigantes, se transforma en garantía de que sus respectivas alegaciones y pruebas serán efectivamente valoradas por el tribunal. De ese modo, permite comprobar el cumplimiento de la obligación del juez de tener en cuenta los resultados de la actividad de alegación y prueba de las partes, que así concretan su intervención en la formación de la resolución judicial, que es la esencia de la garantía de la defensa ([71]).

La diferencia sucede en la trascendencia que se asigna a la omisión de dar explicaciones, porque se considera que existe violación a las reglas de la defensa en juicio, y como tal, lleva a una sentencia revocable por defectos de fundamentación.

> La teoría debe analizarse con la precedente, porque la primera convierte a la fundamentación de la sentencia en un mero formulismo, puesto que bastaría con hacer referencia a los hechos, a la norma aplicable y al mandato judicial, para que se tenga por fundamentada. Por eso –dice Lorca Siero- la segunda procura que el imperio de la ley que ordena el artículo 117.1 de la Constitución española, presente un aspecto de cumplimiento en cuanto se refiere a la función juzgadora por todos sus trámites, cumpliendo el procedimiento y finalmente dictando sentencia en la que se aplica la ley a los hechos. Esta última es el balance de la legalidad juzgadora, donde ha de ejercitarse la subsunción. La sentencia es un orden lógico en el que por seguridad se opera acudiendo a la fórmula legal, pero cuando la lógica que ha de emplear el Juez se sustituye por su interpretación y no por la aplicación estricta de la ley, puede haber motivación pero no legalidad ([72]).

71 Carocca Pérez, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal,* Bosch, Barcelona, 1998, ps. 188 y ss.

72 Lorca Siero, Antonio, *Los jueces y la constitución,* Siloa, Oviedo, 1997, p. 45.

En los hechos el déficit proviene por la infracción al principio de congruencia y, en particular, cuando el juez resuelve fuera o más allá de lo pedido y no da fundamento alguno para ello.

6.4 Otros interpretan que en lugar de analizar la sentencia como acto procesal, hay que recurrir a los deberes jurisdiccionales e instalar en ellos la obligación de dar razones y fundamentos a las resoluciones judiciales.

> Precisamente porque el contenido esencial y normal de la tutela judicial efectiva consiste en la obtención de una resolución de fondo –dice Chamorro Bernal-, las decisiones judiciales de inadmisión afectan ese contenido y pueden incurrir en inconstitucionalidad si la negativa a entrar a conocer del fondo no se ha realizado de acuerdo con la interpretación que de tal derecho fundamental hace el Tribunal Constitucional [...] La tutela judicial resulta otorgada con plena eficacia, aunque la decisión consista en negar –de forma no arbitraria y razonable- el examen de la cuestión de fondo, por no concurrir un presupuesto procesal necesario o por haberse incumplido las formas y requisitos procesales razonables, es decir, que no constituyan rígidos formalismos, vacíos de contenido ([73]).

Tal lectura se adapta a la orientación constitucional de los códigos procesales de Argentina, que en su mayoría establecen como deber de los jueces el fundar sus sentencias en ley; luego reglamentado en las leyes procesales como deber de fundamentación y efectos de nulidad en caso contrario.

Como no se persigue con esta carga del oficio, imponer una norma demasiado genérica, la jurisprudencia fue aclarando que el juez no está obligado a referirse concreta y separadamente a cada uno de los elementos de convicción suministrados por las partes, bastándole para fundar su decisión que valore los que a su entender, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, revistan relevancia jurídica para servir de base a sus conclusiones.

73 Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 277.

O lo que es lo mismo, al fundamentar su decisión no tiene que hacerse cargo de todos los argumentos de las partes, sino sólo de aquellos que estime pertinentes para la solución del caso.

6.5 Finalmente se encuentra otra tendencia dominante, que pone a la motivación de las sentencias como un derecho que las partes pueden exigir por ser parte integrante del derecho al debido proceso.

Para ella, la solución justa de un litigio no es simplemente –como lo afirma el positivismo jurídico- el hecho que sea conforme con la ley, es decir, legal. En efecto, no hay palabras que cubran la necesidad de justicia sino va implícito en los contenidos del pronunciamiento la cobertura de argumentos suficientes para convencer a las partes sobre la justicia del caso.

Una vez más aparece la dimensión social del proceso y la repercusión que tiene en la sociedad cualquier sentencia judicial, porque la medida de la legalidad no siempre es la vara de la justicia, como también la discrecionalidad excesiva, irrazonable o directamente incongruente, es una arbitrariedad que el mismo sistema repulsa.

6.6 Todas las teorías o pensamientos expuestos no tienen mayores diferencias si creemos que con la motivación se obtiene una herramienta para proscribir la arbitrariedad.

> Sostiene Ruiz Lancina ([74]) que, la razonabilidad es el criterio demarcatorio de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad ya que si la potestad discrecional consiste en elegir una opción entre un abanico de posibilidades razonables no hay potestad discrecional cuando es sólo una la solución razonable y por tanto no hay posibilidad de elección. En el supuesto más habitual en que caben varias elecciones entra de manera determinante la persona del juez quien estará investido de potestad para decidir en una u otra dirección, es decir hay un margen discrecional cuando sobre una cuestión aparecen varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas. Por ello, el ejercicio de la potestad discrecional presupone dos elementos, por una parte una opción entre varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas

74 Ruiz Lancina, María José, *La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española,* Noticias Jurídicas, 2002, web passim.

> y por otra parte que esa opción sea razonable dentro de un marco socio-cultural determinado.
>
> La motivación garantiza que se ha actuado racionalmente porque da las razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos. En la motivación se concentra el objeto entero del control judicial de la actividad discrecional administrativa y donde hay un duro debate sobre hasta donde deben fiscalizar los jueces.

Pero si extendemos la noción para darle un campo más amplio a su desarrollo, rápidamente se verá que la fundamentación forma parte de la sentencia como un todo indisoluble, creador de argumentos para quienes encuentren justificadas sus razones, como para los que no encuentren satisfechas con ella sus pretensiones.

> Por eso las sentencias de nuestro Superior Tribunal de Justicia que se apegan al llamado principio de *«trascendencia»* y/o *«sustancialidad»*, provocan con el abuso del *writ of certiorari* un claro supuesto de sentencias nulas por defectos de fundamentación.

En este terreno abonan múltiples proyecciones que, al mismo tiempo, se amparan en los nuevos contenidos del debido proceso.

Por ejemplo, será intolerable que se declaren nulidades procesales allí donde el juez tuvo oportunidad de advertirlas y su intervención resulta extemporánea o inusitada; o cuando el trámite se posterga *sine die* por cuestiones de competencia mal resueltas; o en los motivos que abrigan justificaciones vulgares o renuentes al deber de asumir jurisdicción positiva en cuestiones de urgencia; etc.

6.7 Finalmente, un análisis enjuto de la teoría actual que explica los caminos de la impugnación y los recursos, continúa afirmando que los motivos de queja del recurrente están únicamente en la parte decisoria, provocando una dimensión increíble de las causales de arbitrariedad. Esto es equivocado, la sentencia es un conjunto de argumentos, razones y derechos aplicados que conducen a un resultado. La justificación del recurso no se puede encontrar en lo contingente del fallo, sino en los motivos dados para su fundamentación.

> Por eso, dice Chamorro Bernal, la motivación de la resolución judicial supone una justificación racional, no arbitraria, de la misma, mediante un razonamiento no abstracto sino concreto. Esta justificación de la resolución deberá incluir: a) el juicio lógico que ha llevado a seleccionar unos hechos y una norma; b) la aplicación razonada de la norma; c) la respuesta a las pretensiones de las partes y a sus alegaciones relevantes para la decisión.

7. Contenidos de la motivación de la sentencia

7.1 Fundamentar no significa lo mismo que motivar. Aplicando la ley sin más tarea que laborar con exégesis pura, supone dar fundamentos; mientras que motivar implica dar racionalidad y sentimiento de justicia.

> En tal sentido sostiene Colomer Hernández que, la motivación actúa como un elemento de racionalización del sistema procesal, en cuanto constituye un presupuesto y una garantía del control que los órganos superiores realizan respecto a la actividad del juez inferior ([75]).

Racionalidad no siempre supone razonabilidad en el sentido estricto de la comparación, porque puede cerciorarse el Juez de lo dicho y expuesto sin advertir desatinos o incongruencias, en cuyo caso, lo razonable no sería razonado.

A veces, también, el raciocinio aplicado en la sentencia se identifica con justificación, siendo así difícil emparentar lo deseable con lo existente.

Es evidente, en consecuencia de la síntesis, que buscar entre los contenidos de la motivación la razonabilidad implica una tarea casi imposible, porque es más simple deducir la incongruencia, el error, el absurdo, es decir, todo lo contrario a la regla mencionada. Por tanto, la motivación de las sentencias como parte integrante del debido proceso puede encontrarse en premisas negativas, como afirmar que no es debido proceso el que equivoca el derecho aplicable a la causa; o

75 Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 77.

que tampoco lo es cuando deduce afirmaciones inexistentes; o al tener por probados hechos que se mantienen inciertos o sin verificación, entre otras variables.

7.2 Desde esta perspectiva, la motivación persigue la certidumbre y la confianza institucional, más allá de servir a otras finalidades como son el control de la actividad jurisdiccional por parte del superior jerárquico, y de la misma opinión pública; o para demostrar la eficacia en la prestación del servicio jurisdiccional.

> Bien sostiene Pico i Junoy que a pesar de que la sentencia debe motivarse en Derecho, ello no excluye que pueda ser jurídicamente errónea, constituyendo una infracción de la ley o de la doctrina legal. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección o interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, salvo que la resolución judicial sea manifiestamente infundada o arbitraria, en cuyo caso no podría considerarse expresión del ejercicio de justicia, sino simplemente apariencia de la misma ([76]).

A pesar de todo cuanto se pueda abonar la conveniencia de motivar todas las resoluciones judiciales, no escapa al análisis que existen otras cuestiones posibles de ocupar al tema.

Por ejemplo, si la motivación se exige hacia los demás para que la sentencia y demás decretos o providencias sean manifestaciones expresas del acto de resolver; porqué no sostener que puede ser una autojustificación de la discrecionalidad judicial.

7.3 Esta idea estuvo presente en el pensamiento postrevolucionario europeo del siglo XVIII, y se instaló en la legislación constitucional y procesal desde entonces, al obligar a los jueces a dictar sentencias que se sometieran al imperio de la ley, antes que a la voluntad del magistrado.

No se toleraba que fuera lo resuelto una justificación del poder jurisdiccional, precisamente porque jamás se admitió que el Juez

76 Pico i Junoy, Joan *Las garantías constitucionales del proceso,* Bosch, Barcelona, 1997, p. 64.

tuviera otro poder que no fuera el de custodiar que las normas se cumplieran.

> Sostiene el Tribunal Constitucional español que, cualquier pretensión planteada ante los órganos jurisdiccionales exige una resolución suficientemente motivada a fin de hacer patente el sometimiento del Juez al imperio de la Ley (art. 117, CE), con lo que al tiempo que se fortalece la confianza de los ciudadanos en los órganos judiciales, se hace patente que la resolución del conflicto no es un mero acto de voluntad sino, muy al contrario, ejercicio de la razón (TC, sentencia 75/1998).

Cualquier desvío en la inteligencia común que la ley tiene, era considerado arbitrario, y hasta una causa de mal desempeño. Por eso, comenzó la sentencia a exigir requisitos constitutivos de tipo formal, que encapsularon el discurso en la técnica de lo previsible.

7.4 Es decir que, ante el común de la gente, una decisión judicial se parece demasiado a un discurso que justifica la resolución y pretende convencer a quien se dirige, o a quien la lee, sobre la razonabilidad de la misma. Mientras que para el técnico, la lectura se interpreta ajustada en el molde de la congruencia y de los agravios que del pronunciamiento se deriva.

> La distinción la profundiza Taruffo cuando muestra que una cosa es la motivación expuesta como signo, o como acto de comunicación de un contenido; y otra es la motivación como fuente de indicios. Para el primero segmento la sentencia se interpretará al conjuro de los intereses y en función de los instrumentos técnico-jurídicos que elucubrarán el discurso; mientras en el segundo, el auditorio general, la sociedad, examinará el discurso como fuente de indicios que dejará traslucir los elementos que puedan haber influido sobre su redacción (v.gr.: el nivel cultural y las opiniones del juez) ([77]).

Pero esta faceta atiende la faz sociológica del fenómeno jurisdicente, y de alguna manera, sirve para confrontar cuán lejano están las interpretaciones jurídicas de las que la sociedad representa.

77 Taruffo, Michele, *La motivazione Della sentenza civile,* Cedam, Padova, 1975, p. 99.

> Atinadamente dice Colomer Hernández que, la postura psicologista lo que pretende es colocar en el centro de la motivación judicial la explicación de la decisión en lugar de su justificación. Las consecuencias de ocupar la motivación en explicar las circunstancias, razones o causas que llevan al Juez a tomar una decisión son muy peligrosas, pues de una parte, quedará sin ser acreditada la aceptabilidad de la decisión, y de otra parte, quedará impedida la posibilidad de control de la misma, convirtiéndose de facto en un acto arbitrario. Y es que, en efecto, el estudio de los motivos psicológicos del Juez no debe ser objeto de análisis para la ciencia jurídica por carecer de eficacia para determinar la aceptabilidad de una concreta decisión ([78]).

7.5 En definitiva, el contenido de la motivación no es otro que resolver con razones que se justifiquen sin esfuerzo dialéctico. Debe existir una ponderación jurídica que acompañe el proceso lógico de aplicación normativa, con el sentimiento implícito se hacer justicia y que ésta sea perceptible a quien se dirige y, en dimensión, a toda la sociedad.

> Dicho en otros términos, como lo hace Farell: la circunstancia de que los jueces deban juzgar de acuerdo a razones excluye también la posibilidad de que ellos decidan en base a la simple expresión de sus preferencias. Los jueces emiten juicios basados en razones, y tratan de alcanzar una "verdad", entendida en este caso como una buena interpretación del derecho vigente ([79]).

8. Distintas formas de motivar una decisión judicial

8.1 En la formación de la sentencia primera acceden buena parte de los esfuerzos de la jurisdicción. Lógica, inteligencia, psicología y voluntad, son los principales componentes que caracterizan el proceso mental de elaboración.

En materia de argumentación es preciso referir a dos niveles de entusiasmos –por así indicarlos- cuando de motivar la sentencia se trata. El primero asienta en la actividad del juez de primer grado,

78 Colomer Hernández, ob. cit., p. 78.
79 Farrell, Martín D., *La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos,* La Ley, 2003-F, 1161.

que limita su intervención al principio de congruencia y al brocardo *secundum allegata et probata* con las flexibilidades advertidas en este libro. La delimitación del *thema decidendi* lo fijan los litigantes y no le es posible al Juez desviar por otros caminos el destino de las pretensiones trazadas. En consecuencia, los hechos se incorporan por las partes, las peticiones delinean el objeto procesal, y la congruencia es el límite fijado para evitar el exceso jurisdiccional.

8.2 Ahora bien, una vez obtenida la sentencia, el problema de la motivación se controla desde los recursos, pudiendo señalarse deficiencias por limitación o por ausencia; en otros términos, fundamentos incompletos o insuficientes.

> El criterio de la suficiencia –dice Colomer Hernández- es un parámetro de creación jurisprudencial para el control de la efectividad de la obligación de motivar. Es decir, la suficiencia no es más que un mínimo que debe cumplir la justificación del Juez para poder ser aceptada como existente al ser controlada en vía de recurso por un superior jurisdiccional, o en vía de recurso de amparo (en España) por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la suficiencia en modo alguno puede ser utilizada por un Juez como criterio de actuación a la hora de motivar [...] Los jueces a la hora de motivar deben realizar una completa justificación de la decisión adoptada ([80]).

8.3 El segundo problema son las sentencias de tribunales de alzada, donde es más difícil aplicar los mismos conceptos antes enunciados.

En éstos es evidente que antes de emitir el acto definitivo será necesario contar con un acuerdo o, al menos, con una mayoría que participe de un mismo criterio. Y aun así ¿será posible la única versión?

La posibilidad de armonizar las argumentaciones y conclusiones se encuentra en la elaboración particular que presenta la sentencia de segunda instancia y, en general, la de todos los cuerpos integrados a pluralidad de miembros.

Se parte de ciertas premisas de organización que consisten en no apartarse de las solemnidades requeridas para la emisión de toda

80 Colomer Hernández, ob. cit., p. 80.

sentencia. Es decir, los requisitos formales se mantienen invariables, pero cambia el análisis en los fundamentos y su trascripción de acuerdo con las reglas siguientes.

8.4 En los tribunales colegiados las características son otras. Las causas que quedan en estado de dictar sentencia son sorteadas para el estudio del magistrado que resulte seleccionado en primer turno. En este aspecto, se respeta el principio según el cual el presidente, *primus inter partes*, de manera tal que será el último en juzgar.

Concluido el voto del primer opinante, pasan las actuaciones al siguiente para que formule su propia argumentación.

Esta fase, permite adherir a los fundamentos obrantes, adherir parcialmente, discrepar en todo o en parte, o emitir el fallo con propias motivaciones pero que coinciden en la parte dispositiva del fallo.

El voto adhesivo es una particularidad de las sentencias de grado, y se concreta en el denominado acuerdo.

El pilar donde asienta esta metodología es la convergencia hacia la mayoría de opiniones en sentido coincidente.

> Según Carnelutti […] "el fundamento del principio de mayoría, está, como cualquiera ve, en aquellas relaciones entre el buen sentido y el sentido común; ...verdad es que la coincidencia entre el buen sentido y el sentido común está condicionada a un cierto grado de desarrollo espiritual de aquellos que juzgan y éste es, como a cualquiera le debe parecer claro, el problema de la democracia; pero, cuando se trata de jueces, esta condición se puede presumir cumplida" ([81]).

81 Carnelutti, Franceso, *Derecho y proceso,* Ejea, Buenos Aires, 1981, ps. 242 y ss.

CAPÍTULO IV

NATURALEZA JURÍDICA DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

1. Significado

1.1 La naturaleza jurídica es una de esas preguntas que puede tener varias respuestas. Lograr el acierto es posible, tanto como la inseguridad inmediata, precisamente, porque no hay una categoría propia para el concepto.

Indudablemente es un término que atañe al Derecho o se relaciona con él; y de ese nexo derivan los primeros presupuestos que debemos observar.

Una sentencia se analiza desde la Teoría General del Proceso; pero una sentencia constitucional no es igual en la construcción y destino, de allí que igualar las bases de justificación con el derecho procesal no se entiende apropiado.

Si el punto de partida adoptado en los pocos estudios que se han dedicado al tema ([82]) parece insuficiente, entonces tenemos que encontrar un camino o abrir un sendero propio con la idea de descubrir con una visión más amplia. Esta nos lleva a creer que está en el objeto de la sentencia constitucional.

82 Fix Zamudio, Héctor – Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional n° 30, UNAM – Porrúa, México, 2009, p. 9.

1.2 Antes de proseguir es necesario esclarecer la relación que existe entre el proceso constitucional y la sentencia que lo resuelve. Un proceso como tal, es bilateral y contradictorio, de esto ya nos hemos ocupado profusamente ([83]); lo que sucede es que también puede existir como procedimiento declarativo (sin controversia entre partes), en el que la actividad de interpretación se basa en las normas antes que considerar pretensiones contrapuestas.

De todos modos, en ambos procesos, y aún con la diferencia que se puede encontrar en la tutela constitucional preventiva o reparadora, nosotros creemos que las posiciones que lleven las partes en conflicto no son otra cosa que el objeto a resolver con una sentencia típica; que se convertirá en constitucional apenas la decisión se avoque a construir la inteligencia que corresponda aplicar a una norma o precepto de la Constitución.

> También se afirma que puede haber una diferencia entre el proceso constitucional controversial respecto del procedimiento constitucional declarativo (acción de inconstitucionalidad), que no tendría *prima facie,* bilateralidad. En este sentido se afirma que en la actualidad se admite la posibilidad de que existan procesos de contenido objetivo que no tienen por objeto resolver sobre el *status* de las personas, sino sobre el de las normas, que rompen el tradicional esquema trilateral del proceso y elimina el carácter de partes en sentido estrictamente técnico (según el interés propio que tengan en el litigio) ([84]).

1.3 Decisiones de este carácter fundamental solo pueden explicarse desde el derecho procesal constitucional, disciplina que con autonomía científica, viene bregando por definir el rol de cada partícipe de sus predicados. Es decir, la actividad de las partes, con la mirada del acceso a la justicia; la apertura del proceso a los intereses primordiales para la defensa de los derechos humanos, y la ampliación de los supuestos de representación individual y colectiva.

83 Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional,* tomo I, Porrúa, México, 2011, ps. 267-360.

84 Ferrer Mac Gregor, Eduardo – Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de la sentencia en la acción de inconstitucionalidad,* UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, p. 8.

La actuación de jueces y magistrados en la jurisdicción difusa como constitucional; los sistemas de designación para tribunales o cortes constitucionales, como todo cuanto concierne a las garantías de permanencia, renovación, independencia e imparcialidad.

Y finalmente, elaborar una teoría constitucional para el debido proceso, donde las garantías judiciales y procesales no sean desiguales en su aplicación ([85]).

1.4 La teoría del órgano considera que solamente expresan sentencias constitucionales con efectos de cosa juzgada constitucional, las jurisdicciones que tienen control concentrado y deciden conflictos de dicha naturaleza mediante pronunciamientos de Tribunales o Cortes Constitucionales.

Con este encuadre, la decisión final es la única que interesa, y no está mal que sea éste el enfoque, si se tiene presente que se apoya en la concepción de la Constitución como norma jurídica que se debe aplicar antes que interpretar.

De algún modo es una reversión del juez boca de la ley que pasa a ser ejecutor de las disposiciones constitucionales, sin poder criticarlas, porque esa es función del Parlamento o la Legislatura. La interpretación es de ajuste de la ley a la Constitución, y si ello no es factible, corresponderá la declaración correspondiente (interpretación conforme).

En otras palabras, el deber de las cortes especiales (políticas o judiciales) no es otro que desaplicar cualquier disposición de tipo legislativo o reglamentario que afecte, de manera directa o indirecta, y en forma actual o inminente, un derecho que la Norma Fundamental resguarda.

1.5 Ahora bien, cuando se confronta la actividad con la que realiza el juez ordinario o común del control difuso, el desempeño no es diferente ni el resultado que deduce difiere sustancialmente en aspectos

85 Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, tomos I y II, Porrúa, México, 2011 (1ª edición).

puramente formales. Podremos sí encontrar desigualdades en torno de la naturaleza, efectos, cumplimiento y ejecución, pero la construcción en sí misma, tiene proporciones simétricas.

Por eso se ha dicho que […]

> Debe destacarse que la estructura y funciones de los citados tribunales, cortes o salas constitucionales, se han inspirado en los tribunales ordinarios, con las modificaciones que derivan de su contenido fundamental, cuando pretenden resolver los conflictos que se originan en la aplicación de las normas supremas, las que además de efectos jurídicos también poseen trascendencia política desde un punto de vista técnico no partidista ([86])

Entonces, si por este camino no hay diferencias, porqué buscarlas, cuando de ello no lograremos ningún atajo ni beneficios. En todo caso, la función judicial, propiamente dicha, que es aquella que tiene la tarea de juzgar en un asunto, no nos permite comprender si hay desajustes entre una sentencia común y otra constitucional, desde que la edificación del resultado es igual, aunque no lo sean sus componentes, y menos aún la parte dispositiva de ese pronunciamiento.

1.6 Donde comienzan a verse diferencias consistentes es en el proceso de formación. La argumentación no sigue el encuadre de las pretensiones. Si bien el principio de congruencia (*iudex debet judicare secundum allegata et probata*) responde e integra los componentes del debido proceso, en un proceso constitucional, la inspiración llega de los derechos humanos; si están constitucionalizados mejor, pero lo que cimenta y fortalece la sentencia justa, es aquella que no deriva de cuanto las partes dicen, sino de aquello que el juez aplica merced a sus conocimientos y especialización.

La parte motiva también puede incorporar el interés público, la gravedad institucional, el provecho emergente, los valores comprometidos, la trascendencia e impacto social, la justicia implícita, y tantos más ingredientes que exceden de cuanto las partes posicionan desde una perspectiva exclusiva.

86 Fix Zamudio – Ferrer Mac Gregor, ob. cit., p. 3.

No queremos decir con esto que haya posibilidades de sobrevolar el conflicto y resolverlo a plena discrecionalidad. Lo que se quiere poner de manifiesto es que, cuando la controversia es sobre actos o normas tildados de inconstitucionalidad, la primera tarea es fiscalizar el principio de la supremacía convencional, después la regla de la Constitución como vértice superior de un ordenamiento jurídico, y poner en la decisión la justicia implícita que se requiere.

Claro está que en procesos no constitucionales, pero de aplicación directa de garantías constitucionales, como sucede con el proceso penal, es lógico que el principio de congruencia tenga un deber de específico cumplimiento; como también lo es, aunque con flexibilidades ([87]), en otro tipo de procedimientos.

Esto es así, ciertamente, porqué una Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, trabaja sobre principios y valores, que no se pueden desnaturalizar por ambiciones personales.

> En cuanto a la debida fundamentación de la sentencia, se ha dicho que […] el derecho a la congruencia de la sentencia, como parte del derecho a una sentencia justa, integra la garantía del debido proceso; que debe existir correlación entre acusación, prueba y sentencia; que la sentencia debe fundamentarse en los hechos discutidos y las pruebas recibidas en el proceso; que la sentencia debe señalar los medios de convicción en los que se fundamenta y los que desecha; que el deber de fundamentar una sentencia es garantía constitucional, no solo para el acusado, sino también para las demás partes en el juicio penal; que en el deber de fundamentar radica la publicidad de las razones que tuvo el juez para pronunciar su sentencia, lo que sirve de instrumento de control por las partes y la ciudadanía en general; que una sentencia no puede ser contradictoria, oscura u omisa en los elementos en que se apoya la condenatoria y que el juez con la sentencia debe mostrar que ha valorado las pruebas y ha aplicado las disposiciones legales de acuerdo con un justo criterio ([88]).

87 Gozaíni, Osvaldo A., *Garantías, principios y reglas del proceso civil. Sobre el cambio en los principios procesales*. Editorial Académica Española, Madrid, 2012, ps. 38-354.

88 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 25/11/2009, Exp: 09-017605-0007-CO; Res. Nº 2009018769.

2. La argumentación constitucional

2.1 El armado de una sentencia que gestiona y colige la determinación de un significado constitucional es complejo. Es indudable que la formación del pensamiento a discernir viene impregnada de hechos que se presentan por las partes contaminados de subjetivismo. La objetividad del tribunal podrá atender la verdad intrínseca del relato, o dejarse persuadir por el arte de la retórica argumental, o quizás embelesarse con la doctrina de los grandes juristas.

Nada es nuevo en la visión si recordamos el conocimiento que aportaba Aristóteles y las reservas de Platón sobre lo mismo. La historia se repite y la consistencia del discurso parece estar en la narrativa (argumentación) que realizan las partes y en la resolución efectiva que se comprueba racionalmente.

Todo ello es posible, pero antes, la sentencia constitucional debe justificarse con fundamentos válidos y consistentes. No es el mero capricho del juzgador el que otorga razones, ni la imaginación creadora del que juzga podrá ocultar el vicio de lo arbitrario.

Es este el lugar donde la argumentación se explana y en el que encuentra sabiduría o absurdo.

2.2 En un proceso ordinario la función jurisdiccional tiene en cuenta la *iuris prudentia,* que puede leerse con dos significados: obrar con sensatez, o aplicar el derecho con sapiencia y comprensión.

Es de la segunda acepción que se toma la jurisprudencia, que recién después de las XII Tablas ponen luz a un conjunto normativo que se mantenía oculto en el derecho romano.

A partir del siglo III (a.C.) la interpretación del derecho comienza a difundirse, dando lugar a la jurisprudencia como forma de "leer" textos jurídicos. Se descubrió así el criterio de aplicación, antes que el derecho asignado. Fueron los primeros tiempos de las razones argumentadas como *præcepta iuris.*

> Al final del siglo III a.C. después de los trastornos sociales causados por la Segunda Guerra Púnica la *prudentia iuris* habría de sufrir una importante evolución. En el siglo II, el conocimiento del derecho se había gradualmente separado de las ramas del antiguo saber pontificio. La aparición de juristas laicos habría de trasformar el escenario. Estos juristas laicos frecuentemente seguían la carrera política o militar. El cambio se evidencia con la publicación de las *responsa* a las cuestiones que les eran sometidas. Como las *responsa* de los juristas no siempre coincidían las controversias jurídicas surgieron a la luz por vez primera. La actividad de los nuevos juristas comienza gradualmente a diferir de sus antecesores. Con ellos aparecen los primeros tratados sobre derecho civil. Fundamentalmente, estos tratados consistían en largas colecciones de opiniones dadas a casos particulares. Poco a poco estas *responsa* empiezan a aplicarse a casos similares y parecen, cada vez más, conceptos jurídicos (nomina iuris). De esta manera las opiniones comienzan a extenderse a situaciones inusuales. Muchas discusiones versaban sobre el alcance de las palabras o, más bien, sobre el alcance y peso de los *nomina iuris* (categorías creadas por palabras o conceptos generales) ([89]).

2.3 La evolución pone otro hito con los *gramáticos*, que llevan al campo de la comparación entre casos, una línea de decisión que se consolida como principio, que será tiempo después llamado la *ratio*. Desde la ratio se formulan reglas que se expanden a toda materia similar. Y con ellas se implementa una suerte de guía que contempla formas, procedimientos y uniformaciones de lenguaje.

> La idea que subyace detrás de esta tesis es que la jurisprudencia constituye el conjunto de (meta) reglas de interpretación (*latissimo sensu*) del lenguaje del derecho. Estas (meta) reglas son de diferentes tipos: *nomina iuris, definitiones*, reglas hermenéuticas y *regulæ iuris* (principios). La jurisprudencia es una herramienta hermenéutica, una disciplina para interpretar (descifrar, leer) textos: los jurídicos. La lectura jurídica de un *præceptum* del derecho no puede hacerse más que con la ayuda de las reglas propias de su aparato hermenéutico. La

89 Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho.* UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 108.

> jurisprudencia, "al origen –dice Rudolf von Ihering– simple gramática jurídica devino después la regla de pensar en derecho" ([90]).

El trabajo dispuesto era necesario para un tiempo donde la sentencia no se dictaba por escrito, por eso cuanto hacía la jurisprudencia era definir un concepto y orientar la conducta a aplicar.

Tampoco creaba derecho alguno, a diferencia de los actos legislativos o judiciales, los conceptos, definiciones y (meta) reglas de interpretación de la jurisprudencia, no son parte del derecho positivo; son herramientas que nos permiten describirlo.

Dice Tamayo y Salmorán […]

> La jurisprudencia constituye el aparato semántico que nos permite conocer, (saber qué dice, qué prescribe) el derecho y prever las consecuencias en caso de aplicación. La *iurisprudentia* haciendo a un lado el *ius repondendi* no es derecho romano, la *iurisprudentia* es la *scientia* que describe el derecho romano. La *iurisprudentia* es, el aparato semántico que explica qué es y qué dice el derecho ([91]).

La cuestión jurídica asentó así en lo verosímil de los hechos y la razón del derecho.

2.4 Cada vez que se tiene que interpretar el derecho aparece esta lógica previamente aportada. El control sobre el razonamiento es evidente, pero al mismo tiempo produce certidumbre y previsibilidad.

El resultado es el mismo que tiene la ley, cuya producción engendra la prohibición de conductas creadoras de una lógica discursiva que pueda llevar a resultados insospechables. De algún modo, con la norma se conduce; con la interpretación se define, y con la aplicación se orienta.

Sin entrar al campo de la filosofía, la trama argumental expone notorios progresos. Por ejemplo la teoría de la argumentación jurídica

90 Cfr. *L´Esprit du di droit romain (Geist des römischen Recht),* tomo I, trad. de O. Menleare, París, Chavallier-Maresq., 1877, ps. 3 y ss.
91 Tamayo y Salmorán, ob. cit., p. 128.

de Robert Alexy ([92]) plantea la necesidad de formular los enunciados doctrinales de una manera lógica coherente con la normativa jurídica y sus enunciados empíricos; cuestión que se consigue a través del análisis de las funciones de la dogmática jurídica.

Del emplazamiento promueve una teoría normativa de la argumentación jurídica (que permita distinguir los buenos de los malos argumentos), que sin dejar de ser analítica, toma en cuenta la estructura de los argumentos.

También Habermas introdujo en la *teoría del discurso* ([93]) un concepto amplio de razón, lo cual le permite sostener la tesis de que las cuestiones prácticas pueden decidirse racionalmente. Entre los argumentos teóricos y las deducciones introduce a la racionalidad. Sustenta así, que todas las cuestiones práctico-morales pueden ser decididas "mediante razón", mediante la fuerza del mejor argumento; que el resultado del discurso práctico puede ser un resultado "racionalmente motivado", la expresión de una "voluntad racional".

> Por tanto, las normas del "discurso", tal como las concibe Habermas, son normas éticas a las que debemos comprometernos para tender a una situación ideal de comunicación moral. Resumimos dichas normas en los siguientes puntos: a) No se debe excluir del diálogo a ninguna persona que manifieste tener intereses en el problema sobre el que se dialogue; b) una vez en el diálogo todos los interesados tienen igual derecho a la palabra, sin ser coaccionados cuando hablen; c) ha de comprobarse colectivamente que la conclusión o norma moral concreta a la que se llegue después del diálogo sea asumida por todos los afectados. Es decir, que todos los que tengan relación con la norma concreta acepten las consecuencias de estar bajo la misma. Estas son condiciones ideales importantísimas para construir nuestras sociedades democráticas y plurales desde una fundamentación moral sólida ([94]).

92 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008.
93 Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000.
94 Martínez López, Julián Jesús, *Las éticas modernas y contemporáneas,* en: www.recursostic.educacion.es

Hay muchos más que discurren sobre estas líneas, hasta llegar a Perelman, en cuyo tratado de la argumentación destruye el pensamiento cartesiano, según el cual la racionalidad se elimina con las evidencias, considerando racional únicamente el razonamiento *more geométrico*, ello es, las demostraciones que partiendo de ideas claras se sustentaran en pruebas apodícticas y condujeran a conclusiones verdaderas e incuestionables.

> Perelman, inicialmente se interroga por la posibilidad de una lógica de los juicios de valor que permitan discutir y razonar sobre lo preferible. La respuesta a esta cuestión es fundamental pues de ello depende de que la filosofía práctica, en la que se incluyen, la moral, la política y el derecho, renuncien o no a su objeto. Sus investigaciones lo llevan a descubrir que no existe una lógica de los juicios de valor pero que en la antigüedad griega existió un conjunto de procedimientos y técnicas que tenían como propósito orientar la forma como se llevaban las discusiones y deliberaciones en el ámbito de lo práctico y que denominaron retórica ([95]).

2.5 Todo el terreno superficialmente expuesto, y librado a extensiones o limitaciones propias del intérprete, advierten la importancia del argumento como justificación jurídica de una sentencia constitucional.

Por vía de principio no interesa la motivación central que se aplique, siempre que los conceptos sean claros y comprensibles para el destinatario. Inclusive, en ciertas legislaciones, se insinúa la conveniencia de aplicar las reglas lingüísticas de la comunidad.

> John Austin, por ejemplo, en 1861 (*Lectures on Jurisprudence*), había sostenido diferencias entre el derecho y la moral. La interpretación se funda en un análisis de conceptos fundamentales procurando responder el interrogante de entonces ¿qué es el derecho? Su respuesta es que son mandatos de la autoridad previstos para que la sociedad esté debidamente organizada; para ello era imperioso que la lingüística fuera la apropiada para entender el mensaje.

95 Carrillo de la Rosa, Yasid, *Aspectos básicos de la teoría de la argumentación de Perelman,* Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo, año 1 n° 4, Universidad de Cartagena, p. 84.

El uso del precedente suele ser una fuente obligatoria en los sistemas concentrados, o un elemento de ponderación en jurisdicciones que no tienen como obligatorio el precedente. En uno y otro, la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos otorga un disuasivo para el control de convencionalidad que no se podrá eludir. Tanto como resulta el llamado diálogo jurisprudencial entre Cortes, en los que la influencia recíproca tiene connotaciones de *jus comune*.

Si pensamos en lo racional como deductivo, los hechos serán desenvueltos conforme el sentido que las normas constitucionales determinen; y si lo pensamos en la dimensión de la razonabilidad, tiene que estar implícito el sentimiento hacia lo justo. Cada premisa debe ser explicada, antes que como justificación, como criterio de solvencia para el justiciable.

Todo esto es argumento y sostén, pero solo es el elemento primero de una serie de consistencias que exige la sentencia constitucional.

3. Razonamiento y aplicación de la ley

3.1 Una sentencia constitucional obliga a quien resuelve a expresar los fundamentos que sostenga. En ocasiones basta con la sola mención de la ley aplicable; en otras, la convicción se debe motivar, significando así la obligación de declarar los motivos de una decisión.

La finalidad es evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad. Las sentencias se deben razonar, porque la racionalidad aplicada a los hechos constituye un requisito natural para que las partes conozcan los motivos que han provocado la persuasión y certeza representada en la decisión. De algún modo, es el juicio de verosimilitud al que se llega.

Sin embargo, no se puede dejar de señalar esta posible ambivalencia: en el control difuso hay una confianza implícita en los jueces para que lleven a cabo el control de constitucionalidad, pero se los condiciona a dejar testimonio y constancia de sus actos; la confianza sin argumentos no es propia ni adecuada. Es decir, se confía, pero no tanto.

3.2 Al cabo de estas reflexiones no llegamos aún a explicar la naturaleza jurídica de la sentencia constitucional. Solo ponemos un punto de partida diferente que sostiene eludir el discurso que proviene de la *Teoría del Proceso* como pauta de valoración.

Podemos aceptar que ella sirva en la técnica de formalización, pero no es suficiente para lo sustancial de la decisión.

La teoría de la sentencia constitucional se basa en los poderes de interpretación constitucional y en la aplicación del control de convencionalidad que, en este aspecto, puede tener bifurcaciones por continente. Europa admite el margen de discrecionalidad de los jueces para entender la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Públicas; mientras que en América Latina se entiende a la Convención Americana sobre Derechos Humanos como un *corpus iuris* que solo dilucida la Corte Interamericana (como intérprete final y de cierre) haciendo obligatoria su jurisprudencia de intelección.

> Es, de alguna manera, coincidente esta posición con la tesis formulada por Lorenzetti en orden a sostener que hay […] una teoría democrática del discurso jurídico, que porta la idea de insistir sobre la necesidad de mirar los problemas considerando los diferentes puntos de vista, haciéndose cargo de la complejidad que ello representa. Persigue, asimismo, fomentar el diálogo basado en la fórmula de consensos respetando el derecho que tienen los ciudadanos a que las decisiones tengan un fundamento razonable. El pluralismo y la diversidad constituyen un hecho incontrastable, y por ello es necesario asumir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no será lo que cada uno desea, permitirá lo que todos desean, es decir, una sociedad ordenada en base a un criterio más realista de justicia ([96]).

3.3 Con este emplazamiento todas las teorías o pensamientos expuestos no tienen mayores diferencias si creemos que con la motivación se obtiene una herramienta para proscribir la arbitrariedad. Es cierto que con la razonabilidad se pone un límite al exceso discrecional y a la arbitrariedad, ya que si la potestad discrecional

96 Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe / Buenos Aires, 2006, p. 12.

consiste en elegir una opción entre un abanico de posibilidades razonables, no hay potestad discrecional cuando es sólo una la solución razonable y por tanto no hay posibilidad de elección.

> En el supuesto más habitual en que caben varias elecciones entra de manera determinante la persona del juez quien estará investido de potestad para decidir en una u otra dirección, es decir hay un margen discrecional cuando sobre una cuestión aparecen varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas. Por ello, el ejercicio de la potestad discrecional presupone dos elementos, por una parte una opción entre varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas y por otra parte que esa opción sea razonable dentro de un marco socio-cultural determinado ([97]).

O lo que es igual: si hay sólo un órgano de interpretación, la sentencia que éste formalice con proyecciones vinculantes, tendrá una fuerza normativa con efectos imprevistos, pese a la razonabilidad de su acierto. Mientras que si esa misma sentencia constitucional la pueden emitir todos los jueces, el control de revisión hasta llegar al cierre final del supremo tribunal, será igualmente de relativa influencia cuando todo el sistema (difuso o concentrado) carezca de consenso social.

3.4 En consecuencia una sentencia constitucional se fortalece institucionalmente cuando a la motivación se le agregan razones capaces de sostener y justificar, en cada caso, las decisiones de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos. Además, con la interpretación constitucional se focaliza un faro que difunde su luz sobre la actividad discrecional administrativa y sobre la gestión de gobierno, constituyendo una fuente nueva de derechos que no se podrá eludir sin caer en el riesgo de la intolerancia.

Comienza aquí un capítulo particular de la teoría que es la defensa por objetivos. Esto es, cuando una sentencia debe alinearse con los destinos políticos e institucionales que se fijan en una Norma Fundamental.

97 Ruiz Lencina, ob. cit., p. 26.

Veamos por ejemplo, el tema de la diversidad cultural que tanto en Ecuador como en Bolivia, entre otros, constituyen una forma de juzgamiento distinta al que tiene un conflicto ordinario. En estos supuestos, la racionalidad considera un deber implícito que transforma y altera la paridad prevista sin medidas proporcionales al principio de igualdad entre los hombres.

4. La ideología en la construcción de la sentencia

4.1 Cuando se debe elaborar la decisión final en un proceso constitucional, fluyen varios problemas al mismo tiempo. No es solamente el dilema de la construcción formal, sino la suma de cuestiones transversales que toma en cuenta quien debe resolver en soledad o en equipo (juez unipersonal o tribunal, respectivamente), donde anidan ideologías, doctrinas, precedentes vinculantes u orientativos, y por qué no, la necesidad inocultable de realizar con la sentencia un acto político o institucional.

No son todos elementos aislados, en la medida que se pueden dar como aciertos o errores según los hechos que se estén confrontando. Es decir, una sentencia se puede resolver con la aplicación mecánica de la ley, y satisfacer así el imperio de la legalidad; o apartarse de ella aplicando el test de constitucionalidad razonable, que obliga entonces a motivar (justificar) la inejecución del mentado principio de legalidad. La justicia implícita podrá, en uno y otro, ser diferente.

> Dice Lorenzetti que […] "el problema central que se discute es si el juez debe seguir criterios precisos, como ocurre normalmente en un sistema de reglas determinadas, o bien si decide conforme a su buen criterio y discrecionalidad, ya que tiene un amplio espacio para ello. En la escuela exegética sólo había lugar para la aplicación del Derecho, y no Cabían las normas indeterminadas ni la creación judicial. A posteriori se entendió que el Derecho es siempre interpretación creativa, realización de valores, ampliándose la actividad judicial. No hace mucho tiempo que se criticaba el rol limitado que la exégesis adjudicaba al intérprete, y se postulaba la incorporación de normas jurídicas abiertas, que permitieran un mayor desempeño autónomo del juez. Actualmente, y una vez admitido ese rol protagónico, discutimos

> sobre sus límites: ¿puede el juez dar un sentido subjetivo, o bien debe respetar parámetros objetivos? ¿Dónde encontramos estos límites? ¿Afecta la seguridad jurídica una aplicación casuística y subjetiva del Derecho? ([98]).

4.2 En materia procesal constitucional hay un tema de especial predicamento que no se puede pasar por alto. El mundo tiene en materia de procedimientos dos campos bien diferenciados, como son el *common law* y el *civil law*; división que también se observa en el terreno del control de constitucionalidad según realice la función un juez ordinario (control difuso) o un tribunal constitucional (control concentrado).

Con estos sistemas se pueden dar varias combinaciones. Un juez americano (Estados Unidos de Norte América) que fiscaliza en el caso concreto siguiendo temperamentos impuestos (*stare decisis*); o un juez sudamericano (Argentina) que concreta el deber de respetar la supremacía constitucional según su leal saber y entender, sin estar obligado por sentencias jerárquicamente superiores.

También hay tribunales constitucionales americanos que aplican la ley (*civil law*) o se apartan de ella justificándose por la razonabilidad o la interpretación conforme a los mandatos constitucionales (es decir, obrando en la dimensión del amplio poder de argumentación que da el *common law*).

> Por eso algunos autores sostienen que los tribunales constitucionales dictan sentencias políticas ([99]) y que no es posible un estudio científico, lógico y racional del derecho constitucional. Sin embargo, ello se refiere a sistemas en los que hay un tribunal constitucional cuyas funciones son, precisamente, políticas ([100]).

4.3 Lo curioso es que, en sus orígenes, el sistema de defender la Constitución fue pensado con dos variables: la confianza en los jueces

98 Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 197.

99 Lafuente Balle, José, *La judicialización de la interpretación constitucional,* Colex, Madrid, 2000, p. 123

100 Lorenzetti, ob. cit., p. 198

para actuar en casos concretos (típico del *common law* estadounidense), o la desconfianza en ellos entregando el poder de decisión a Tribunales Constitucionales (propio del *civil law* europeo continental).

La diversidad también ocurre en las legislaciones procesales. Unas pensaron al proceso judicial como una lucha entre partes donde el juez solamente debía resolver quien tenía razón y derecho, a cuyo fin únicamente aplicaban la ley; y otras echaron mano a la equidad, la prudencia, la sabiduría de la experiencia, creyendo que la historia de los precedentes era suficiente motivo para no apartarse de ellos.

El problema llegó cuando se quisieron mezclar los sistemas, y los jueces ordinarios recibieron facultades de control constitucional para ejercerlos dentro de un proceso predominantemente dispositivo y particular. Es decir, donde el interés privado era el núcleo central de la controversia, porque el proceso era de quienes litigaban. Se entregaban potestades sin advertir que la transformación del juicio en cosa pública se había hecho con un enjuiciamiento que seguía en manos de particulares.

Esto sucede en las primeras décadas del siglo XX cuando tanto en lo procesal (innovaciones sobre el rol del juez en el proceso) y en lo constitucional (creación de los tribunales constitucionales) polarizaron los debates ideológicos.

En el primer sector, aparece desde el 28 de octubre de 1940 el nuevo *Codice di procedura civile* italiano que entraría a regir desde el 21 de abril de 1942. Ninguna de las dos fechas fueron casuales, según cuenta Montero Aroca ([101]).

> […] La primera se trataba del dieciocho aniversario de la Marcha sobre Roma y la segunda atendía a una legendaria Fundación de Roma en el más remoto pasado. Al fascismo le gustaban estas demostraciones de grandeza, aunque sean de cartón piedra, de recreación de la historia,

101 Montero Aroca, Juan, *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad.* Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000. Passim.

a costa de apoderarse del Imperio Romano haciéndolo propio, y de exaltación de los sucesos por él protagonizados.

Para ubicar al *Codice* en su contexto histórico no está de más recordar que ese mismo día de 28 de octubre de 1940 se produjeron otros acontecimientos que hacen a la historia de Italia. Se trata, por ejemplo, de la entrevista de Hitler con Mussolini en Florencia o de la invasión de Grecia por las tropas italianas. En el mismo día se promulgó el que entonces fue llamado "*codice fascista per eccelenza*". Ya dentro del mismo Código en la exposición de motivos o *Relazione* al Re puede leerse que "el Código quiere ser, con decidido conocimiento, expresión histórica del estado fascista y corporativo".

En el Código fascista se presentó como plasmación de las ideas de la oralidad, del aumento de los poderes del juez y de la concentración de la actividad procesal bajo su efectiva guía, ideas que "por el apostolado de Giuseppe Chiovenda habían hecho ya un largo camino". Vuelve a aparecer, ahora no la propaganda, pero sí el apostolado. Lo peor del caso es que el Código y la *Relazione* no pueden calificarse de chiovendianos o lo son sólo en la apariencia. A pesar de que se ha estimado, pues, que el *Codice* de 1940 era chiovendiano y no fascista, y que en él se asumió el pensamiento chiovendiano sobre la oralidad, ello no es cierto. El nombre del Maestro se utilizó para justificar la concepción publicista del proceso, es decir, aquello que hace que el Código tenga base ideológica fascista, y desde luego en el Código no se asumió la concepción chiovendiana de la oralidad.

Lo que destaca más claramente en el Código, incluso a primera vista, es la figura del juez instructor, que es algo típicamente italiano y desconocido en otros países. La figura misma no está claramente perfilada en sus orígenes, pero lo que nos importa es que la existencia misma del juez instructor es contraria a la oralidad, en el sentido explicado por Chiovenda, pues para éste era esencial que las pruebas se practicaran precisamente delante del tribunal en su conjunto, de todos los magistrados que tenían que valorarlas, y no simplemente ante uno de los integrantes del órgano colegiado, se llamara a ese juez delegado o instructor.

La polémica quedó instaurada y todavía continúa, aunque se debe destacar que el uso de los nuevos poderes de instrucción y control que se concedieron a los jueces, siempre fue ejercido con una gran

prudencia, sin darse de manera evidente el autoritarismo que se denunció.

En el campo del Constitucionalismo la interpretación acordada a los tribunales constitucionales se expuso como un poder contramayoritario, como la ha llamado Bickel, fundado en el hecho, en apariencia constatable, de una grave carencia de fundamento democrático que pueda sostener y avalar la actuación del Poder Judicial como controlador de la constitucionalidad de los actos emitidos por los otros poderes.

> La objeción a la inserción de tal mecanismo de control dentro de un sistema democrático se apoya en cuatro dificultades básicas: 1) El nombramiento de los jueces en la mayoría de los ordenamientos está reservado a la discrecionalidad de los otros poderes. 2) La duración en los cargos judiciales no parece avenirse con los ideales democráticos. 3) Como controlador de los actos de los restantes poderes a la luz de la Constitución, parece convertirse en un contrapeso excesivo y a la vez no controlable por los otros poderes que sí encarnan la voluntad popular. 4) En consecuencia, la función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instaura la Constitución pues, no representando al pueblo y siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir en favor de los intereses de aquél ([102]).

4.4 Buena parte del siglo XX se ocupó de resolver este dilema de aciertos y confusiones, pero no tuvieron muy en cuenta la relación precisa que debía articularse entre el Proceso y la Constitución. Cuando en América Latina comenzó la renovación constitucional, en las dos últimas décadas del siglo XX, no advirtió el desatino transitado en Europa y transformó la justicia constitucional en una jurisdicción especializada donde el obrar de los jueces fue primero divagante, sin perjuicio de la relación poco armónica entre jueces ordinarios y tribunales constitucionales.

El desconcierto inicial fue evidente en las integraciones de las cortes nativas. No supieron bien si espejarse en el modelo europeo (principalmente del Tribunal Constitucional español) o explicar por

102 Verly, Hernán, *El argumento contramayoritario,* El Derecho, diario del 1 de octubre de 1991.

qué se despojaba a los jueces ordinarios del control difuso que venían ejerciendo siguiendo el modelo americano.

Órganos supremos como el de *México* divagó entre ser o no un tribunal constitucional. Los legisladores no ayudaban a esclarecer el problema, y así en 1987 dejan en manos de la Suprema Corte de Justicia todos los temas constitucionales trasladando el control de legalidad a los tribunales colegiados, aun conservando un poder de veto como supremo intérprete final. En 1994 agregaron la acción de inconstitucionalidad y se ampliaron las controversias constitucionales y continuaron sucesivas reformas que llevaron a sostener en diversos fallos:

> La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa exprofeso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación (Tesis 73/99)
>
> En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto (Tesis 74/99)

De este modo se impedía a los jueces ordinarios ejercer el control difuso de constitucionalidad restringiendo la función al Poder Judicial de la Federación y dejando en la Suprema Corte de Justicia el cierre final de la interpretación.

Siguiendo con *México*, como fiel testimonio del problema que analizamos, sucedió que después de la causa *Radilla Pacheco* debió reconsiderar esta posición ideológica y funcional, llegando entonces a sostener que:

> Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el *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; en segundo término, el control por parte 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. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. *Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra*, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás 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 su incompatibilidad (las cursivas nos perteneces) ([103]).
>
> De conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a

103 10ª Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 557; Tesis P. LXX/2011 (9ª).

velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*. Estos mandatos contenidos en el artículo 1° constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1° constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia ([104]).

4.5 Otros, como *Colombia*, se encontraron que sin seguir el modelo americano de control, habiendo optado desde 1910 ([105])

104 10ª Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535; Tesis P. LXVII/2011(9ª).

105 El Acto Legislativo No. 3 de 1910 parece una mezcla de elementos de ambos modelos. Siguiendo al primero, la Corte Suprema de Justicia ejerce el control único sobre la ley federal que aparentemente contraviene a la Constitución y decide definitivamente sobre su constitucionalidad. Respecto al segundo, es decir, el modelo federal, se permite la intervención del ciudadano, pero esta vez de forma directa, lo que encuentra sus antecedentes en la Constitución de la provincia de Cundinamarca de 1811, según la cual cualquier ciudadano podía intervenir para reclamar sobre posibles interferencias o limitaciones en los poderes que repartía la Constitución. Así bien, siguiendo los argumentos que se han expuesto sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad en las postrimerías del siglo XIX y durante el XX, de los que se concluye que la acción es el resultado de una consolidación política de las tendencias del momento, se puede entonces hacer el siguiente análisis: El control de

por un método popular de control y con la incorporación de varios instrumentos procesales (v.gr.: acciones de grupos, mandamientos de abstención; acción de cumplimiento; acción de tutela, etc.), tuvieron en la división por ramas del Poder Judicial un auténtico "choque de trenes", porque si bien custodiaron que la interpretación constitucional quedara en manos de la Corte Constitucional, no pudieron resolver la limitación (*self restraint*) del juez ordinario, ni la anulación de sentencias del Consejo de Estado y de la Suprema Corte cuando la Corte Constitucional consideraba violado algún derecho fundamental.

Esto ocurre cuando se admite recurrir ante la Corte Constitucional la decisión jurisdiccional, que pese a la doctrina calificada del fallo C 543/92 (no hay tutela contra sentencias judiciales), revirtió la misma con el Decreto 2591 que reglamentó la acción de tutela. Es cierto que se declaró la inconstitucionalidad del precepto, como también lo es que la actual jurisprudencia lo permite cuando se dan los supuestos de admisibilidad.

Podríamos seguir el listado de países americanos que trabajan sobre las dudas y aplican decisiones más políticas que justificadas. Por ahora queda como planteo.

En suma, sobre este fangoso terreno se debe elaborar una sentencia constitucional.

---

constitucionalidad en Colombia se ha movido, incluso antes de 1910, cuando se crea formalmente la acción pública, entre dos tendencias que reflejan una tensión entre dos modelos de control y formas de ver el derecho. Estas tendencias resultan contrarias entre sí pero han convivido en Colombia durante años, algunas veces en medio del conflicto. Cada uno de estos modelos ha presentado limitaciones y fortalezas sintetizadas en un esquema que se muestra en tensión, por las fuerzas contradictorias que lo integran. El primero de estos modelos, inspirado en lo que ha dado en llamarse un sistema antijudicial, ha evolucionado desde la época de las Constituciones provinciales, antes de la unificación de la República y terminó por hacerse fuerte para la Constitución de 1858, que recoge las objeciones presidenciales que venían desde la Constitución de 1853.16 17 Por medio de esta figura se reserva al ejecutivo la facultad de solicitar la revisión de la ley para que después el legislativo la ajuste a la Constitución. Este modelo, muy similar al de estirpe francesa, habla de un esquema de control fuertemente concentrado, en el que el ejecutivo es el único intérprete autorizado para actuar como guardián de la ley (Gómez Pinto, Luis Ricardo, *El control constitucional en colombia: Sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años de control de la acción pública*, Universitas, Bogotá, 2011, ps. 169-212).

4.6 Vale decir que existe cierta imposibilidad de tener un juicio común que permit elaborar un cuadro de mínimos para la arquitectura constitucional del fallo, propio de la verdadera sentencia constitucional, y asimétrico respecto del pronunciamiento que hagan otras jurisdicciones aunque interpreten también a la Constitución.

Bien dice Prieto Sanchís que

> […] "no existe una sola teoría de la interpretación anterior al neoconstitucionalismo, ni tampoco una sola alentada o fundada en el mismo; desde el positivismo, en efecto, se ha mantenido tanto la tesis de la unidad de respuesta correcta (el llamado paleopositivismo), como la tesis de la discrecionalidad (Kelsen, Hart); y desde el constitucionalismo, o asumiendo las consecuencias del mismo, resulta posible encontrar también defensores de la unidad de solución correcta (Dworkin), de la discrecionalidad débil (Alexy) y de la discrecionalidad fuerte (Guastini, Comanducci)" ([106]).

Cada una tiene parte de razón, y el enfoque que se haga divide los sectores a considerar. Por un lado vemos el problema de la estructura formal, con su anclaje en la teoría del proceso pero con particularidades netamente diferenciadas en la resolución; y por el otro, el aspecto que ahora tratamos, que es la decisión propiamente dicha y las posibilidades de modalizar el cumplimiento y la ejecución de lo resuelto.

En algunas legislaciones se dan pautas para redactar una sentencia constitucional. Dice Bhrunis Lemarie que […]

> "La sentencia debe contener: "1) Antecedentes: la identificación de la persona demandada y de la accionante, de no ser la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano, persona natural o jurídica, contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción; 2) Fundamentos de hecho: la relación de los hechos probados relevantes para la resolución; 3) Fundamentos de derecho: argumentación jurídica en que se sustente la decisión ; 4) Resolución: la declaración de vulneración de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que

106 Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, p. 210.

proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar" ([107]).

5. El juicio de ponderación

5.1 En la decisión tiene gran peso específico el juicio de ponderación, cuyo sentido consiste en ofrecer una justificación argumentada con solvencia, cuando se está en presencia de razones de similar encuadre y valor, aunque se manifiesten contrarios entre sí.

Lo dicho sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas: no de aquellas que puedan resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad. Es obvio que los dos primeros no son aplicables a los conflictos constitucionales, que se producen en el seno de un mismo documento normativo. No así el tercero; por ejemplo, en la sucesión a la Corona de España se preferirá «el varón a la mujer» (art. 57.1 CE) y ésta es una norma especial frente al mandato de igualdad ante la ley del artículo 14, que además expresamente prohíbe discriminación alguna por razón de sexo ([108]).

> Sin embargo, el criterio de especialidad en ocasiones también puede resultar insuficiente para resolver ciertas antinomias, concretamente aquellas donde no es posible establecer una relación de especialidad. Ello ocurre en las que algunos han llamado antinomias contingentes o en concreto (Guastini), o antinomias externas o propias del discurso de aplicación (Günther), o más comúnmente antinomias entre principios. Moreso ha sugerido que ello ocurre cuando estamos en presencia de derechos (y deberes correlativos) incondicionales y derrotables, esto es, de deberes categóricos o cuya observancia no está sometida a la concurrencia de ninguna condición, pero que son prima facie o que pueden ser derrotados en algunos casos. Así, entre el deber de cumplir las promesas y el deber de ayudar al prójimo no se advierte ninguna contradicción en abstracto, pero es evidente que el conflicto

107 Bhrunis Lemarie, Roberto, *Jurisprudencia constitucional vinculante,* Cevallos, Quito, 2011, p. 100.

108 Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, p. 212.

> puede suscitarse en el plano aplicativo, sin que pueda tampoco establecerse entre ellos una relación de especialidad, concibiendo uno de los deberes como una excepción permanente frente al otro ([109]).

5.2 La ponderación es una herramienta de la razón; con ella se puede hacer un test de equilibrios entre normas, principios y valores, juzgando como lo hemos dicho con anterioridad: el principio se puede volver una garantía inflexible, o una regla volátil, siempre que asegure la mayor satisfacción general de resultado ([110]).

Fue Rawls quien introdujo esta suerte de elección entre reglas prioritarias, pero Alexy la formuló en un plano de la filosofía para los derechos fundamentales que ha trascendido por sus logradas explicaciones.

En esta línea se puede afirmar que la ponderación es un juicio de valor, propio de quienes interpretan y deben elegir entre variables de peso similar. La elección tiene mucho de discrecionalidad, de allí que no siempre es posible utilizar este mecanismo.

En realidad es una estructura prevista sobre tres pilares: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. Con el primero se interpreta, con el segundo se valora y con el tercero se justifica.

5.3 La forma de elaborar una sentencia constitucional tiene en el camino números encuentros con dichos contrastes. Véase por ejemplo, cuanto sucede en un proceso constitucional destinado a verificar la legitimidad del acto de autoridad pública atacado por lesivo de derechos individuales. Legalidad contra legitimidad, razones contra discrecionalidades, siempre hay un paralelismo entre el derecho constitucional violado y el principio constitucional en que se pretende fundar la actuación denunciada.

---

109 Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, p. 213.

110 Gozaíni, Osvaldo A., *Garantías, principios y reglas del proceso civil (Sobre el cambio en los principios procesales)*, editorial académica española, Madrid, 2012, ps. 145 y ss.

La concurrencia de derechos de igual valía son el nutriente que alimenta de continuo la actividad de los jueces constitucionales. La tarea del intérprete es decidir con acierto.

Pero ¿qué sucede si no hay opciones a elegir? ¿Qué ocurre si aparecen lagunas en la ley? ¿La omisión inconstitucional admite la generación de soluciones por vía de sentencias?

> La amplitud que tiene la respuesta depende de criterios legales o disposiciones jurisprudenciales. En Ecuador, por ejemplo, el artículo 429 de la Constitución de la República establece que: "*La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia* [...]". Mientras el artículo 436 (numerales 1 y 2) determinan que entre las atribuciones que dispone la Corte constan la de *ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.* Asimismo podrán expedir sentencias que constituyan jurisprudencia obligatoria respecto de acciones de protección, cumplimiento, Habeas corpus, Habeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales.

5.4 La teoría de Herbert Hart ([111]) como anticipamos, fue la primera que intentó explicar con método descriptivo, la estructura del derecho y su funcionamiento, sin considerar para ello la justificación moral de las prácticas jurídicas. Hart elabora un discurso interesante que aplica para la teoría del derecho, esbozando un supuesto de relaciones entre eficacia y validez, posibilidades de interpretación, vínculos entre justicia y derecho y entre moral y derecho, más las condiciones de existencia de un ordenamiento jurídico y su aplicación a casos límites como el derecho internacional y el derecho de las sociedades primitivas.

Este concepto de derecho se aleja del pensamiento iluminista que veía al juez como mecánico aplicador de la ley; e inclusive, es una variable del pensamiento de Kelsen que entiende al juez como creador

111 Hart, Herbert, *The concept of law,* Oxford University Press, 1961. Versión en español de Genaro Carrió, *El concepto del derecho,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962.

de derecho. En todo caso, está abierto el problema de verificación si puede el juez o no ser creador de derechos.

> Es cierto que la parte dispositiva de la sentencia es el resultado de un acto de voluntad y que el juez al dictar la norma individual agrega una serie de datos que no figuran en la norma general. Pero esto no implica que el juez esté creando derecho. Si la norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia está fundada en una norma general creada por el legislador, parece exagerado hablar de creación del derecho. He sostenido –sigue diciendo Bulygin- que el juez solo crea derecho cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión no es una norma creada por el legislador ([112])

El discurso que trasciende sostiene la *discreción judicial*, como variante de selección entre opciones de validez contrapuesta pero de similar y posible aplicación. Son los que llama *casos difíciles* porque existe más de una interpretación razonable. La selección será llamada después juicio de ponderación.

En cambio, en los *casos fáciles,* se puede volver al silogismo propio de la teoría de la subsunción de los hechos en la norma, siendo en ellos donde aparecen verdaderas restricciones para el juez.

Se ha dicho, evaluando esta teoría, que […]: "Dado que el juez no cuenta con normas precisas, debe elegir entre alternativas razonables; la sentencia, en estas circunstancias, es esencialmente lo que el juez quiere que sea, aunque dentro de los límites que los realistas pasan por alto. La existencia de estos casos excepcionales permite que el derecho cumpla su segunda función: dejar un margen de flexibilidad a la regulación de las relaciones sociales, que permita considerar las circunstancias del caso concreto (la primera función es dar reglas ciertas que regulen la conducta de los individuos). El juez encuentra la solución fuera de las normas o principios jurídicamente vinculantes, esto es, en normas no obligatorias" ([113]).

112 Bulygin, Eugenio, *Los jueces ¿crean derecho?*, Isonomia n° 18, abril 2003, p. 7.

113 Cfr. Rodríguez, César, *El debate Hart – Dworkin,* Universidad de Los Andes, Bogotá, 1977, p. 70. Zavala Egas, Jorge, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica,* Edilex, Guayaquil, 2010, p. 99.

La teoría de la decisión sostenida en la discrecionalidad de elegir entre soluciones alternativas, no reconoce reglas de aplicación, aunque se puedan formular estándares de selección entre variables. La prudencia tiende a evitar la arbitrariedad. Por eso Hart decía que […]

> "La decisión judicial, especialmente en materia de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado, porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso, la moral puede dar siempre una respuesta clara. En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica porque algunos se resisten a calificar de legislativa a tal actividad judicial" ([114]).

6. Las reservas morales

6.1 La descripción de Hart fue polemizada por Ronald Dworkin, quien no compartía la extensión de la discrecionalidad, ni aceptaba la inexistencia de reglas ante el desconcierto, o la presencia de disposiciones a resolver con alternancia.

El realismo que se había impuesto al obrar jurisdiccional, quiere encontrarle otros justificativos, dando lugar a la moral como un principio ineludible.

Dworkin no se ocupó como Hart de todo el planisferio jurídico, tan sólo acotó sus reflexiones a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en casos de derecho constitucional y patrimonial. Es cierto que vuelve con los casos difíciles (*hard cases*), y que antes que formular precisiones, critica la concepción positivista y utilitarista del derecho, expuesta por quien había sido su maestro: Hebert Lionel Adolphus Hart.

6.2 La dirección de su pensamiento está influida por cuanto significa ser un juez del *common law,* destacándose ello cuando valora y justifica la tarea de interpretación con sujeción a parámetros establecidos.

114 Hart, ob. cit., p. 252 (versión española).

> La teoría de los principios refuta tres tesis positivistas: *a)* que el derecho consiste sólo en reglas, las que sólo con base en su origen pueden ser examinadas por cuanto hace a su validez o pertenencia al sistema y que sólo de esa forma se pueden distinguir de las normas de otros tipos de sistemas normativos como sería la moral o las reglas de trato social; *b)* que el juez en casos difíciles posee una facultad discrecional que le permite decidir según parámetros extrajurídicos, y *c)* que en casos difíciles el juez declara un derecho que aún no existe ([115]).

Contra de la tesis de la discrecionalidad judicial monta un método que tiene al juez como máximo expositor de capacidades extraordinarias para resolver los difíciles casos donde las normas y reglas vigentes no son claras o están ausentes, debiendo en tal caso preferir la mejor justificación moral para la decisión.

Replica la discrecionalidad de los casos difíciles sustituyendo la ductilidad de elección por principios vigentes en el sistema jurídico; los que dice presentes aun en caso de inexistencia, por la sencilla razón del valor moral de las sentencias.

> Lo que Dworkin combate –dice Zavala Egas- es la tesis que el juez pueda decidir según su criterio cuando se presentan problemas en que no puede aplicarse ninguna norma jurídica o que es contrario a la justicia aplicar alguna. Es decir, cuando existe en el ordenamiento alguna laguna sea del tipo normativa o axiológica (cuando la solución que da el Derecho es injusta) entran a operar los principios propios del sistema y, en consecuencia, no hay actividad discrecional del juez, sino aplicación de una norma, que es el principio, que lo vincula y decide el caso. Es decir, la fuerza del Derecho es superada por los jueces, pero jurídicamente ([116]).

6.3 La denominada *teoría de la integridad* requiere que se interprete el orden vigente como expresión de un esquema coherente de principios donde anidan la justicia, la equidad y la no violación del debido proceso.

---

115 Rojas Amandi, Víctor Manuel, *El concepto de derecho de Ronald Dworkin, Amandi,* Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, 14(1), 93-153.

116 Zavala Egas, Jorge, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica,* Edilex, Guayaquil, 2010, p. 103.

Recordemos que Dworkin persuade con argumentos *iusnaturalistas* de forma tal que no sorprende cuando asienta en la persona la acción de actuar el derecho. Su recomendación es que tome el derecho como un dato interpretativo y que colabore a la construcción de la tarea colectiva de justificación y crítica de las decisiones públicas.

El derecho para Dworkin no es un producto acabado ni tampoco es la justicia. Es algo menos y algo más. Es algo menos que la justicia porque la coherencia -es decir la virtud de la integridad exige sacrificar en algunas ocasiones la persecución de los resultados justos. Es algo más que las convenciones porque el derecho está compuesto no sólo por un conjunto de normas sino también por un conjunto de principios.

> Dworkin sostiene una idea diferente de coherencia con las decisiones del pasado, conforme a la cual son verdaderos derechos y responsabilidades de los ciudadanos, no sólo los explícitamente contenidos en tales decisiones, sino también los que se siguen de los principios de moralidad política que esas decisiones explícitas presuponen por vía de justificación. A esa peculiar idea de coherencia, que hace derivar de las leyes y otras pautas establecidas en el pasado toda la serie de derechos y deberes de las personas a que acabo de aludir, es a lo que Dworkin llama integridad; y, según él, en la medida en que preside la práctica jurídico-política, puede decirse que los ciudadanos son tratados como miembros de una verdadera comunidad. Para Dworkin la integridad constituye el valor supremo del Derecho entendido como práctica social específica, un valor que una interpretación adecuada descubre como ya presente en la práctica y que, al mismo tiempo, la guía u orienta ([117]).

6.4 La integridad que pide para decidir casos difíciles comienza con la coherencia. Con ella pretende que el tribunal continúe con soluciones iguales en casos simétricos. Se puede expresar como una coherencia institucional, por el valor vinculante que subyace en el principio de igualdad.

Estos principios también tienen sustento moral, de moralidad política, desde que no sería justo ni razonable que un juez se apartara del precedente sin una justificación de sus actos.

117 Arrieta Castañeda, Ricardo, *La noción de integridad en la teoría del derecho de Ronald Dworkin,* en http://iusconstifil.blogspot.com.ar/2009.

> Dice Dworkin que esto es […] "una comunidad gobernada por una concepción única y coherente de justicia, equidad y debido proceso procedimental en la relación correcta". El valor de la integridad está conectado, por tanto, con los valores morales de la justicia, la equidad y el debido proceso, sin confundirse con ninguno de ellos. Según lo expuesto la integridad constituye un valor diferente de la justicia y de la equidad. Pero, como también quedó apuntado, implica a ambas. Significa coherencia en la concepción de justicia y equidad que se mantiene como subyacente a las normas vigentes con la que se opera al interpretarlas y aplicarlas. Requiere que esa concepción esté integrada por principios de justicia y principios de equidad en la proporción debida. Dworkin subraya esta complejidad de la concepción, esta articulación de principios diversos ([118]).

Con los principios queda de lado el método silogístico, el que se usa como suplencia y con expresiones que siempre evocan valores morales y/o políticos, como la igualdad, la justicia, la solidaridad, el progreso, la paz, etc. La interpretación de estas memorias involucra, inevitablemente, juicios de valor, porque reenvían a las doctrinas morales, a las ideologías políticas de los intérpretes, incorporando estas doctrinas al Derecho en tanto son criterios de validez de las reglas ([119]).

7. El derecho dúctil

7.1 Sin que se vea esta presentación de doctrinas relevantes como una evolución precisa de la teoría de la interpretación, es mejor comprenderlas en el marco de las influencias externas e internas que tiene el juez constitucional al tiempo de elaborar la sentencia.

Zagrebelsky introduce en el ensayo "*El derecho dúctil*" ([120]) la variable de los influyentes externos, como el entramado étnico, religioso, político y cultural que se relaciona con la vida. Con este reconocimiento de factores considera que ninguna norma jurídica puede ser resultado

118 Arrieta Castañeda, Ricardo, *La noción de integridad en la teoría del derecho de Ronald Dworkin*, en http://iusconstifil.blogspot.com.ar/2009.

119 Zavala Egas, ob. cit., p. 106.

120 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil,* varias ediciones. Nosotros seguimos: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Traducción de Marina Gascón) 5ª edición, Madrid, Trotta, 2003, 156 páginas.

de una apetencia individual y menos aún convertirse en un esquema impuesto a la generalidad.

Cuando se trabaja con la Constitución hay una tendencia clara en considerarla como un cuerpo fundamental intangible que contiene garantías y derechos pensados una vez y para siempre. Implícita se encuentra la soberanía del reglamento y la organización política del Estado sobre ciertas bases ideológicas.

Lo interesante del enfoque que trae el ex presidente de la Corte Constitucional italiana es que esta idea de soberanía -entendida originariamente como situación eficiente de una fuerza material empeñada en construir y garantizar su supremacía y unicidad en la esfera política-, se encontraba implícito el principio de exclusión y beligerancia frente a lo ajeno. El Estado soberano no podía admitir competidores; si se hubiese permitido una concurrencia, el estado habría dejado de ser políticamente el "todo" para pasar a ser simplemente una "parte" de sistemas políticos más comprensivos, con lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión la soberanía.

7.2 Cuando se debilita el poder interno de la Constitución aumenta el poder de sujeción que generan las reglas, pero al mismo tiempo el punto de convergencia del ordenamiento jurídico es la Norma Fundamental. Es aquí donde radica esa "*ductibilidad*" de los textos constitucionales.

Es dúctil porque siendo un oráculo donde abrevar, admite –como también lo hizo Hart- una especie de "textura abierta del Derecho", en donde los diferentes valores, incluso los heterogéneos, puedan coexistir en pacífica armonía.

> Si valoramos la reflexión científica sobre el derecho público en estas décadas, notamos que los términos y los conceptos empleados son básicamente los mismos de otros tiempos, que han sido heredados de la tradición; ahora bien, ya no producen significados unívocos y estables. Por ende, el rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino su pérdida de la posición central. Hoy en día el significado debe ser construido.

> Las sociedades pluralistas actuales (sociedades marcadas por las presencia de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante), esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional. En ese sentido, hay quienes plantean sustituir la soberanía del Estado por la soberanía de la Constitución ([121]).

Esta línea argumental no escapa al positivismo que ilustra el tiempo cuando se profiere la tesis, pero a diferencia del imperio de la ley, se entiende que la Constitución profundiza el principio de legalidad, abarcando al ejercicio de la administración, como a todos los espacios donde el que crea la ley como el que la ejecuta o juzga, también están comprendidos.

7.3 En la doctrina del siglo XIX, existía una clara distinción: la ley era una regla establecida por el legislador en un momento concreto, mientras que los derechos aparecían como pretensiones subjetivas válidas por sí mismas, con independencia de lo que dispusiera el poder legislativo. Esta idea típicamente iusnaturalista implicaba diferenciar entre aquélla, la ley, que surgía por decisión de un cuerpo estatal, y los derechos que tenían una existencia autónoma. Esta separación ya aparecía en Hobbes quien delimitaba el campo de la ley (*lex*), que siempre significaba vínculo, y el campo del Derecho (*ius*) que implicaba libertad en todo caso.

> Después de examinar las concepciones francesa y norteamericana sobre el tema expuesto, el autor defiende que el proceso constitucional europeo contemporáneo se apoya más en el modelo anglosajón -según el cual la ley deriva de los derechos y no al revés-, que en el modelo francés -supuesto contrario al anterior-. Ésta sería una concepción

121 Zagrebelsky, ob. cit., p. 123.

> pública y objetiva, legislativa o legalista, si se quiere; aquélla, pre-estatalista, subjetivista y de corte jurisdiccional. No obstante lo expuesto, la concepción relativa a los derechos se coloca, en el ámbito europeo, en una posición equidistante. Se separa de la idea francesa del fundamento jurídico exclusivo en la ley, pero no niega a ésta un fundamento autónomo propio ([122]).

Al considerar el problema del control de constitucionalidad, Zagrebelsky divide el espacio de los sistemas en dos grandes bloques: uno de control abstracto (típicamente europeo), que protege el orden constitucional en su vertiente global; y otro de control difuso (característico del mundo anglosajón), de protección concreta de los derechos subjetivos.

7.4 Comienza aquí cuanto interesa plantear en este capítulo. Así como el siglo XIX dio valor superior a la interpretación auténtica de la norma, que por ello solo sería válido cuando lo realizara el parlamento legislador, dando por cierto y consecuente, que el juez sería únicamente la "boca de la ley"; el siglo XX en sus primeras décadas cuestionó ese poder y lo encomendó a la jurisdicción, creando tribunales constitucionales que defendieran a la Constitución en sus dogmas.

La tarea fue de pura ejecución. La norma no se podía alterar y por eso la principal función de los tribunales constitucionales de otrora fue proteger que la Constitución no sufriera restricciones, alteraciones o modificaciones. El concepto de los derechos individuales proveniente del derecho civil, como el derecho subjetivo público (como garantías y derechos para todos) acuñado en las Constituciones, reunió la necesidad de tener un entendimiento común, que fuera superior a la voluntad del intérprete.

La solución se produjo mediante la constitucionalización de los derechos, que implicó la unión de dos tradiciones: la de los derechos vinculados a la justicia y la de los derechos vinculados a la libertad ([123]). Todo esto significó darles la fuerza normativa de que gozan los

122 Martínez, Faustino, comentario a la obra de Zagrebelsky, en Revista de estudios histórico-jurídicos, n° 27, Valparaíso, 2005, p. 632.
123 Ibídem, p. 634.

textos constitucionales, considerados ahora como auténticas normas jurídicas y no como simples panfletos ideológicos, trasuntos del modo de pensar de la correspondiente facción que ostentaba el poder político.

7.5 Los cimientos de la estructura formal de la sentencia que dicta el juez constitucional se encuentran conmovidos con esta posición. Hart pensó en la ponderación y Dworkin en las reservas morales; pero ahora Zagrebelsky, afirma que el derecho se compone con *principios* y *reglas*. Los primeros se guardan en la Constitución (justicia, por ejemplo), los segundos son encargos de viabilización por los agentes jurisdiccionales.

> Junto a los derechos, el constitucionalismo moderno establece otra segunda nota novedosa: la fijación por medio de normas constitucionales de principios de justicia material, orientados a influir en la totalidad del ordenamiento jurídico. Su justificación radica en las consecuencias perniciosas y en los costes sociales que provocan los derechos orientados a la libertad exclusivamente. Los límites clásicos del "orden público" y de las "buenas costumbres" han dado paso a la idea de justicia material como objetivo que el poder público busca conseguir. El Estado no sólo impone, sino que ha de incitar a los ciudadanos a la consecución de ciertos fines. Por ese motivo, dice el autor, que el Derecho es el conjunto de condiciones en las que obligatoriamente deben moverse las actuaciones pública y privada para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles, superando así las concepciones kantiana y hegeliana. Existe, por tanto, un orden por encima de las voluntades individuales. Las consecuencias de la constitucionalización de los principios de la justicia son los siguientes: oposición a la fuerza disgregadora de los derechos individuales, de suerte tal que la potencia de agresor o disgregador de los derechos (sobre todo, los orientados a la voluntad) hace que la justicia aparezca como un elemento dulcificador, rechazando el mito liberal de que la suma de voluntades particulares produce el orden; recuperación por el Estado de competencias política en el campo económico: ese Estado ya no es una instancia neutral, abstencionista, ni tampoco ha de actuar de modo subsidiario; el Estado no es un mal, sino un elemento básico para conseguir el orden de justicia no espontáneo y es en el aspecto económico donde se potencia dicha actuación, desempeñando una labor de protección activa (el Estado social de Derecho encaja aquí a la perfección, poder que reconoce la propiedad privada y la libre

> iniciativa, al mismo tiempo que valora las exigencias de la justicia para la tutela de las necesidades generales); cambio en la relación del hombre con el medio ambiente: los derechos-voluntad deben ser ejercitados en un marco que permita garantizar la supervivencia y asegurar una equitativa y genérica utilización de los recursos por parte de todo el mundo; desconfianza del hombre frente al hombre, cuyo exponente supremo es el ejemplo de Auschwitz, que implica la exigencia de plegar la propia voluntad para aceptar las demás voluntades y convertirla en un posible objeto de juicio de validez formal y material ([124]).

El bastimento ideológico de los principios se deja en el juez, para que actuando en el caso concreto no pierda de vista cuanto persigue el orden legal general. En la búsqueda del equilibrio no hay métodos previstos. La variedad y la ausencia de una jerarquía entre los mismos interactúan. La interpretación ha de guiarse por el intento de conciliar seguridad y justicia, es decir, la atención al caso concreto de acuerdo con criterios equitativos, a la vez que se consigue el respeto mayor posible al ordenamiento jurídico.

124 Martínez, Faustino, reseña de la obra "*El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*", de Gustavo Zagrebelsky, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, volumen XLII, n° 124 (ene/abril, 2009), p. 417.

CAPÍTULO V

CONSTRUCCIÓN DE LA SENTENCIA SOBRE PRECEDENTES

1. La influencia del precedente

1.1 Cada una de las posiciones resguarda un temperamento propio en los que pueden sumarse convicciones y creencias que aumentan los materiales propios de una obra intelectual como es la sentencia.

Es indudable que lo intuitivo forma parte del elenco, pero en la rigidez de los principios impuestos para la justificación o loa argumentación, su alegato bien podría ser llamado "designio de arbitrariedad".

> En nuestro derecho –dice Lorenzetti- son los principios jurídicos los que cumplen la función de evitar el subjetivismo. Los tratados internacionales y la constitucionalización del derecho civil han impactado fuertemente en este tema, incorporando un catálogo impresionante de principios de toda índole, con ubicación normativa. La ley también los incorpora con una frecuencia abrumadora, tendiéndose a legislar por principios y no por supuestos de hecho. De este modo, los principios se aplican no tanto por ser tales, sino por tener reconocimiento constitucional ([125]).

1.2 Para evitar la dispersión y provocar una suerte de "*función nomofiláctica*" o depuradora de la decisión, la tendencia a seguir lo resuelto por tribunales superiores es una manifestación elocuente.

125 Lorenzetti, ob. cit., p. 210.

En los tribunales constitucionales es un designio habitual, pero en los modelos de control difuso, donde se resuelve por caso, la validez del criterio uniforme y repetido no tiene tantos adeptos ni defensores.

Algunos afirman que esto es un riesgo por el poder que tiene el juez que se aísla para dar convicciones singulares según su criterio.

> "Los tribunales de superior jerarquía o de último grado, aparte de la preeminencia jerárquica, formal o material, de que están investidos por sobre los jueces y tribunales que les siguen en grados inferiores, ejercen una cierta autoridad implícita que viene determinada a nuestro modo de ver por los siguientes factores:
>
> "a) generalmente están integrados por los jueces mejor calificados, con mayor experiencia, aquellos que gozan de cierto prestigio o reconocidas cualidades al realizar su función;
>
> "b) encabezan a un gran número de jueces que por lo regular procuran que sus fallos no sean revocados por sus superiores jerárquicos, con el fin de propiciar las condiciones que les permitan ascender en el organigrama judicial; y
>
> "c) el número de jueces que los integran, permite inferir que los criterios por ellos sustentados tienen como base análisis exhaustivos, seriamente discutidos y razonados acerca de la cuestión planteada, por lo cual deben tomarse como pautas a seguir por el resto de los juzgadores" ([126]).

El precedente es un concepto huidizo, del que nos ocuparemos más adelante, que a los efectos de formar y fundar la sentencia constitucional recibe el contrapeso de varios contingentes. Uno es el concepto propio para entender cuándo hay precedente vinculante; otro es la reiteración del supuesto fáctico; además cercena el *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y limita el principio teórico de la jurisdicción afincado en el poder del *iudicium* (decir el derecho), porque otro lo dice por él.

126 Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n° 83 (mayo/agosto 1995), p. 233.

> Suele establecerse una diferencia entre doctrina constitucional proveniente de la sentencia que la elabora, y jurisprudencia constitucional vinculante. La Corte Constitucional de Colombia ([127]) sostiene que […]: "Al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. Como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. Si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio […].
>
> Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como *analogía legis*, y se la contrasta con la *analogía juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada".

1.3 Ulpiano decía que […] "*Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*" (jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto). Máxima que ha perdido vigencia, para radicar hoy en un sentido más técnico en el que se aglutina una dimensión empírica y otra de valores (axiológica), dentro de lo que se conoce como teoría tridimensional del derecho.

Pero la jurisprudencia constitucional suele encontrar mejor recepción actuando como facilitador en la teoría de la decisión.

127 Sentencia C 083/1995.

> De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la integración de la unidad normativa por parte de la Corte es un mecanismo excepcional, que opera "… cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado". A partir de esta regla, la Corte ha diferenciado dos planos en que resulta aceptable la integración de la unidad normativa. El primero procede en los casos en que las expresiones acusadas no configuran en sí mismas una proposición jurídica autónoma, bien porque carecen de contenido deóntico claro o requieren ser complementadas con otras para precisar su alcance. El segundo es aplicable cuando si bien lo demandado conforma una proposición normativa autónoma, tiene un vínculo inescindible con otros textos legales, de manera que si se omitiera la integración, la decisión que adopte la Corte resultaría inocua. Igual criterio es utilizado cuando dicho vínculo se predica de una norma *prima facie* inconstitucional ([128]).

1.4 En síntesis, la teoría de la decisión en materia de sentencias constitucionales navega en un mar de incertidumbres. No hay límites claros entre cuanto significa *interpretar* los hechos y el derecho para alcanzar un resultado valioso; respecto del *argumento* que se utiliza en la *justificación.*

Bien pueden ser también etapas de un mismo procedimiento, en los que las herramientas de uso son diversas o compiladas. Vale decir, o se utiliza un solo método de interpretación o varios al mismo tiempo.

En prieta síntesis se vuelve al planteo entre *originalistas* que no quieren que los jueces hagan prevalecer en la decisión sus propios valores y criterios; y *no originalistas* que no tienen en cuenta este cartabón por interpretar que la Constitución tiene un marco de adecuación a la realidad viviente.

128 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C- 634/11.

2. Modelos y problemas del precedente

2.1 La jurisprudencia tiene un enorme interés práctico al dar certidumbre y previsibilidad al justiciable. Sin embargo, cuando el precedente es de seguimiento obligatorio tiene el contrapeso de impedir al juez la libertad de interpretación.

¿Conspira ello con su independencia funcional?

A veces la decisión judicial está liberada de ataduras y cualquiera sea la jurisdicción que intervenga, puede realizar una lectura singular del derecho que al caso corresponde aplicar. De suyo, el sistema no impide que exista un fallo final de los superiores tribunales que fije un criterio definitivo que puede o no ser obligatorio. En cambio, en algunos regímenes esa confianza no existe con tanta libertad, y se condiciona al magistrado a través de las propias leyes y reglamentos procesales.

2.2 Con la revolución francesa y los códigos que se dieron en el siglo XIX, especialmente el código Napoleón de 1804, la ley era una declaración soberana que no podía cambiarse; solamente el legislador tenía facultades de interpretar la voluntad popular. Inclusive, la costumbre no constituía un verdadero derecho sino en los casos en que las normas se remitieran a ella (cfr. art. 17 del Código Civil argentino); obviamente, en este contexto, la fuerza obligatoria de la sentencia no avanzaba los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada.

Pero contra esta corriente propia del legalismo francés reaccionó el resto de Europa, sin contar con manifestaciones de los tribunales franceses que reclamaron por una "jurisprudencia constante" ([129]). Es el tiempo de la "doctrina legal", que permitió, a partir de la reiteración de supuestos analizados sobre puntos idénticos o similares, una guía u orientación de los tribunales superiores hacia los jueces inferiores.

> "No se trataba de que los jueces tuvieran la obligación de decidir el caso de la misma manera como se habían decidido casos anteriores.

129 López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces,* Legis, Colombia, 2006 (2ª ed.), p. 9.

> La doctrina legal no era, en ese sentido, el mismo *stare decisis* de la tradición anglosajona. Se trataba, más bien, de obligar a los jueces inferiores a respetar el sentido o significado abstracto (esto es, sin relación a hechos concretos) que la Corte de Casación había dado a una disposición legal de manera constante. Se refería, pues, a un respeto conceptual al sentido fijado para la norma en varias sentencias. En el *stare decisis* anglosajón, en cambio, el énfasis se daba a la idea (más mecánica) de que casos iguales se fallaran de manera igual a los casos ya fallados. En el *stare decisis*, por tanto, había menos necesidad de respetar la tradición interpretativa del caso anterior, pero mayor apremio a decidirlo de igual manera si sus hechos eran análogos. Esto hacía, por ejemplo, que una única sentencia reciente de un tribunal anglosajón estuviera cubierta por la fuerza analógica del *stare decisis*" ([130]).

Con la casación francesa hasta la elaboración del modelo puro inspirado por Calamandrei, la idea fue que el control de legalidad debía asegurar una exacta observancia y la uniforme aplicación de la ley, entendidos, precisamente, no como valores diversos o divergentes, sino como aspectos complementarios e integrados de la misma función ([131]).

Por su lado, los Tribunales Constitucionales se ocuparon de la interpretación constitucional provocando una fisura en el poder de interpretación judicial que aún persiste, pues a pesar de la potestad que mantiene la magistratura ordinaria para continuar siendo custodios

130 López Medina, ob. cit., p. 10.

131 Así lo explica Michele Taruffo, quien agrega […] "Como ha sido considerado recientemente, la Casación entiende la nomofilaquia más que como una actuación del *ius litigatoris* que del *ius costitutionis*, privilegiando precisamente las exigencias de justicia del caso concreto sobre aquellas de la uniforme interpretación de la ley. En esta dirección operan diversos factores concomitantes y conexos, que van desde la tendencia de las partes a buscar en la Casación una victoria no conseguida en los grados de mérito antes que la exacta interpretación de la ley, hasta la incapacidad de la misma Corte de dar a la propia función un ordinario desarrollo, privilegiando cuestiones de mayor importancia y elaborando <<políticas de la interpretación>> de las normas de significado muy dudoso. En sustancia, no pudiendo elaborar líneas interpretativas generales, coherentes y orgánicas, la Casación transforma su propio rol en el de un tercer juez de la justicia del caso concreto" (Taruffo, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil,* Biblioteca de Derecho Procesal nº 2, colección dirigida por Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Palestra, Lima, 2005, ps. 156/157).

de la Constitución, no está en las posibilidades del juez europeo la declaración de inconstitucionalidad.

2.3 América ha conservado el criterio de mantener en la jurisdicción pura (sedes judiciales) tanto el juicio ordinario como el constitucional, aunque en estos últimos, el peso de las sentencias de los Tribunales o Salas Constitucionales influye notoriamente en el seguimiento posterior.

En consecuencia, la existencia de diversos sistemas, en los cuales, las fuentes del derecho, la relación entre las diferentes ramas y órganos del poder y el papel mismo de la teoría jurídica son diferentes, hace necesario replantear la clasificación tradicional ([132]), que recoge de los códigos sustanciales las reglas de la interpretación y aplicación normativa.

Si antes fue lógico esperar del legislador la creación normativa, y dejar sólo en él la potestad de alteración, cambio y, también, la misma interpretación, en la actualidad el protagonismo judicial trabaja sobre bases distintas a las recibidas.

El control de constitucionalidad en materia de normas fundamentales y derechos humanos; como la fiscalización del principio de legalidad, no admiten hoy distinciones ni sutilezas porque el esquema de fuentes ya no es sumiso a la voluntad del legislador ni al imperio de las normas; todo lo contrario, ellas serán legitimadas con el control de aplicación libre y sin condicionamientos que el juez pueda realizar en cada caso concreto.

Esto no se obstaculiza por la existencia de una interpretación vinculante. Vale decir, no se altera ni afecta la independencia judicial cuando ha sido un superior jerárquico el que ha desenvuelto una sentencia orientativa u obligatoria.

En ambas situaciones, es decir, tanto en la jurisdicción ordinaria como para la Constitucional, y aun entre ellas, es un precedente que

132 Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho,* Temis, Bogotá, 1994, ps. 252 y ss.

deberá aplicarse, teniendo en cuenta que la producción de fuentes puede llegar, inclusive, del derecho transnacional ([133]).

3. La doctrina legal

3.1 Cuando en el control difuso se resuelven casos concretos, que por su naturaleza son conflictos entre partes conocidas y sujetas al principio dispositivo donde la cosa juzgada solo alcanza a quienes

133 Dicha esta conclusión en el marco que vincula la independencia judicial con la influencia en ella de jurisprudencia vinculante; pues nos hemos pronunciado, antes de ahora, sobre lo pernicioso que significa el modelo en el sistema de control de constitucionalidad difuso que caracteriza nuestro país. Si obligamos a los jueces a respetar y seguir los fallos de los tribunales superiores estaríamos privando al mecanismo difuso de su "quintaesencia", porque ya no habría interpretación alguna; más bien, existiría un actividad mecánica de adecuación que nos parece impropia en la tarea jurisdiccional. Asimismo, el principio jurídico que postula el *iura novit curia*, según el cual el juez conoce del derecho y lo aplica sin necesidad de seguir las pretensiones de las partes, también quedaría sin respaldo suficiente, por cuanto tampoco el juez aplicaría el derecho que "le corresponde a su saber y entender", sino el que otros le indican debe utilizar. Si aquel estuviese errado, o su interpretación fuese fugitiva del ordenamiento jurídico, las instancias de apelación solucionarían el equívoco o la arbitrariedad, dando una vez más seguridad e igualdad al sistema. El proceso mismo en su sistemática de llevar garantía a los justiciables, se enfrentaría con un sustancial perjuicio en los derechos que son actuales y presentes, al tener que aplicar situaciones distintas con sus soluciones. La misma norma considerada en abstracto, tendría idéntica aplicación aun cuando los casos no fuesen absolutamente idénticos. Y bien sabemos que en cuestiones de derecho, cada problema es un mundillo de alternas posibilidades de pacificación.
Un nuevo interrogante: ¿no estaría el juez que aplica el precedente dando efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente?
En la pirámide ideal que kelsen imaginara, las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales. Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta. De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se lo extiende incausadamente. La cosa juzgada, con sus efectos y alcances no puede alcanzar a terceros que no fueron parte en los hechos, de manera que resolver extensivo a ellos la situación de derecho creada para otro caso, violenta y sacrifica esta forma de dar seguridad y justicia. De todos modos, el problema de la uniformidad de la jurisprudencia, que es en definitiva el problema a resolver y que inspira la sistemática del "precedente obligatorio", no se resuelve –entendemos- prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso los autoriza; en todo caso será hora de abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos tribunales de casación e interpretación constitucional (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas Procesales,* Segunda Parte, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 341 y ss.).

han sido partes, derivar el resultado como obligatorio para otros es un problema.

El antecedente no suele influir en procesos iguales salvo en lo que podríamos denominar como "doctrina legal" que es la interpretación consistente y reiterada sobre la orientación que deben seguir algunas disposiciones de fondo o de orden procesal.

3.2 El funcionamiento de la jurisprudencia no es simétrica ni tiene iguales expansiones cuando se trata de actividad dispuesta en procesos constitucionales, que en Argentina o México, tienen una comprensión más amplia respecto a aquellos que definen como tales solo a los procesos desarrollados ante el Tribunal Constitucional.

Por vía de principio, los procesos constitucionales son todos aquellos donde están en juego derechos constitucionales, de modo tal que la función jurisdiccional tiene o adopta un rol social comprometido con la fiscalización de la supremacía y a tono con el principio "*pro homine*".

En procesos comunes las sentencias definitivas no suelen recibir revisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; básicamente porque el esquema funcional de los recursos es excepcional y condicionada, y en materias de derecho común y/o procesal solo tienen cabida cuando el vicio de la sentencia es de arbitrariedad manifiesta, que se considera una cuestión constitucional.

3.3 Se recibe la influencia de la la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de EEUU en el famoso caso "*Marbury vs. Madison*" (1803) cuando se afirmó que si una ley resulta contraría a la Constitución, o se encuentra en conflicto con la constitucional, al punto de tener que desestimar una u otra, era deber de ese cuerpo superior de justicia determinar el derecho aplicable, por ser una función esencial del poder de la jurisdicción. De este modo, sin crear ninguna justicia especializada, permitió a todos los jueces concretar en cada proceso la fiscalización de la supremacía de la norma fundamental. La característica común de ellos es que activan un control "a posteriori", a diferencia del control *a priori* o preventivo que permiten otros modelos.

La función del juez en este mecanismo depende de sus decisiones, porque puede ser prudente y precavido eludiendo el compromiso de interpretar la ley con argumentos posibles como la ausencia de petición expresa, las cuestiones políticas, o directamente aplicar la política de la autorrestricción. O, en su caso, propiciar el activismo responsable y tomar entre sus funciones esenciales el desarrollo de la interpretación constitucional.

Aquí poco se puede agregar, porque como advierte Peter Häberle, […]

> "Hay fases y sentencias particulares en las que un tribunal constitucional nacional o europeo interviene ampliamente en el espacio político (se hallan ejemplos tanto en los EE.UU. como en Alemania); hay fases en las que uno de ellos, por ejemplo el Tribunal Constitucional alemán, quizás también bajo la presión de la ciencia, se retracta algo (por ejemplo, respecto de la libertad de reunión) o debería hacerlo (por ejemplo, la relación de la libertad de opinión respecto de la protección del honor). Mucho hay que agradecer aquí al tacto y delicadeza, a la sensibilidad política del juez constitucional, pero también a las necesidades del bien común y a los postulados de la justicia (lo último, por ejemplo, justifica las grandes decisiones fiscales del Tribunal Constitucional alemán: porque el Parlamento ha fallado a lo largo de décadas)" ([134]).

3.4 Vincular esta forma de actuación con las sentencias pronunciadas, muestra actividades con origen diverso, en la medida que la petición de control se puede plantear en un proceso directamente por el interesado (control directo, o por vía de acción); o bien plantearse la inconstitucionalidad dentro de una instancia abierta cual si fuera una excepción o defensa; o bien introducir el problema constitucional como un deber del oficio, sin que las partes lo pidan, permitiendo una declaración de inaplicabilidad (efecto individual válido sólo entre partes litigantes), o de inconstitucionalidad (efecto erga omnes), esto es, aplicable a todos a quienes la norma va dirigida.

134 Häberle, Peter, *La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional*, en "Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)", por Konrad Hesse y Peter Häberle, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 3, Porrúa, México, 2005, ps. 145/6.

Ahora bien, el sistema difuso amplía las potestades de intervención e interpretación hacia todos los jueces, pero hay que tener mucho cuidado para entenderlo como "sistema americano", en la medida que Latinoamérica no tiene el esquema procesal de Estados Unidos.

Es cierto que en toda América priva la doctrina de la confianza en los jueces con lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes; pero en el "*common law*" se presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones del "*civil law*" que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos ha quedado bastante difuminada.

3.5 Ahora bien, si nuestra idea latinoamericana tiene origen o pretende asentarse sobre el modelo anglosajón, habrá que señalar que no es el sistema procesal dispuesto en nuestros códigos. Es cierto, Latinoamérica ha confundido el esquema y por tanto los serpenteos son recurrentes. Utilizó el espacio de la "confianza en los jueces" para sostener que el sistema americano era difuso, cuando en los hechos la práctica siguió a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que es uno de los modelos más claros de la obligación judicial de aplicar la ley sin poder interpretarla. Dicho en forma contundente: la misión del juez solo fue aplicar la ley, jamás interpretarla, sencillamente porque allí se desconfiaba de ellos.

Pero como no fue ésta la idea americana, mucho tiempo llevó darnos cuenta que el pretendido sistema, con insistencia preocupante, declinaba sus objetivos: confiamos en los jueces, sí; pero la herramienta (procedimiento) fue un obstáculo permanente para hacer realidad la

esperanza dispuesta para creer que la justicia sea un Poder, y no un simple ejercicio de administración.

De ahí la perplejidad que muestra con claridad que no existe un sistema americano, o al menos, latinoamericano.

3.6 En definitiva, el control difuso que se pretende acomodar a nuestra idiosincrasia es distinto al proceder de los jueces americanos. Primero porque tienen un sistema desigual; segundo, porque el respeto institucional sugiere una confianza diferente; luego, porque perviven conceptos que trasuntan ideologías del positivismo jurídico donde anidan concepciones jurídicas que se creen inmutables, operando como resabios de una concepción otrora dominante, hoy ausente de contenidos reales.

Con ello queremos anticipar que los requisitos comunes que se encuentran para requerir el control de constitucionalidad, o en su caso, para actuarlo de oficio, pueden ser absolutamente desiguales. Valga como ejemplo el valor del precedente, que en el *common law* es jurisprudencia vinculante; mientras que en el *civil law* heredado de Europa admite una revisión constante que actúa jerárquicamente hasta llegar al más alto tribunal de justicia, el que en definitiva, se convierte en el último bastión del control de constitucionalidad.

4. La obligatoriedad del precedente

4.1 En los modelos provenientes del derecho romano germánico (*civil law*), la ley es la fuente principal, y a falta de ella, los usos y costumbres. La jurisprudencia es un complemento junto a los principios generales.

En cambio, en el *common law* la fuente central es la actuación del derecho judicial, de modo que no hay derechos plenos en tanto no tengan ni cuenten con la interpretación realizada por los jueces.

La regla jurisprudencial unifica criterios y da seguridad jurídica, al conseguir previsibilidad y certeza. Otros sostienen que da armonía al sistema e iguala razones con derechos, lo que sería tanto como decir que

si todas las personas son iguales ante la ley, el juez debe dar la misma respuesta jurídica a todos los casos iguales, semejantes o análogos.

En algunas legislaciones la decisión del caso se convierte en *precedente* estableciendo un parámetro para casos futuros de entidad similar. Inclusive hubo leyes (hoy derogadas pero aplicables en su definición) que sustentan la idea de establecer con la jurisprudencia un método de creación de derecho estable, a cuyo fin, de la suma constante y reiterada de precedentes se forma la jurisprudencia ([135]).

> Conviene destacar que el sistema anglosajón del *common law* equipara la construcción del precedente con la *equity,* que supone recuperar el valor de lo justo y equitativo cuando el formalismo del *common law* resultaba insuficiente dar lugar a la comparecencia requerida mediante los *writes.* Es decir, que la formación de precedentes podía estar contradicha entre una y otra aplicación, pero dando preferencia a las decisiones en equidad. Criterio que fue controvertido por el juez Edward Coke quien sostuvo la supremacía del derecho sobre el poder real, aspecto sobre el cual algunos estudiosos han visto el origen de la excepción de inconstitucionalidad, o prevalencia del derecho material sobre el formal o, dicho de otra manera, para hacer prevalecer el *common law* como derecho elaborado por expertos, sobre las decisiones del monarca en desarrollo de la *equity*.

4.2 Entre el modelo de la jurisprudencia aislada que individualmente constituye el precedente (*stare decisis*) y la necesidad de tener un conjunto repetido y consistente de fallos en armonía para formar la obligatoriedad de la jurisprudencia, hay un territorio amplio de posibilidades semejantes.

En algunos casos se ha desarrollado una suerte de *tertium genus* que presenta aplicaciones de los dos modelos, llevando a creaciones intelectuales que ponen distancia entre aquellas según apliquen la teoría de la diferenciación o la formación de la *ratio decidendi*. Ello explica –dice la doctrina-, que a nivel constitucional exista un sistema de precedentes; sin embargo, en el restante ordenamiento jurídico

135 El Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala (arts. 621 y 627) dispone que para que se siente jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia debe emitir cinco fallos uniformes, no interrumpidos por otro en contrario

tradicional, no parece tan lógica la situación, pues el mismo conserva su estructura y primacía normativa en cuanto a sus casos particulares refiere, pues allí la normatividad continúa siendo casuística fruto de largos años de elaboración legislativa y recopilación de principios que datan aún del derecho romano ([136]).

4.3 Esta asimetría proveniente del origen donde la jurisprudencia se forma, espeja la situación proveniente del modelo francés de control de legalidad y el que tiene como objetivo el control de constitucionalidad, aunque entre valores diversos o divergentes, pueden encontrarse aspectos complementarios e integrados de la misma función ([137]).

Por su lado, los Tribunales Constitucionales se ocuparon de la interpretación constitucional provocando una fisura en el poder de interpretación judicial que aún persiste, pues a pesar de la potestad que mantiene la magistratura ordinaria para continuar siendo custodios de la Constitución, no está en las posibilidades del juez europeo la declaración de inconstitucionalidad.

Las cortes constitucionales son guardianes de la Carta Fundamental según el criterio tradicional, y tienen como función esencial, interpretar y desarrollar los conceptos jurídicos indeterminados (tutela judicial, retroactividad, igualdad, medio ambiente, etc.) que portan las Constituciones. De ello se irradia la importancia directa que tiene la

136 Gutiérrez Gómez, Giovanni Yair, *Sistemas jurídicos y corrientes que determinan el valor de las fuentes del derecho,* Revista de Derecho Privado n° 36, año 2010, Universidad del Externado, p. 35.

137 Así explica Michele Taruffo, quien agrega […]: "Como ha sido considerado recientemente, la Casación entiende la *nomofilaquia* más que como una actuación del ius litigatoris que del *ius costitutionis*, privilegiando precisamente las exigencias de justicia del caso concreto sobre aquellas de la uniforme interpretación de la ley. En esta dirección operan diversos factores concomitantes y conexos, que van desde la tendencia de las partes a buscar en la Casación una victoria no conseguida en los grados de mérito antes que la exacta interpretación de la ley, hasta la incapacidad de la misma Corte de dar a la propia función un ordinario desarrollo, privilegiando cuestiones de mayor importancia y elaborando <<políticas de la interpretación>> de las normas de significado muy dudoso. En sustancia, no pudiendo elaborar líneas interpretativas generales, coherentes y orgánicas, la Casación transforma su propio rol en el de un tercer juez de la justicia del caso concreto" (Taruffo, Michele, *El vértice ambiguo*. Ensayos sobre la Casación Civil, Biblioteca de Derecho Procesal nº 2, colección dirigida por Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Palestra, Lima, 2005, ps. 156/157).

actuación de los operadores judiciales para no solo conocer y aplicar la normativa constitucional, sino también las interpretaciones que la Corte hace de la Constitución. Así la doctrina y la jurisprudencia constitucional tiene importancia suprema y exclusiva ([138]).

4.4 América ha conservado el criterio de mantener en la jurisdicción pura (sedes judiciales) tanto el juicio ordinario como el constitucional, aunque en estos últimos, el peso de las sentencias de los Tribunales o Salas Constitucionales influye notoriamente en el seguimiento posterior.

En Argentina, como no existe un Tribunal Constitucional, el valor de la jurisprudencia radica en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por ello, si antes fue lógico esperar del legislador la creación normativa, y dejar sólo en él la potestad de alteración, cambio y, también, la misma interpretación, en la actualidad el protagonismo judicial trabaja sobre bases distintas a las recibidas.

4.5 El control de constitucionalidad en materia de normas fundamentales y derechos humanos; como la fiscalización del principio de legalidad, no admiten hoy distinciones ni sutilezas porque el esquema de fuentes ya no es sumiso a la voluntad del legislador ni al imperio de las normas; todo lo contrario, ellas serán legitimadas con el control de aplicación libre y sin condicionamientos que el juez pueda realizar en cada caso concreto.

Esto no se obstaculiza por la existencia de una interpretación vinculante. Vale decir, no se altera ni afecta la independencia judicial cuando ha sido un superior jerárquico el que ha desenvuelto una sentencia orientativa u obligatoria.

En ambas situaciones, es decir, tanto en la jurisdicción ordinaria como para la Constitucional, y aun entre ellas, es un precedente que

138 Bhrunis Lemarie, Roberto, *Jurisprudencia constitucional vinculante,* Cevallos, Quito, 2011, p. 41.

deberá aplicarse, teniendo en cuenta que la producción de fuentes puede llegar, inclusive, del derecho transnacional ([139]).

5. El *stare decisis* en el *Common law*

5.1 El brocárdico dice: "*stare decisis et queta non moveré*", cuya traducción aproximada sería: "aceptar lo decidido en el pasado y no alterar lo ya resuelto". Este es el concepto que sigue el *Common*

139 Dicha esta conclusión en el marco que vincula la independencia judicial con la influencia en ella de jurisprudencia vinculante; pues nos hemos pronunciado, antes de ahora, sobre lo pernicioso que significa el modelo en el sistema de control de constitucionalidad difuso que caracteriza nuestro país. Si obligamos a los jueces a respetar y seguir los fallos de los tribunales superiores estaríamos privando al mecanismo difuso de su "quintaesencia", porque ya no habría interpretación alguna; más bien, existiría un actividad mecánica de adecuación que nos parece impropia en la tarea jurisdiccional. Asimismo, el principio jurídico que postula el *iura novit curia*, según el cual el juez conoce del derecho y lo aplica sin necesidad de seguir las pretensiones de las partes, también quedaría sin respaldo suficiente, por cuanto tampoco el juez aplicaría el derecho que "le corresponde a su saber y entender", sino el que otros le indican debe utilizar. Si aquel estuviese errado, o su interpretación fuese fugitiva del ordenamiento jurídico, las instancias de apelación solucionarían el equívoco o la arbitrariedad, dando una vez más seguridad e igualdad al sistema. El proceso mismo en su sistemática de llevar garantía a los justiciables, se enfrentaría con un sustancial perjuicio en los derechos que son actuales y presentes, al tener que aplicar situaciones distintas con sus soluciones. La misma norma considerada en abstracto, tendría idéntica aplicación aun cuando los casos no fuesen absolutamente idénticos. Y bien sabemos que en cuestiones de derecho, cada problema es un mundillo de alternas posibilidades de pacificación.
Un nuevo interrogante: ¿no estaría el juez que aplica el precedente dando efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente?
En la pirámide ideal que kelsen imaginara, las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales. Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta. De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se lo extiende incausadamente. La cosa juzgada, con sus efectos y alcances no puede alcanzar a terceros que no fueron parte en los hechos, de manera que resolver extensivo a ellos la situación de derecho creada para otro caso, violenta y sacrifica esta forma de dar seguridad y justicia. De todos modos, el problema de la uniformidad de la jurisprudencia, que es en definitiva el problema a resolver y que inspira la sistemática del "precedente obligatorio", no se resuelve –entendemos- prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso los autoriza; en todo caso será hora de abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos tribunales de casación e interpretación constitucional (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas Procesales,* Segunda Parte, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 341 y ss.).

law, en la inteligencia que lo resuelto en casos similares no se puede distorsionar con decisiones contrarias o diferentes.

> Goodhart llama "la doctrina del precedente individual obligatorio"([140]). Según la visión tradicional inglesa, la obligación de seguirlo existe "ya sea que [el precedente] haya sido dictado el año anterior o hace un siglo, e incluso si la regla que establece ahora parece inapropiada en razón de circunstancias sociales cambiantes o por algún otro motivo".

Cappelletti admitió la influencia del precedente en ambos sistemas (*civil law* y *common law*), pero estableció una diferencia de grado que estaba en la estructura más diluida de los tribunales, la inundación de decisiones irrelevantes tapando las pocas significativas, el personal judicial más anónimo y orientado a la rutina: todas estas características [de los sistemas del *civil law*] conducen a su entender, a tornar esa *auctoritas* menos pronunciada, menos visible, y menos dramática que la autoridad de los precedentes en las áreas donde prevalece la tradición del *common law*([141]).

Lo cierto es que la doctrina del precedente no tuvo una cálida recepción en los sistemas de enjuiciamiento que, habiendo copiado el modelo constitucional americano, no se atrevieron a aplicar la obligación de seguir el fallo de un tribunal superior.

Inclusive, Estados Unidos adoptó recién en 1958 la idea inglesa. Y lo hizo en circunstancias comprometidas por el desconocimiento que hicieron los políticos a la fuerza coercitiva del poder jurisdiccional ([142]).

---

140 "[*T]he doctrine of the individual binding precedent*". Goodhart, Arthur L., "*Precedent in English and Continental Law*", 50 Law Quarterly Review 40, 41 (1934). Este artículo, de quien fuera el antecesor de Hart y Dworkin en la cátedra de *Jurisprudence de Oxford*, es tratado por toda la doctrina calificada como una fuente de gran autoridad. Cita de Legarre, Santiago – Rivera, Julio C. (h.), *Naturaleza y dimensiones del stare decisis,* Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N°1, Santiago, 2006, ps. 109 – 124.

141 Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989, ps. 51-52; cfr. Legarre, Santiago – Rivera, Julio C. (h.), *Naturaleza y dimensiones del stare decisis,* cit., p. 116.

142 En *Cooper vs. Aaron* la Corte Suprema Justicia americana sostuvo que no se podía permitir a un Gobernador y la Legislatura estatal que dejaran de cumplir las órdenes de la corte federal, toda vez que ellas descansan en la interpretación de la Constitución de Estados Unidos realizada en el caso *Brown contra la Junta de Educación* (347 EE.UU. 483, p. 4). Por ello se rechazó el argumento de mantener la suspensión del

> Cross y Harring han sostenido que, lo que distingue a la doctrina inglesa del precedente es su "fuerte naturaleza coercitiva". En el *common law*, bajo ciertas condiciones, el precedente obliga; en el *civil law*, la jurisprudencia tiene poder persuasivo pero, en general, no es reconocida como fuente de derecho, es decir como generadora de obligación jurídica ([143]).

5.2 La doctrina del *stare decisis* no es muy clara en cuanto a la dimensión que abarca. A veces basta con el precedente creado sin importar el tiempo y/o las circunstancias. Si hay similitud fáctica, el seguimiento es aplicable. Otras veces, la obligatoriedad es jerárquica y se aplica únicamente cuando la decisión proviene del máximo órgano jurisdiccional; calidad que tiene un escalón inferior cuando se interpreta que la sentencia ha de estar resuelta por un órgano de superior jerarquía dentro de la competencia donde el conflicto se origina.

Explican claramente Legarre y Rivera (h.) que […]

> En el sistema inglés, el *stare decisis* horizontal es predicable respecto de las cámaras de apelaciones, que están obligadas por sus propios precedentes. Hasta 1966 también la *House of Lords* estaba absolutamente obligada por sus precedentes, pero a partir de ese año la práctica sufrió una cierta atenuación. En su famoso "*practice statement*" [declaración de práctica] el máximo tribunal inglés estableció que el principio general seguiría siendo la obligatoriedad horizontal; sin embargo, para evitar que una adhesión demasiado rígida al precedente pudiera conducir a injusticias o restringir indebidamente el desarrollo del derecho, la *House of Lords* reconoció el poder de apartarse de una decisión previa cuando ello fuera juzgado correcto. El "*practice statement*" fue anunciado el 26 de julio de 1966 y dice así:

---

plan de Little Rock del Consejo Escolar de acabar con las escuelas públicas segregadas en Little Rock hasta que las leyes estatales y los esfuerzos para perturbar y anular su participación en el caso Brown han sido impugnados y probado en más tribunales. La política del fallo fue comenzar un tiempo nuevo, no solo para resolver un problema de segregación racial, sino para conseguir la obediencia y sumisión de los tribunales a los fallos de la Corte.

143 Cross, Rupert - Harris, Jim W., *Precedent in English Law*, cuarta edición, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 11; cfr. cfr. Legarre, Santiago – Rivera, Julio C. (h.), *Naturaleza y dimensiones del stare decisis,* cit., p. 116.

> "*Los Lores consideran el uso del precedente como un fundamento indispensable sobre el cual decidir qué es el derecho y su aplicación a los casos individuales. Otorga al menos algún grado de certeza en el cual se pueden apoyar los individuos en la administración de sus asuntos, así como una base para el desarrollo ordenado de reglas jurídicas. Los Lores reconocen, sin embargo, que una adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y también a restringir indebidamente el apropiado desarrollo del derecho. Por ello proponen modificar su presente práctica y, aunque seguirán tratando decisiones pasadas de esta House como normalmente obligatorias, [proponen] apartarse de una decisión previa cuando ello parezca correcto. En conexión con esto tendrán presente el peligro de perturbar retroactivamente la base que sirvió como fundamento para contratos y arreglos de propiedad y fiscales, y también la especial necesidad de certeza en el derecho criminal. Este anuncio no está concebido para afectar el uso del precedente en otros tribunales distintos de esta House*" ([144]).

5.3 Julio Cueto Rua, quizás el más importante de los estudiosos argentinos del sistema judicial americano, recordaba en su famoso libro ([145]) que […] decidir cuándo un caso es similar a otros era una tarea compleja.

> "Requiere flexibilidad y una cierta precisión mínima por parte de quienes intervienen en el proceso de estudio y aplicación de los precedentes judiciales para resolver el caso pendiente de resolución. Como bien se sabe, no existen casos y precedentes iguales. Sólo se los encuentra parecidos, más o menos parecidos. El principio del "*stare decisis*" exige decidir el caso sujeto a su estudio y decisión, siguiendo casos similares decididos en el pasado. Pero tanto el juez como los abogados de las partes siempre se encuentran con casos que exhiben diversos grados de similitud. Algunos son muy parecidos y otros lo son en menor grado. Pero el principio del "*stare decisis*" debe ser seguido por los jueces y los abogados aunque los precedentes sentados en el pasado exhiban diversos grados de similitud" ([146]).

Sin embargo, el "*stare decisis*" no necesariamente implica el deber de seguir el más parecido de los precedentes. Cumple con su deber el juez

144 Ob. cit., p. 119.
145 Cueto Rua, Julio César, *Common law,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997 (4ª edición).
146 Cueto Rua, ob. cit., p. 123.

si sigue un precedente parecido aunque no sea exacto. Esta flexibilidad introduce un cierto grado de incertidumbre y puede abrir expectativas inesperadas en los litigantes. Ello ha llevado a algunos jueces y abogados a incorporar un nuevo factor en el proceso de decisión del caso.

Así, el precedente sentado en el pasado sólo se debería aplicar si está de acuerdo con "el *espíritu de los tiempos*" y ha sido seguido en sentencias posteriores como la expresión del Derecho vigente. El juez del *Common Law* está dotado de la facultad de omitir la aplicación de la sentencia precedente en punto (*in point*) y recurrir a la analogía para aplicar otras sentencias precedentes dictadas en casos aunque ofrezcan menor similitud.

Sin embargo, dicha flexibilidad interpretativa no significa que el juez del *Common Law* goza de una irrestricta facultad para decidir el caso según su criterio subjetivo. El significado del "*stare decisis*" es más modesto: el juez puede prescindir de analogías más cercanas y aun apelar al empleo de ficciones para escapar del precedente y ocurrir en su lugar a otros casos cuya similitud resulta de pensar el caso pendiente de resolución "como si" fuera parecido a otras analogías más cercanas ([147]).

5.4 Lo que sucede en el *Common Law* que no es igual en el derecho judicial continental es la diferencia en el concepto de autoridad. El peso no es tanto de la jurisprudencia como sí de la jurisdicción. Pensar en apartarse de un equivalente fáctico parece tanto como negar la autoridad de quien juzgó un caso igual. No se puede admitir que el sistema se debilite, porque la consistencia del precedente sirve y crea seguridad jurídica, confianza y certidumbre.

> No todos comparten este pensamiento. Para Llewelyn, la normatividad de las sentencias precedentes se funda en la facticidad de las prácticas sociales y en la realidad de ciertas valoraciones sociales. Para Roscoe Pound el "*stare decisis*" […] es un arte tradicional en el modo de dictar sentencias. Puede decirse, sin embargo, que en el *Common Law*, especialmente en su versión norteamericana, prevalece una concepción doctrinaria según la cual el "*stare decisis*" es considerado como una norma jurídica cuyo sentido axiológico se encuentra en

147 Cueto Rua, ob. cit., p. 124.

> los valores orden, seguridad, paz y justicia, conforme a la cual los jueces de una jurisdicción determinada se encuentran obligados a resolver los casos pendientes de sentencia, mediante la aplicación de las normas generales que pueden ser extraídas de las sentencias dictadas en el pasado por jueces de la misma jurisdicción, de la misma o superior jerarquía en casos análogos. Este es el principio general, presente en la gran mayoría de los casos que llegan a los tribunales norteamericanos e ingleses para su resolución. Sin embargo, ciertos factores pueden limitar el alcance de la doctrina del "*stare decisis*". Así, por ejemplo, no deben seguirse los precedentes que traducen una grosera injusticia o son irracionales, ni cuándo se ha producido una alteración sustancial en la situación social de tal naturaleza que, a su luz, las sentencias precedentes hayan perdido sentido como expresión de justicia, transformándose en un factor de iniquidad y atentatorio contra el bienestar social ([148]).

Lo increíble del contrapuesto es que Justiniano, el máximo jurista romano, sostuvo lo contrario muchos siglos antes, cuando desprendía del *Digesto* que […]: "Ningún juez o árbitro debe considerarse ligado por opiniones jurídicas que considere erróneas: menos aún por decisiones de prefectos letrados u otros jueces. Las decisiones deben basarse en la ley, no en precedentes. Esta regla es válida aún si las opiniones son de los más prestigiosos prefectos o de los más altos jueces".

5.5 La diferencia de entendimiento contrae un concierto de posibilidades acerca de cómo analizar los hechos. Mientras el sistema del *civil law* observa caso por caso; el *common law* realiza un proceso de interpretación donde clasifica los hechos por su relevancia y consecuencia.

> Nos recuerda Arthur Goodhart que no existen normas ni procedimientos que permitan definir la relevancia o irrelevancia de los hechos de un caso contencioso. Reconoce que el primer paso, y el más importante por cierto, en la explicitación del "principio" o la norma general involucrados en un caso, lo constituye la determinación de los hechos relevantes del caso, en base a los cuales

148 Cueto Rúa, Julio César, *El common law, su estructura normativa, su enseñanza*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1956, p. 19.

el juez funda su sentencia. Ahora bien: ¿existen reglas que ayuden a tal determinación? La respuesta de Goodhart fue negativa. No existen reglas que suministren invariablemente el mismo resultado, pero existen algunas guías que pueden resultar de valor. Tales guías, sintéticamente expuestas por Cueto Rua, son las siguientes:

Primero: Si no existe voto o si el voto no hace un detalle de los hechos del caso, entonces debe presumirse que todos los hechos que constan en el expediente son relevantes, excepto aquellos que en sí mismos no lo son. Así, los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y monto son presumiblemente irrelevantes, a menos que se los declare relevantes por el juez.

Segundo: Si existe un voto que se refiere a los hechos del caso, lo primero que se debe notar es que no se puede ir más allá del voto para probar que los hechos del caso aparecen de manera distinta en el expediente. La manifestación del juez sobre los hechos obliga, aún en el supuesto de que sea patente que se ha equivocado, desde que él ha basado su sentencia en los hechos tal cual él los ha visto, quizá erradamente. Es frecuente comprobar que hechos cuya existencia resulta del expediente, no aparecen mencionados en el voto. De esta omisión hay dos explicaciones posibles: *a)* el hecho fue considerado irrelevante por el juez; *b)* el hecho no fue considerado por el juez, ya sea porque no fue especialmente sometido a su consideración por las partes o alguna de ellas, ya sea por otro motivo cualquiera. Tanto en una como en otra hipótesis, el hecho no puede ser considerado relevante.

Tercero: Una vez que se han determinado los hechos del caso, tal cual vistos o declarados por el juez, corresponde determinar cuáles son relevantes y cuáles irrelevantes. Esta es la parte más dificultosa, desde que el juez pudo haber omitido tal calificación. Es muy común que los jueces incluyan en su voto hechos que no son relevantes con respecto a la sentencia dictada, dejando así que generaciones futuras determinen si esos hechos integran o no la norma o principio involucrados en la sentencia precedente. Para llevar a cabo la calificación de hechos en relevantes e irrelevantes, las siguientes guías pueden tenerse en cuenta: *a)* los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y monto presumiblemente carecen de relevancia. Esto es aún más cierto que en el caso en que la sentencia fue dictada sin voto o considerandos porque cuando se escriben considerandos debe esperarse que el juez califique expresamente de relevante un hecho relativo a las

personas, los lugares, el tiempo etcétera, si tal ha sido su convicción; *b)* todos los hechos que el juez califica expresamente de irrelevantes deben ser considerados tales; *c)* todos los hechos que el tribunal considera implícitamente como irrelevantes deben ser considerados tales. La dificultad en estos casos consiste en determinar si el juez ha considerado o no el hecho como irrelevante. La prueba de esta implicación se encuentra cuando el juez, luego de haber descripto los hechos del caso en general, procede a elegir un número menor de ellos para fundar sobre ellos su sentencia. Los hechos omitidos fueron presumiblemente considerados irrelevantes. La extensión lógica de la norma general a explicitarse de la sentencia precedente dependerá tanto de la inclusión de hechos como relevantes, cuanto de la exclusión de hechos por considerárselos irrelevantes. En esta tarea de calificación, las palabras de los jueces en sus votos adquieren valor, pues ellas suministrarán una guía adecuada para determinar cuáles hechos son relevantes y cuáles no. El razonamiento del juez puede ser incorrecto o la norma general expuesta demasiado general, pero sin embargo, conservan valor en tanto permiten inferir el criterio del juez sobre la relevancia o irrelevancia de ciertos hechos.

Cuarto: Todos los hechos específicamente calificados como relevantes por el juez, deben ser considerados relevantes.

Quinto: Si el voto no distingue entre hechos relevantes y hechos irrelevantes, entonces todos los hechos mencionados en el voto deben ser considerados relevantes, excepto aquellos que en sí son irrelevantes. Existe una presunción contra los "principios" amplios del Derecho, y cuanto menor sea el número de hechos relevantes más amplio será el principio o más amplia la extensión lógica de la norma que se explicita del precedente.

Sexto: Si existen varios votos, concurrentes en cuanto al resultado, pero discordantes en cuanto a la calificación de los hechos del caso, todos los hechos considerados relevantes en forma independiente por cada juez, deben ser considerados relevantes ([149]).

5.6 El modelo del precedente obligatorio tiene cuestionamientos con la razonabilidad. Principio de proporciones importantes en los países de tradición romanista, porque el dilema se proyecta con el valor

149 Goodhart, Arthur L., *Determining the ratio decidendi of a case*, Yale Law Journal, t. 40, p. 165.

del antecedente, que pasa a convertirse en una fuente de recurrencia ineludible y, obviamente en una fuente de derecho, cuando no en el derecho mismo de creación judicial.

Si es así ¿cuál es el precedente que debe tomarse? ¿El que resuelve el caso? ¿O la sentencia de derecho que queda firme y consentida? La diferencia no es baladí, porqué una cosa es dar solución a la controversia y definirla en sus aspectos más relevantes; y otra, decidirla con el derecho aplicable que el órgano de cierre pronuncie al dictar la sentencia definitiva. Inclusive, puede ocurrir (como en Estados Unidos) que la Corte Federal solo se pronuncie sobre cuestiones federales, relegando las fácticas.

En consecuencia, del planteo se deriva otra polémica, que consiste en determinar qué es lo que tiene alcance normativo, obligatorio o vinculante. Así es necesario diferenciar entre la "*ratio decidendi*" y el "*obiter dicta*", o sea los principios u opiniones vertidos en el proceso de decidir, pero que no constituyen la decisión misma, y que, por ende, no tienen el referido alcance. De allí la preocupación por los hechos del caso, por las circunstancias. Como es prácticamente imposible que todos los casos sean, desde un punto de vista fáctico, idénticos, los esfuerzos interpretativos trabajan por la vía del paralelo, de la analogía, de las compensaciones. "*Non est simile*" es oído con frecuencia, de labios de litigantes y juzgadores, por igual ([150]).

> La Corte Constitucional de Colombia define el problema al afirmar que […]: "Un precedente supone la existencia de una regla específica sobre el contenido y alcance de la disposición constitucional concretamente aplicable al caso. El precedente está constituido así por aquellos aportes específicos y concretos de las sentencias de tutela o de constitucionalidad, que tienen relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva de la decisión. En suma, siguiendo los criterios jurisprudenciales mencionados, la *ratio decidendi* o el precedente de una decisión, suele responder al problema jurídico que se plantea

150 La determinación de la "*ratio decidendi*" debe hacerse teniendo en cuenta los hechos que el juzgador ha entendido son materiales respecto de su decisión, así como la decisión misma, basada en tales hechos (cfr.: Price, J. P. *The English Legal System*, ps. 103, 104, M. & Handbooks, 1979. El "*obiter dictum*", a su vez, no es necesario para decidir el caso, pues pudo prescindirse de él.

> en el caso específico y debe poder ser formulada como una regla jurisprudencial –o subregla- que fija el contenido constitucionalmente protegido de la norma constitucional aplicable a dicho caso concreto" ([151]).

5.7 El *stare decisis* no es inconmovible, pero debemos ver bien quién o quiénes pueden cambiar el rumbo de lo dispuesto con anterioridad.

La primera excepción llega de la mano de lo razonable. Aquello que puede tornar la solución en una decisión injusta o irracional, permite dejar de lado el precedente. También cuando la realidad que se maneja es diferente a la del tiempo cuando se dio el precedente.

Otra limitación sucede cuanto el fallo que se quiere aplicar contraviene una regla actual de derecho.

> Louis D. Brandeis afirmó en 1924, "stare decisis es, de ordinario, una sabia regla de acción. Pero no es un mandamiento universal o inexorable. Las instancias en las que los tribunales han dejado de lado sus admoniciones son muchas"([152]).

6. La doctrina vinculante del precedente en el *Civil Law*

6.1 El derecho continental europeo no fue atrapado por el esquema predispuesto con antecedentes; prefirió, en su lugar, despojar al juez de preconceptos y darle libertad de interpretación. Pero ¿es esto cierto? ¿Acaso no es una respuesta válida para ciertas jurisdicciones? ¿Ocurre lo mismo en materia constitucional?

Con el paso del tiempo el fenómeno de la jurisprudencia fue creciendo y tornándose más influyente. En supuestos de mínima se habla de un valor moral, de tipo persuasivo; de máxima, en cambio, es una fuente normativa y de alcances generales.

La ondulación del significado depende, muchas veces, de la independencia que cuenta el juez para resolver sin condicionamientos.

151 Corte Constitucional de Colombia, auto n° 208 (2006).
152 En: "*State of Washington vs. W.C. Dawson & Co*.", 264 US 219.238 (1924).

No hablamos de la imparcialidad ni la independencia, propiamente dicha, sino de la sumisión al peso de la jurisprudencia.

Para Charloni […]

> "La autoridad o la eficacia de un precedente, por ser precedente, no consiste, no puede lógicamente consistir en que el juez sucesivo esté persuadido que el juez anterior ha resuelto correctamente un caso análogo a aquél que él ahora debe resolver. La autoridad o eficacia de un precedente, en cuanto tal, tiene algo de autónomo y hasta cierto punto contrasta con los resultados de un proceso interpretativo de las normas involucradas. Todas las veces en que el juez, por estar convencido de sus autónomas valoraciones, por estar convencido de los argumentos de un abogado, por estar convencido por la lectura de una obra doctrinaria o, finalmente, por estar convencido por la lectura de la motivación de sentencia (a pesar de ser expedida en otro ordenamiento perteneciente a la misma tradición cultural) resuelve el supuesto de hecho objeto del juicio de manera idéntica a como ha sido precedentemente resuelto por otro juez, no subsiste ninguna operatividad del precedente. La última hipótesis es distinguible de las primeras tres. No se puede individualizar la autoridad del precedente según el destino de las consideraciones colocadas en mi resolución, es decir, en función de aquello que ha alcanzado a convencerme de la bondad de una solución determinada" ([153]).

6.2 La autoridad del precedente se une a la eficacia proyectiva del resultado obtenido. Queremos decir así que, una decisión tomada en el pasado sólo merece conservarse cuando sus resultados actuales siguen siendo justos y jurídicamente correctos.

Si el sistema latinoamericano decidió no seguir el *stare decisis* habrá que ver, entonces, por qué una sentencia constitucional es obligatoria, desde que el efecto es similar, o al menos, iguala la fuerza de convicción que profiere.

En este aspecto los modelos son amplísimos, están quienes obligan a seguir las decisiones del más alto órgano de la jurisdicción; como los que prefieren acatar la jurisprudencia consolidada y no el respeto

153 Charloni, Sergio, *La autoridad del precedente jurisprudencial,* La Ley, 2010-F, 799.

del precedente aislado (individual). Ello sin ocultar las distinciones que se otorgan al valor *erga omnes* de algunas sentencias que, por su implicancia, producen un valor normativo muy cercano a la sentencia que legisla.

> Charloni aclara que […] cuando se dice que en los ordenamientos continentales el precedente tiene una eficacia "*meramente persuasiva*", se quiere señalar una diversidad respecto al "*vínculo*" de los precedentes anglosajones. Se tiene en mente solamente la alta probabilidad de que jueces formalmente libres respecto al precedente se uniformicen. La peculiar eficacia del precedente está precisamente en la circunstancia de que su mero existir hace preferir la solución en él adoptada respecto de aquélla que el juez sucesivo habría autónomamente tomado, porque es considerada más correcta y, por tanto, mejor (y además, más "persuasiva" o convincente) respecto de las otras ideadas y tal vez ya presentes en el supermercado de las posibles respuestas a los concretos problemas jurídicos, donde está comprendida la respuesta hecha propia por la anterior jurisprudencia ([154]).

6.3 El *civil law* que referimos al comienzo, debe quedar emplazado como sistema para la teoría de la sentencia constitucional. Pero al mismo tiempo es distante de cuanto se quiere sostener en esta presentación.

En efecto, un juez europeo o americano, que resuelve un caso concreto sometido a su consideración, se puede orientar con precedentes de casos similares, sin que ello afecte la convicción que debe colegir para dicho caso juzgado. La obligación de motivar los hechos y fundamentar el derecho, lo obligan a cierta ética profesional que impida en la negativa considerar que viola una garantía del debido proceso.

Dicho precedente en realidad es una fuente, no lo constriñe más que a observar el discurso aplicado en dichas circunstancias. La doctrina legal es más importante que el fallo en sí mismo.

> Este primer resultado no es poca cosa. Es subversivo de los tradicionales cánones del positivismo, dado que entre estos cánones va comprendido

154 Charloni, *La autoridad del precedente jurisprudencial*, cit., p. 803.

> el principio por el cual el ordenamiento jurídico es un sistema cerrado de reglas, donde la actividad interpretativa y dirigida a individualizar la correcta solución de una duda realizada por el juez debe atenerse a las soluciones por él individualizas como correctas. Pero sobre todo este primer resultado dice una cosa muy interesante en orden al contexto de justificación de una resolución jurisdiccional. Nos sugiere que un juez puede muy bien argumentar en su motivación la solución para él óptima de un caso, que contrasta con el precedente, y luego concluir por el respeto de este último ([155]).

6.4 Si miramos cómo funciona el sistema constitucional Latinoamericano, veremos que no es posible dar iguales razones al peso de la jurisprudencia, precisamente porque el control de constitucionalidad persigue afianzar la justicia y crear certidumbre hacia el futuro. Esto se puede conseguir con jurisprudencia, es cierto, pero no como orientación sino como fuente insoslayable, cual si fuera un deber jurídico de acatamiento.

Claro está que en los modelos de control difuso la jurisprudencia constitucional está diluida al tener que resolverse caso por caso, donde antes que situaciones de inconstitucionalidad, se encontrarán inaplicabilidades de leyes o actos lesivos de derechos y/o garantías fundamentales.

Sagüés, en este sentido, sostiene que […]:

> "Históricamente ha sido la propia Corte la que algunas veces ha dicho que sus fallos cuentan con "valor moral", o que los jueces tienen el "deber moral" de aplicar la doctrina judicial por ella fijada. La expresión "valor moral" o "deber moral" es algo engañosa y poco clara. Si se parte del supuesto que derecho y moral son dos conceptos distintos, aunque con frecuencia conectados, un "deber moral" no implica necesariamente un "deber jurídico", salvo que el derecho lo adoptase (por ejemplo, los deberes de asistencia familiar, de padres a hijos y viceversa) […]. Pero en el caso de la cotización de la doctrina judicial de la Corte, ¿debido a que ella empleó la expresión "deber moral" o "valor moral", en lugar de, directamente, hablar de "deber jurídico"? Veamos tres posibles respuestas:

155 Charloni, *La autoridad del precedente jurisprudencial,* cit., p. 805.

(i) Que los jueces tienen que moralmente seguir su doctrina, pero sin que ello significase en sentido estricto un deber jurídico exigible (de hecho, operaría como un consejo o invitación). Esta tesis parte de la distinción entre derecho y moral; y además, considera que si la Corte hubiese querido decir "deber jurídico", lo habría dicho francamente, sin recurrir a expresiones sibilinas.

(ii) Que el deber moral significaba, en resumen, un deber jurídico, pero algo atenuado (menos exigente, pero ¿cuánto?). Esta conclusión puede fundarse en que, en el lenguaje coloquial, los deberes "morales" imperantes también demandan obediencia y cumplimiento, y que hay sanciones si se los infringe, algunas de ellas con ciertas repercusiones jurídicas.

(iii) Que el deber moral importa también deber jurídico. Aquí se puede sostener que como la Corte no es una academia de ciencias morales, ni hace a su oficio pronunciar homilías o sermones, cuando dice de manera terminante que existe un "deber moral" para los jueces inferiores, es porque ellos deben –en derecho- acatarlo. Si ese deber moral no engendrara obligaciones jurídicas, carecería de sentido que el Tribunal lo hubiese enunciado enfáticamente ([156]).

6.5 Todo lo dicho es válido en la teoría de la interpretación y el esquema dispuesto para la eficacia vinculante de los fallos judiciales en las relaciones jurídicas entre particulares. Es justamente lo que regula el *civil law,* pero no es posible extender más allá estas respuestas, desde que la sentencia constitucional tiene un rasgo esencial que la caracteriza, que no es otro que la vinculatoriedad de las decisiones de los tribunales constitucionales.

La vinculatoriedad deriva del efecto vinculante de las normas aplicadas en conjunción con el derecho procesal que atribuye a los tribunales una función de control autoritativo de respetar el orden jurídico. Si las decisiones de los tribunales no fuesen vinculantes, las leyes carecerían de aplicación práctica, pues son los órganos jurisdiccionales los encargados de aplicar las leyes como normas vinculantes. Las leyes

156 Sagüés, Néstor Pedro, *La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema*, La Ley, 2008-E, 837.

> se convertirían en "soft law" y los fallos de los tribunales en informes si no tuviesen el carácter vinculante ([157]).

6.6 El control difuso también se aplica en modelos intermedios, y pese a cuanto se explicó anteriormente, el resultado no se puede espejar. La primera asimetría se da con el *stare decisis* propio del *common law,* respecto del valor del precedente en un modelo de *civil law,* que ya hemos referido. Lo siguiente escala en la establecer el criterio de jurisprudencia, en el sentido de clarificar si basta la congruencia con los hechos para confrontar la obligatoriedad de seguimiento, o en su caso, si depende de la repetición de un criterio jurídico que, para mantenerlo estable, se reitera cada vez que se suscita un caso similar. Tema del que hablaremos enseguida.

Donde queremos asentar ahora la dificultad de intelección es cuando se admite el control difuso en regímenes de control compartimentado.

6.7 La idea del precedente es caracterizar en sus aspectos más importantes el derecho que se aplica, de modo que se genere un marco de certidumbre y previsibilidad para casos similares que se den en el futuro.

Algunos sostienen que es la mejor manera de contrarrestar el exceso discrecional o el abuso de la interpretación descontrolada, que produce un sistema de derechos sin descripciones previas.

En estos casos el peso de la doctrina es manifiesto y como ha dicho Pegoraro […]

> Junto al tradicional estilo de las sentencias, la apertura no sólo a la doctrina interna, sino también a la extranjera se atribuye a fenómenos objetivos (como la globalización del Derecho) y a hechos subjetivos, vinculados a que los jueces de hoy viajan más y realizan estancias en el extranjero en prestigiosas Universidades, de donde regresan trayendo orientaciones y actitudes legales/culturales de gran importancia. Independientemente de las citas textuales, el formante doctrinal tiene, sin embargo, influencia sobre el jurisprudencial. En las diversas

157 Hartwig, Matthias, *La vinculatoriedad de las sentencias constitucionales,* Jurisdicción constitucional en el Siglo XXI, Costa Rica, 2012 (ponencia).

> facultades de derecho del mundo en las cuales se forman los jueces (no solo los nacionales, sino también los internacionales) se encuentran a menudo orientaciones doctrinales contrarias. La cultura jurídica del juez, en otras palabras, puede variar de acuerdo al lugar en el que ha recibido su formación, y también en el caso del derecho comparado, en relación con el lugar en el que el juez ha realizado estudios de especialización ([158]).

El precedente vinculante que proviene del Tribunal Constitucional se diferencia y toma distancia del antecedente que surte la jurisprudencia ordinaria o administrativa. En el caso primero se trata de forjar un criterio a seguir aportando para ello un concepto normativo que obliga como nuevo sistema de fuentes. En cambio la jurisprudencia iguala hechos con una solución normativa. Ésta podrá ser obligatoria si el ordenamiento jurídico lo permite y reglamenta.

6.8 En *México*, la reforma constitucional del artículo 1° de la Constitución Política estableció un nuevo sistema de control, en el que jueces y magistrados no pueden invalidar la norma inconstitucional o expulsarla del sistema jurídico pero si pueden no aplicarla, lo que de alguna manera constituye un control difuso por inaplicabilidad de la norma detectada inconstitucional ([159]).

Recientemente se renovó el criterio jurisprudencial en el que se reconoce que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que México es parte tienen la misma jerarquía que la Constitución, pero si ésta restringe alguno de esos derechos deberá prevalecer el último límite.

---

158 Pegoraro, Lucio, *Los jueces y los profesores: La influencia de la doctrina sobre las decisiones de los Tribunales y Cortes Constitucionales*, en Libro de Ponencias y Comunicaciones del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (17 al 19 de septiembre de 2013, San Miguel de Tucumán, Argentina), p. 627.

159 El control constitucional mexicano es parcialmente de carácter difuso, pues a través del juicio de amparo son diversos los órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo la decisión de conflictos sobre la constitucionalidad de algún acto de autoridad; aunque también es parcialmente concentrado, en cuanto corresponde únicamente al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el conocimiento de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad (Xochitl Garmendia Cedillo, *Control difuso y control de convencionalidad,* Cámara de Diputados de los Estados Unidos de México, 2011, p. 43).

El artículo 1° constitucional en este aspecto dice que […] "*todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte*".

El mismo numeral prescribe en su segundo párrafo que […] "*las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*".

El tema del control difuso se ocasiona porque la interpretación tolera que sean "todos los jueces" quienes determinen el sentido de la protección a dar, pudiendo así tener una contradicción entre los derechos humanos provenientes de los tratados que rebatieran a la Constitución mexicana.

En el modelo mexicano el control se comparte, pero la decisión superior obliga a los demás jueces. El aditamento está en cuanto reportan los tratados internacionales sobre Derecho Humano, que implica un control de convencionalidad a realizar por los jueces nacionales. Control que se puede ejercer de oficio y como labor de confrontación entre el Derecho interno con los diversos tratados, aplicando el que otorgue mayores beneficios a la persona.

La particularidad está en que la sentencia de unificación solo puede llegar de la Suprema Corte de Justicia.

> Dice Ferrer Mac Gregor que […] "la *obligatoriedad* en nuestro país de este nuevo *control difuso de convencionalidad* se debe: (i) a las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano (2009-2010) donde expresamente refieren a este "deber" por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo; (ii) a lo dispuesto en los artículos 1º (obligación de respetar los derechos), 2º (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (normas de interpretación más favorables) de la CADH, vigente en nuestro país desde el 24 de marzo de 1981. (iii) A lo dispuesto en los artículos 26 (*Pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980; (iv) a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, vigente desde el 11 de junio de 2011,

> particularmente a los nuevos contenidos normativos previsto en el artículo 1º constitucional, y (v) a la aceptación "expresa" de este tipo de "control" por la Suprema Corte de justicia de la Nación, como parte importante del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Radilla Pacheco*, al conocer del expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011; lo cual implicó, entre otras cuestiones, aceptar también el "control difuso de constitucionalidad", al realizar una nueva interpretación del artículo 133 constitucional a la luz del vigente artículo 1º del mismo texto fundamental" ([160]).

6.9 En *Colombia*, donde la rama judicial tiene una jurisdicción constitucional especializada, el control difuso tiene particularidades muy propias.

La Constitución prevalece en el ordenamiento jurídico, de modo tal que el sistema de control de constitucionalidad es calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.

En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son *inter partes*, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

160 Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Revista Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 2, Santiago (Chile) 2011, ps. 531 – 622.

Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no ([161]).

6.10 En *Venezuela* el control de constitucionalidad también trabaja en simultáneo. Todos los jueces deben preservar la supremacía y estricta observancia de las disposiciones constitucionales respecto de las legales que pudieran amenazar el texto constitucional. No hay discriminación de competencias, posibilitando que cualquier jurisdicción, en el ámbito de sus funciones, tenga el deber de velar por la integridad de la Carta Magna.

El sistema se ejercita de dos maneras a tenor de lo previsto en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, bien a través del denominado control concentrado o por medio del llamado control difuso, este último también previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil; disposiciones normativas éstas que resultan del siguiente tenor: "Artículo 334: *Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.*

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella".

Por su parte, el referido artículo 20 señala que: "*Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicaran ésta con preferencia*".

161 Sentencia C 122/2011.

Por tanto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo sostiene que […]:

> El denominado control difuso, radica en la posibilidad que tiene todo juez de causa en los asuntos sometidos a su consideración, de señalar que una norma jurídica de cualquier categoría, bien legal o sub legal, es incompatible con el texto constitucional, procediendo dicho juzgador, bien de oficio o a instancia de parte, a desaplicar y dejar sin efecto legal la señalada norma en el caso concreto, tutelando así la disposición constitucional que resultaba vulnerada. De igual forma, debe destacarse que esta desaplicación ocurre respecto a la causa en particular o caso concreto que esté conociendo el sentenciador, mas no así con efectos generales, por cuanto ello entrañaría otro tipo de pronunciamiento que escaparía del ámbito competencial de dicho juzgador.
>
> Por el contrario, el control concentrado o control por vía de acción ejercido a través de la máxima jurisdicción constitucional (conformada por Sala Constitucional, en algunos casos por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y por los demás Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), supone la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o disposición de rango sub legal, vista su colisión con el texto fundamental, con efectos generales, es decir, *erga omnes*, distinta de la situación que se configura al desaplicar una normativa en una controversia determinada a través del control difuso, caso en el cual, como se señaló supra, la norma sólo deja de tener aplicación para el caso en concreto por colidir con la Constitución ([162]).

La tesis se mantiene dando cada vez mayor predicamento a la función revisora y unificadora de la Sala Constitucional. Por eso es factible que toda sentencia quede en proceso de revisión, aun estando firmes, pues se argumenta que con ello se consigue reforzar una mayor protección de la Constitución que impida la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la desaplicación de normas ajustadas al texto fundamental, en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional.

162 Sentencia 02589 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 08/12/04.

> De allí que, el juez que desaplique una norma legal o sublegal, por considerarla inconstitucional, está obligado a remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme y del auto que verifica dicha cualidad, a fin de que esta Sala proceda a la revisión de la misma, para de esta manera, hacer más eficaz el resguardo de la incolumidad constitucional; en caso contrario, el control difuso no tendría sino un efecto práctico sólo en el caso concreto, en detrimento del orden constitucional, pues el canal de conexión con el control concentrado -que tiene efectos *erga omnes*-, estaría condicionando a la eventual solicitud de revisión de la persona legitimada por ante la Sala, lo que desde luego minimiza la potencialidad de los instrumentos emanados de ésta, que es el carácter vinculante de sus decisiones y la facultad de revisar ese tipo de sentencias por mandato constitucional ([163]).

Recuérdese que el art. 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé que: "*Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*".

El problema se ha dado con la supuesta invasión de la Sala en el dominio que les corresponde por identidad a los demás integrantes del Superior Tribunal de Justicia que integran las otras Salas. Pareciera que la imposición de un criterio constitucional sería bastante para obligar a los pares a seguirlo, perdiendo ellos cierta independencia y libertad.

> En el año 2003, la Sala Constitucional sostuvo […] "…La denuncia planteada lleva a esta Sala a distinguir como refiere la doctrina ([164]) que la fuerza obligatoria de un precedente judicial puede ser de dos tipos: jurídica (de iure) o de hecho (de facto). La primera, de iure, corresponde a las decisiones que dicta esta Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335); en relación con la segunda, se debe decir que la fuerza obligatoria fáctica de los precedentes judiciales la tienen asignadas las decisiones de las demás Salas de este Supremo Tribunal. La distinción en uno u otro caso del precedente judicial, tiene efectos

163 Sala Constitucional, sentencia N° 1.998 del 22 de julio de 2003 (caso: "Bernabé García").

164 Cfr. Aulis, Aarnio, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*, México, Fontamara, 2000.

de predictibilidad desde una aproximación sistemática interna y una aproximación sistemática externa respecto al Derecho. Así el punto de vista interno es el que tiene el juez que aplica el derecho como órgano que es del sistema judicial, y en esta función no puede sustraerse a la fuerza obligatoria vinculante del precedente emanado de la Sala Constitucional. Desde el punto de vista externo, los precedentes judiciales forman parte de las fuentes del Derecho en los que se basa la Dogmática Jurídica para estudiar los articulados del derecho válido; y en este sentido, la fuerza obligatoria del precedente de facto solo es directiva; significa ello, que en caso de ser inobservado el precedente es altamente probable que sea revocado en una instancia judicial superior. […]

Esta conceptualización del precedente judicial cobra plena vigencia en el derecho patrio a partir de la Constitución de 1999, y su integración al sistema jurídico procesal es función que compete a la jurisdicción constitucional. De allí la pertinencia de su esclarecimiento para el funcionamiento armonioso del sistema judicial. La fuerza obligatoria del precedente de la Sala Constitucional radica en la atribución que tiene conferida la Sala como máximo intérprete de las normas y principios constitucionales, pero esta interpretación con fuerza obligatoria vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República, se extiende al contenido y alcance de las normas de contenido legal para ajustarlas al texto constitucional, máxime cuando todavía prevalece en nuestro ordenamiento jurídico la legislación preconstitucional. De modo que a la luz del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, si bien el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo intérprete del ordenamiento, la interpretación que las demás Salas realizan de la legalidad ordinaria debe ser acorde con los preceptos constitucionales, y si dicha interpretación es o no constitucional compete decidirlo a la Sala Constitucional.

En este sentido, encuentra la Sala que el juez incurre en conducta indebida en el ejercicio de su función si se negara aceptar el precedente de la Sala Constitucional en el momento de decidir acerca de un caso similar; supuesto en el cual, la inobservancia del precedente debe ser sancionada jurídicamente. Así se declara. Así también la norma del precedente vinculante debe ser interpretada según el significado y alcance en el que ha sido dictada por la Sala Constitucional en todas

> las instancias jurisdiccionales, correspondiéndose con ello un control vertical del precedente obligatorio.
>
> De modo que, sólo en el caso de decisiones definitivamente firmes, contra las cuales se hubiesen agotado, ciertamente, todos los recursos ordinarios y extraordinarios que establece el ordenamiento jurídico positivo, podría justificarse el control de la Sala Constitucional sobre la aplicabilidad de los precedentes vinculantes -vía potestad de revisión-, pues como ya ha expresado esta Sala en innumerables fallos, la revisión no constituye para las partes ni un recurso ni una nueva instancia, mucho menos está destinada a la supresión de los mecanismos de impugnación previstos en la normativa jurídica; de allí que la Sala considere que para el ejercicio de su potestad revisora, sea necesario el agotamiento previo de los mecanismos preexistentes de impugnación. De no ser así, se le estaría asignando a esta Sala Constitucional una función de contraloría judicial de naturaleza meramente administrativa que la desviaría de sus naturales funciones, ocasionándose a la vez una subversión de los medios recursivos ordinarios ([165]).

6.11 El caso de *Perú* también es interesante. El control de constitucionalidad se otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional, siendo entonces necesario adecuar la potestad del control directo, propio del mecanismo concentrado, respecto de las actuaciones que se originan en casos concretos donde intervienen jueces no constitucionales, propiamente dicho.

Para Quiroga León […]

> No hay actividades constitucionales más opuestas que la *judicial review* y el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, por lo que es necesario determinar siempre con claridad y acierto sus fronteras. Pero al mismo tiempo, hay que establecer bien sus canales de contacto, sobre todo en un sistema como el peruano en donde confluyen ambos al mismo tiempo y en el mismo espacio constitucional (arts. 138, 2ª parte, y 201 de la Constitución) en lo que la doctrina constitucional peruana ha venido en denominar "sistema dual" o "sistema mixto". Diríamos, junto con García

165 TSJ, 21/01/2003, Asociación para el diagnóstico en medicina del Estado Aragua (ASODIAM).

> Belaunde que estos canales de contacto son, pues, básicamente dos: i) El control del Tribunal Constitucional sobre la labor del Poder Judicial en la denominada "Jurisdicción Negativa de la Libertad"; y, ii) en la vinculación constitucional que se estatuye por mandato del art. 39 de la LOTC respecto del Juez del Poder Judicial frente a un fallo del Tribunal Constitucional, en el que la facultad de la "*judicial review*" cede paso por coherencia necesaria y razonable frente a la cualidad mayor y efecto mandatorio en cuanto a la interpretación constitucional de una decisión del Tribunal Constitucional y por mandato propio de la Constitución Política del Estado" ([166]).

García Belaunde refiere a un modelo *dual o paralelo*, que se da cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, co-existen el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución peruana de 1979, y ha sido reiterado en la vigente Carta de 1993.

Dice el prominente jurista […]

> "En 1979 nació así el Tribunal de Garantías Constitucionales, de carácter permanente con nueve miembros, nombrados por tercios: por el Congreso, por el Poder Ejecutivo y por la Corte Suprema, entre juristas de destacada trayectoria y de clara vocación democrática, requisito raro y peculiar, explicable por cuanto se quería que los miembros de dicho Tribunal fuesen demócratas que defendiesen el sistema político, y no como sucedió en veces con el Poder Judicial, que cohonestó actos arbitrarios de las dictaduras. Las competencias de este Tribunal eran tan sólo dos: 1°) Conocer en casación las resoluciones denegatorias de los Habeas Corpus y Amparo, agotada la vía judicial, y 2°) conocer en instancia única la Acción de Inconstitucionalidad.
>
> Desarrollando estos dos puntos, tenemos que;
>
> a) La acción de Habeas Corpus fue introducida en el Perú en 1897 y el Amparo lo fue en 1974 en forma restringida en materia agraria, pero en su versión moderna se consagraron ambos en la Constitución

166 Quiroga León, Aníbal, *Control difuso y control concentrado en el derecho procesal constitucional peruano*, Lima, 1997 (mayo), trabajo publicado en la página web de la Pontificia Universidad Católica del Perú (www.pucp.edu.pe).

de 1979, siguiendo así la huella de otros países latinoamericanos, mediante la cual el primero estaba vinculado a la libertad individual y el segundo a la protección de los demás derechos fundamentales. Pero se agregaban dos características: el conocimiento que de ellas tenía el nuevo Tribunal de Garantías Constitucionales, era únicamente de las que hubiesen sido denegadas en última instancia judicial, pues era el Poder Judicial el que las conocía y tramitaba. Y como lo comprueban las estadísticas, tan sólo el 10% del universo de demandas era conocido por el Tribunal de Garantías, no tanto porque el resto resultasen acogidas, sino por cuanto no todos seguían los trámites ni se animaban a ir a un Tribunal algo distante y que además no tenía más oficina que él mismo.

En cuanto a la casación, era tomada del modelo francés, o sea, en la modalidad del reenvío, con lo cual al casar la sentencia venida en recurso, volvía al ente judicial para que volviese a fallar en definitiva.

b) La Acción de Inconstitucionalidad era típica del modelo concentrado; directa, principal, con efectos erga omnes.

Como puede apreciarse, era el modelo europeo incorporado a un sistema jurídico que conservaba el sistema difuso, sin cruzarse con él, ya que el Poder Judicial retenía el conocimiento y defensa de todos los derechos fundamentales a través del Habeas Corpus y el Amparo (tan sólo conocía en casación el Tribunal de Garantías Constitucionales y únicamente en caso de resoluciones denegatorias). Y el mismo Poder Judicial mantenía el control difuso y de inaplicación de normas (art. 236 de la Constitución). Así, en el caso peruano, no podía hablarse en rigor de un sistema mixto, pues esto supone una mixtura, una mezcla de dos o más elementos, que aquí no sólo no se daba sino que tampoco originaba un *tertium*, que sea distinto a sus dos fuentes de origen.

Por último, el Poder Judicial se mantenía separado y aparte del Tribunal de Garantías Constitucionales, que era un órgano constitucional del Estado, tan autónomo y tan igual como los demás poderes clásicos. Dicho en otras palabras, la jurisdicción constitucional se ejercía en forma paralela por dos entes distintos, que nada tenían que ver entre sí, salvo la eventual coincidencia en aquellos procesos constitucionales que no fuesen acogidos por el Poder Judicial, y que eventualmente podían pasar en casación al Tribunal de Garantías Constitucionales. Y que siempre fueron una minoría.

> Por estas razones, y por haber incorporado casi en bloque el modelo concentrado dentro de un sistema difuso, sin contaminarlo ni absorberlo, es que creo que dentro de las modelos derivados y al lado del modelo mixto, debemos colocar al dual o paralelo, cuya primera forma nítida de manifestación, está en la Constitución peruana de 1979. La vigente Constitución del Perú de 1993 mantiene en sustancia el modelo, con las siguientes variantes que no alteran su esencia ([167]).

6.12 En *Brasil* se llaman *súmulas* al conjunto de resúmenes (sumarios) de doctrina legal proveniente de la Suprema Corte de Justicia federal, que tienen fuerza de ley al ser de efectos *erga omnes.* La orientación jurisprudencial no es obligatoria para el legislador, lo que sería indeseable por la invasión en un terreno que no es propio.

El objetivo general de las súmulas es informar mediante boletines de jurisprudencia, cuáles han sido los temas de derecho que el tribunal ha resuelto con estándares generalizados cuya continuidad se impone hacia el futuro.

No se necesita un número determinado de sentencias porque, en su lugar, lo que se hace es compendiar la tesis jurídica de consenso que ha resuelto un caso, cuya generalización se pretende fomentar a través de la publicación que surte efectos de comunicación formal y de obligatorio seguimiento por los tribunales inferiores.

La súmula evita citar la doctrina, al disponer que la remisión se realice con el número correspondiente.

Cabe agregar que estos criterios se pueden alterar, modificar e inclusive sustituir por un nuevo criterio cuando un magistrado del Tribunal Superior promueva la iniciativa de reforma. También se puede hacer por recurso de parte interesada, quien podrá tener éxito si consigue el voto adhesivo de las dos terceras partes de los miembros integrantes de la Corte.

6.13 En *Chile* el artículo 3 del Código Civil es una valla, por ahora infranqueable, para establecer jurisprudencia obligatoria. La norma

167 García Belaunde, Domingo, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, en "*Proceso y Constitución*", Ediar, Buenos Aires, 2009, ps. 29 – 52.

dispone que […], "*sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio*" y que "*las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria si no respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*".

La disposición es un límite para la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema, y deja, como sucede en Argentina, con amplia libertad al juez de jerarquías inferiores para que realice la interpretación más acorde con sus preferencias y pareceres.

Pero en materia constitucional, en el año 2005 se modificó el modelo de jurisdicción constitucional, provocando que el control de constitucionalidad se vuelque al modelo concentrado con un Tribunal Constitucional que hace desaparecer el poder revisor de la Corte Suprema. De este modo, el órgano de cierre para la interpretación constitucional es el tribunal establecido.

> Dice Nogueira Alcalá que […]: "Después de casi 25 años de funcionamiento del Tribunal y de la reciente reforma constitucional, el país está en condiciones de asumir que todos los órganos del Estado queden obligados por lo que el Tribunal resuelva. Con ello se confiere a sus sentencias una fuerza mayor a la que tienen las emanadas de un tribunal normal" (presentación del proyecto de ley). El artículo 31 del proyecto de Ley orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en su texto original, señalaba en uno de sus incisos que: "*Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva*". En otras palabras, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se estimaba vinculante. Este deber de obediencia se refería al destinatario que, en este caso, se precisaba que eran todos los órganos del Estado, incluidos los tribunales de justicia. Esta regla fue posteriormente eliminada en el proceso legislativo de la ley adecuatoria de la LoC del Tribunal.
>
> "La Cámara de diputados consideró que ello no era necesario explicitarlo en el texto de la Ley orgánica Constitucional del Tribunal y lo eliminó del proyecto, considerando que ello resultaba redundante respecto de los principios en que se sustenta el derecho público chileno. Esta decisión de la Cámara de diputados nos parece errónea, ya que la explicitación de la fuerza vinculante del fallo constitucional no es parte integrante del derecho público chileno, aun si lo fuera, su

> explicitación normonológica otorgaba seguridad jurídica y reforzaba el derecho a la igualdad ante la ley, además de constituir un elemento de la cultura jurídica nacional el de explicitar las potestades de los órganos estatales, de acuerdo al principio establecido en el artículo 7º inciso 2º de nuestra Carta fundamental" ([168]).

El problema inmediato fue establecer si la sentencia del Tribunal Constitucional constituía o no un precedente de seguimiento obligatorio. En sus primeras decisiones se expresó que se […] debe tener en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen" ([169]).

La obligación se enunció como doctrina jurisprudencial pero no estaba en el marco de la ley, y la supresión dispuesta pudo verse como alteración del régimen tradicional de seguimiento al precedente, por un retorno al principio *del iura novit curia* conforme al cual el Tribunal Constitucional formula la *ratio esendi* pero no obliga con ello.

En nuestra opinión la obligatoriedad se desprende de la definitividad que tiene para las sentencias el artículo 83 cuando sostiene que […] "*contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido. Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. En los casos de los números 5º y 12º del artículo 82, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del*

168 Nogueira Alcalá, Humberto, *La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: Análisis y reflexiones jurídicas*, en Revista de Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 1, Santiago, 2010, ps. 79 - 116.

169 Cfr. Guerrero, Gonzalo, *La fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional chileno, desde la reforma constitucional de 2005,* Sentencia ROL 171 (1993).

Tribunal que acoja el reclamo. Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia".

El carácter irrevocable vuelve definitiva la decisión, tornando en cosa juzgada constitucional de efectos *erga omnes* y eficacia refleja.

7. Los peligros del precedente

7.1 La práctica del precedente no siempre se recibe con gratitud; algunos afirman que en sí misma es peligrosa, porque supone volver al pasado y transportar esas realidades a un tiempo que puede ser distinto.

> Frederik Schaeur sostiene que seguir los precedentes significa encausar la resolución por un estatus que se convierte en fuente sin atender el contenido; porque de ese modo la razón está en la forma como se decidió en el pasado sin importar el presente ([170]).

Es verdad que la costumbre también es fuente del derecho y no se cuestiona con la misma dimensión; pero en realidad, hay una distinción entre costumbre y precedente que realiza el propio *Common Law*, que se basa en el derecho consuetudinario independiente de la decisión provocada. Es decir, la costumbre es una fuente autónoma del conflicto, mientras que el precedente se origina a causa de una controversia.

Para Marinoni […]

> No hay poder que pueda eximirse de responsabilidad por sus decisiones. No obstante, es poco plausible que alguien pueda justificar su responsabilidad cuando decide casos iguales de forma desigual. *Treat alike cases* es el principio que siempre estuvo en la base del *Common Law* consistiendo en una de las principales razones de su coherencia, así como de la confianza y del respeto dispensados al Poder Judicial. Tratar de la misma forma los casos similares es algo fundamental para la estabilidad del poder y para la manutención de la seguridad necesaria al desarrollo de las relaciones sociales ([171]).

170 Schaeur, Frederik, *Has precedente ver really mattered in the Supreme Court,* Giorgia State University Law Review, vol. 24, winter 2007, ps. 381 – 401.

171 Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorios,* Palestra, Lima, 2013, p. 121.

7.2 Las diferentes formas de enfocar una misma cuestión provocan cierta complejidad para entender si es todo el precedente el que se aplica, en el sentido de espejar los hechos y seguir el mismo resultado; o verlo objetivamente y resolver qué es lo que tiene eficacia de precedente (que lleva a distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*).

De igual modo, un precedente debe reconocer un esquema de influencias, porque no será cualquier decisión la que deba seguirse, sino aquellas que por la organización de los tribunales provocan una relación de autoridad y jerarquía.

En este espacio suele referirse a *precedentes horizontales, precedentes verticales* y *auto precedentes*, donde también se dividen entre precedentes persuasivos y obligatorios.

> De otro lado, que una sentencia constituya un precedente implica algún tipo de vinculatoriedad de esta con casos futuros. En un sentido estricto, un precedente sólo es aquel que tiene eficacia jurídicamente vinculante para las decisiones sucesivas de casos análogos, y desde este punto de vista opera de modo semejante a una norma de origen parlamentario o gubernamental. Sin embargo, este modo de entender el precedente es demasiado limitado, puesto que sólo sirve para explicar algunos aspectos del mismo (así se afirma que este sentido estricto daría cuenta del sistema inglés pero no así del de EE.UU. en el que el *stare decisis* es más flexible). Por ello, la cuestión de la vinculatoriedad del precedente no puede reducirse a la alternativa entre vinculante y no vinculante, sino que es necesario tener en cuenta una escala compuesta por varios grados de eficacia: *a)* vinculatoriedad fuerte (o absoluta) y sin excepciones (precedente absolutamente obligatorio); *b)* vinculación fuerte, pero sujeta a excepciones y limitaciones determinadas por el propio ordenamiento (precedente condicionalmente obligatorio); *c)* vinculación fuerte, con la posibilidad de apartarse del mismo cuando el juez tenga razones relevantes para hacerlo (precedente condicionalmente obligatorio); *d)* vinculación débil, cuando es normal que se siga el precedente sin que haya obligatoriedad de hacerlo y el juez no tiene que justificar el apartamiento del mismo (precedente persuasivo); *e)* no vinculatoriedad, si el juez tiene plena discrecionalidad respecto a seguir o no el precedente (este último no constituye precedente) ([172]).

172 Iturralde, Victoria, *El precedente judicial,* Revista Eunomia, en Cultura de la Legalidad, n° 4, marzo-agosto 2013, ps. 194 – 201.

7.3 La dimensión institucional es un problema en países donde el control de constitucionalidad se reparte entre el modelo difuso y concentrado. La fórmula del órgano de cierre resuelve parte del conflicto, pero no todo, porque el acceso a las Cortes Superiores, muchas veces, es restringido produciendo así que la fiscalización definitiva quede diluida.

Aparecen entonces precedentes distintos conforme se originen. Son verticales cuando hay una jerarquía en el escalafón judicial donde los inferiores deben respetar y seguir a los superiores. Esto es común en el *stare decisis* del *Common law*.

El precedente horizontal es el que se produce dentro de un mismo nivel de competencias, donde un juez puede orientar a otro par, o quedar ambos obligados por la doctrina plenaria impuesta por los magistrados de revisión.

Otro modelo, más difuso, es el auto precedente que supone la obligación del juez de seguir sus propios fallos.

> Para Taruffo […]: "Se habla igualmente de precedente horizontal para indicar la fuerza persuasiva que un precedente puede tener para los órganos judiciales que pertenecen al mismo nivel de aquel que ha pronunciado la primera decisión. El precedente horizontal puede tener alguna fuerza persuasiva, que, sin embargo, tiende a ser inferior a la del precedente vertical, ya sea porque no puede tratarse de la corte suprema, que es única, o porque entre órganos del mismo nivel no existe – al menos *a priori* – alguna diferencia de autoridad. Puede suceder que un órgano que no se encuentra ubicado en el vértice de la organización judicial produzca decisiones particularmente apreciables y, por lo tanto, tenga influencia sobre los otros jueces del mismo nivel. Sin embargo, esto depende de la cualidad intrínseca de las decisiones más que de mecanismos parangonables al precedente. Un caso peculiar e interesante de precedente horizontal se encuentra en el llamado auto precedente, es decir, en los precedentes emanados de la misma corte que decide el caso sucesivo. El problema puede concernir a cualquier juez, sin embargo se presenta en particular para las cortes supremas, donde surge la pregunta si dicho auto precedente es o debe ser en alguna forma vinculante a los mismos precedentes. Una respuesta positiva a esta pregunta parece justificada, esencialmente sobre la base

> de la necesidad de que casos iguales sean tratados del mismo modo por parte del mismo juez. Una corte que, sobre la misma cuestión, cambiase cada día de opinión tendría escasa influencia y violaría cualquier principio de igualdad de los ciudadanos de cara a la ley. Se justificaría entonces, y con sólidas razones, un grado elevado de fuerza del auto precedente, o inclusive un vínculo formal de la corte, la cual tendría que seguir con sus propios precedentes" ([173]).

7.4 El precedente puede tomarse aisladamente e instalarlo como fuente principal del derecho, aunque el criterio no es mayoritario porque a la jurisprudencia se la considera como un criterio auxiliar.

Esta tendencia persigue consolidar la igualdad en la fila, donde toda persona tenga previsión y certeza cuando reconoce una simetría de su caso con otros ya resueltos. Esto conforma la jurisprudencia, pero debe sumar fundamentos y justificación.

Ahora bien, para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente, vale repetir cuanto afirma la Corte Constitucional Colombiana […]

> "Para ello resulta indispensable distinguir entre los diversos aspectos de una decisión judicial. Así, siguiendo en parte la terminología de los sistemas del *Common Law*, que es en donde más fuerza tiene la regla del "*stare decisis*", y en donde por ende, más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo, es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutiva, llamada a veces "*decisum*", la "*ratio decidendi*" (razón de la decisión) y los "*obiter dicta*" (dichos al pasar). Estos conceptos son formulados de distinta manera y con lenguajes diversos por los autores, lo cual ha generado a veces agudas discusiones conceptuales. Sin embargo, su sentido esencial es relativamente claro: Así, el *decisum* es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que

173 Taruffo, Michelle, *Precedente y jurisprudencia*, en Precedente: Anuario Jurídico – 2007, abril, 2010. ps. 85-99

> constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutiva. En cambio constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario ([174]).

8. Reducción del precedente

8.1 La decisión o parte resolutiva es la parte central de una sentencia de cualquier tipo; pero no es ésta la parte que conforma el precedente. La lógica deviene de un hecho simple: nunca son iguales dos o varios casos, de manera que la influencia que se provoca para determinar el seguimiento forzado es la *ratio decidendi.*

> Así lo señaló con claridad en Inglaterra Lord Jessel, en el caso *Osborne v Rwlet* de 1880, en donde precisó que […] "la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base a la decisión" ([175]).

De suyo, los comentarios adicionales, llamados *obiter dictum* son argumentos de disuasión, tienden a provocar doctrina legal, pero no son vinculantes. Son justificaciones de fuerza persuasiva, que se proyectarán en la misma dimensión del prestigio y jerarquía del tribunal.

> Estos diversos efectos no son caprichosos sino que derivan naturalmente de ciertas características del derecho. Así, en la medida en que el sistema judicial pretende resolver definitivamente los conflictos que se le plantean, es natural que el *decisum* obligue a las partes en el litigio, con fuerza de cosa juzgada, pues de no ser así, el derecho no cumpliría su función básica de pacificación social. Sin embargo, por obvias razones de debido proceso, en principio, esa decisión sólo vincula a quienes participaron en la controversia judicial, salvo algunas excepciones, como los casos de acciones colectivas o cuando el ordenamiento confiere efectos *erga omnes* a determinadas sentencias, tal y como sucede con los procesos de control constitucional en Colombia.

174 Sentencia SU 047/99.
175 Cita de la Sentencia 047/99 antes referida.

8.2 La desigual obligatoriedad de la *ratio decidendi* respecto a *los obiter dictum* proviene de la teoría de la sentencia, que en materia constitucional, obliga a justificar cada decisión con parámetros mucho más elevados que los convencimientos que pueda argumentar la justicia ordinaria.

La discrecionalidad del juez constitucional no es absoluta al punto que una sentencia de control debiera ser la base de una interpretación a establecer en forma consistente y repetida.

> Por ende, la existencia de una *ratio decidendi* en una sentencia resulta de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces -funcionarios no electos- de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas. Conforme a lo anterior, es también natural que únicamente la *ratio decidendi* tenga efectos vinculantes sobre otros jueces y adquiera la obligatoriedad de un precedente ([176]).

Por ello bien apunta Bhrunis Lemarie que el uso del precedente constitucional es diferente. En el caso inglés, por ejemplo, cuando el Tribunal Superior le concede dicha potestad, los jueces con relación al precedente vinculante (*binding precedent*), antes de dictar la sentencia, despliegan la *ratio decidendi*, así como los *obiter dicta* (comentarios al margen); sin embargo, el juez puede apartarse del precedente vinculante, siempre y cuando lo justifique (*distinguishing*). Se destaca que dicho precedente, es el pilar básico de su derecho conocido también como *derecho jurisprudencial* o *derecho de los casos* (case law), esto quiere decir que, lo decidido por los tribunales superiores, deben ser acogidos por los tribunales ingleses respecto a casos similares ([177]).

8.3 Asimismo, no es la sentencia definitiva dictada por el fiel y último intérprete de la Constitución la que forma el precedente, sino la doctrina legal que se forma en la *razón de lo resuelto (ratio decidendi).* Ésta no será la resolución aislada sino aquella que consagre principios, imponga reglas o determine orientaciones a seguir en el futuro.

176 Sentencia 047/99 antes referida.
177 Bhrunis Lemarie, ob. cit., p. 58.

De esta suerte surge que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido, sino aquélla que es aprobada por los jueces posteriores" ([178]).

> Este fenómeno explica entonces ciertas técnicas inevitables que modulan la fuerza vinculante de los precedentes: así, en algunos eventos, el juez posterior "distingue" (*distinguishing*) a fin de mostrar que el nuevo caso es diferente del anterior, por lo cual el precedente mantiene su fuerza vinculante, aunque no es aplicable a ciertas situaciones, similares pero relevantemente distintas, frente a las cuales entra a operar la nueva jurisprudencia. En otros casos, el tribunal posterior concluye que si bien en apariencia, la *ratio decidendi* del caso anterior parece aplicarse a la nueva situación, en realidad ésta fue formulada de manera muy amplia en el precedente, por lo cual es necesario concluir que algunos de sus apartes constituyen una opinión incidental, que no se encontraba directamente relacionada a la decisión del asunto. El tribunal precisa entonces la fuerza vinculante del precedente, ya que restringe (*narrowing*) su alcance. En otras situaciones, la actuación del juez ulterior es contraria y amplía el alcance de una *ratio decidendi* que había sido entendida de manera más restringida. En otras ocasiones, el tribunal concluye que una misma situación se encuentra gobernada por precedentes encontrados, por lo cual resulta necesario determinar cuál es la doctrina vinculante en la materia. O, a veces, puede llegar a concluir que un caso resuelto anteriormente no puede tener la autoridad de un precedente por cuanto carece verdaderamente de una *ratio decidendi* clara ([179]).

9. ¿Cuándo hay jurisprudencia vinculante?

9.1 Para que haya jurisprudencia, propiamente dicha, es necesario que el criterio esté consolidado y mantenido por el órgano final de interpretación constitucional. En México, la ley de amparo derogada sostenía en el artículo 192 la exigencia de cinco (5) sentencias ejecutorias ininterrumpidas en el mismo sentido, aprobadas por lo menos por ocho (8) de los once (11) ministros que integran el Tribunal Pleno de la Suprema Corte, y por contradicción, según la

178 Sentencia 047/99 antes referida.
179 Sentencia 047/99 antes referida.

fracción XIII del artículo 107, cuando existan tesis de las Salas del superior o de los Tribunales Colegiados de Circuito, que sostengan sentidos contradictorios, casos en los que el Pleno debía resolver el criterio de prevalencia o uno nuevo que pusiera fin a la contradicción, constituyendo este criterio emitido por el Pleno, jurisprudencia.

Actualmente, el artículo 222 de la nueva ley de amparo, dispone que la jurisprudencia por reiteración quedará establecida […] *"cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos".*

La doctrina afirma que […]

> La indicada prescripción de la Ley de Amparo dificulta que se establezca jurisprudencia que sirva de orientación a los demás órganos jurisdiccionales de todo el Estado mexicano. Con ello se menoscaba la autoridad de la Suprema Corte como tribunal constitucional, pues se obstaculiza que cumpla esa función. Y, además, lo anterior trasciende a la posibilidad de emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad, y al otorgamiento de los privilegios correspondientes a la declaratoria jurisprudencial de inconstitucionalidad de una norma general ([180]).

9.2 Este modelo parece disuadir al intérprete provocando una diferencia punzante entre precedente y jurisprudencia. La cantidad de fallos aumenta la obligación de seguimiento, a diferencia del precedente que se sostiene en la unidad de resolución.

La jurisprudencia sería fuente en la dimensión que consideramos; mientras que el precedente actuaría como regla que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso ([181]).

---

180 Ferrer Mac Gregor, Eduardo - Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n° 80, Porrúa – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, p. 238.

181 Taruffo, Michelle, *Precedente y jurisprudencia,* en Precedente: Anuario Jurídico – 2007, abril, 2010, ps. 85-99.

> Naturalmente la analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo según retenga prevalentes los elementos de identidad o los elementos de diferencia entre los hechos de los dos casos. Es por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no existe el precedente, y entonces, por así decirlo, "crea" el precedente. Aparte de este perfil permanece claro que la estructura fundamental del razonamiento que llega a aplicar el precedente al caso sucesivo se funda en el análisis de los hechos. Si este análisis justifica la aplicación en el segundo caso de la *ratio decidendi* aplicada en el primero, el precedente es eficaz y puede determinar la decisión del segundo caso. Se observa que cuando se verifican estas condiciones, un solo precedente es suficiente para fundar la decisión del caso sucesivo. El empleo de la jurisprudencia tiene características bastante diversas. El análisis comparativo de los hechos falta, al menos en la grandísima mayoría de los casos. Aquí el problema depende de eso que en realidad "constituye" la jurisprudencia: se trata, como se nota, de las máximas elaboradas por la correspondiente sala de la Corte de Casación de Italia. La característica más importante de las máximas es que se trata de enunciaciones que se concretan en pocas frases que tienen por objeto reglas jurídicas. Estas reglas tienen generalmente un contenido más específico respecto al dictado textual de la norma de la cual se construye una interpretación; sin embargo, son siempre formuladas como reglas, es decir, como enunciaciones generales de contenido preceptivo. No en vano las recolecciones de jurisprudencia se asemejan a codificaciones más detalladas de aquellas que representan los códigos verdaderos y propios, pero continúan siendo una "recolección de normas" ([182]).

El modelo de *Perú* recrea la idea de jurisprudencia a partir de establecer un núcleo de derechos sobre los cuales quiere afianzar y provocar que no sean libremente interpretados, con el riesgo que ello supone.

El Tribunal Constitucional admite que se convierte en un poder constituyente derivado, y que el poder de estabilización puede conseguirlo con decisiones vinculantes para la justicia ordinaria que, al mismo tiempo, funge como orientadora de la administración y de la legislación.

182 Taruffo, ob. cit., p. 91.

Es el Tribunal el que determina cuándo hay "precedente vinculante", lo que lleva a pensar que la sentencia pronunciada se elabora con esa finalidad de concretar una doctrina legal obligatoria.

> La razón por la que se ha optado que sea el propio tribunal quien determine que fundamento, principio, aforismo o tan solo criterio contenido o emanado de la sentencia tiene calidad de *ratio decidendi* y, por lo tanto, ejerce su efecto vinculante sobre los órganos inferiores, proviene de la tesis de diferenciar el precedente de la sentencia o jurisprudencia (*iuris dictio),* propiciando establecer que el Tribunal señale con precisión cual será el precedente vinculante, y asentar que ella solamente estará en la razón de la decisión y no con la decisión en sí misma. Esta potestad se encuentra en el Código Procesal Constitucional en el artículo VII, cuando establece que: "*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren autoridad de cosa juzgada constituyen <precedente vinculante>, cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo*".

9.3 El patrón no tiene asilo seguro porque se quiere evitar la consistencia eterna de doctrinas que dejan fuera de tiempo las adaptaciones que la propia sociedad va generando. La certeza eventual conseguida mediante la uniformidad jurisprudencial no puede instalarse como un muro levantado para la innovación o el activismo judicial.

El distanciamiento se pone en evidencia cuando solamente se da la posibilidad de crear jurisprudencia vinculante al Tribunal Constitucional, quitándole a los superiores tribunales administrativos u ordinarios el mismo derecho.

> En Colombia, por ejemplo, la sentencia C-836/2001 determinó que no era una sino tres las sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, las que creaban el precedente vinculante; y ello, siempre que versaran sobre el mismo punto de Derecho

Esta sentencia (C-836/2001) de la Corte Constitucional colombiana pone en el escenario de la confrontación a dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en

lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley.

La comprensión integrada de estas dos garantías resulta indispensable para darle sentido a la expresión "imperio de la ley", al cual están sometidos los jueces, según el artículo 230 de la Constitución. En efecto, cualquier sistema jurídico, ético, moral y en fin, cualquier sistema de regulación que pretenda ordenar la conducta social humana necesita reducir la multiplicidad de comportamientos y situaciones a categorías más o menos generales. Sólo de esta forma puede dicho sistema atribuir consecuencias a un número indeterminado de acciones y situaciones sociales. En un sistema de derecho legislado, estas consecuencias jurídicas se atribuyen mediante la formulación de normas escritas, generales, impersonales y abstractas. Estas características de la ley, si bien son indispensables para regular adecuadamente un conjunto bastante amplio de conductas sociales, implican también una limitación en su capacidad para comprender la singularidad y la complejidad de las situaciones sociales, y por lo tanto, no es susceptible de producir por sí misma el efecto regulatorio que se pretende darle, y mucho menos permite tratar igual los casos iguales y desigual los desiguales. Para que estos objetivos sean realizables, es necesario que al texto de la ley se le fije un sentido que le permita realizar su función normativa.

En específico en Colombia la Ley Orgánica señala que las resoluciones emitidas por la Corte Suprema tienen el carácter de precedente vinculante para los tribunales inferiores. Ello permite, de manera excepcional, que el juez se aparte del precedente, siempre que se motive adecuadamente la resolución y se deje constancia del precedente obligatorio que se desestima y los fundamentos que invoca ([183]).

183 Sentencia C-836/2001.

9.4 Ahora bien, una sentencia del Tribunal Constitucional es obligatoria aunque pueda no ser vinculante. Es del primer tipo la decisión en sí misma en cuanto resolución de condena; pero la formación del precedente –como se dijo- no se aloja en la parte dispositiva sino en los fundamentos.

> Para entender el fundamento de esa diferencia es necesario tener en cuenta que, el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional. Esto se explica cuando los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Y es que no puede ser de otra forma, pues de los jueces se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamentos en prescripciones del ordenamiento. El juez debe entonces hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta ([184]).

Cuando no se especifica que el fallo constituye un precedente (problema que no tiene Perú porque el Tribunal Constitucional lo manifiesta expresamente) la *ratio esendi* será aquella que los jueces posteriores identifiquen en una sentencia anterior y apliquen al caso concreto. Solo el juez posterior puede evaluar cuáles son las razones y fundamentos que tiene la sentencia que aplica y considera de seguimiento conveniente ([185]).

9.5 Otro aspecto es la extensión dominante del fallo hacia otros poderes de gestión y gobierno. En *Alemania*, por ejemplo, el art. 31 de la ley del Tribunal Constitucional Federal determina:

184 Rivera Santiváñez, José Antonio, *La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante,* en "Estudios al precedente constitucional", Edgar Carpio Marcos – Pedro P. Grández Castro (coordinadores), Palestra, Lima, 2007, p. 168.

185 Cfr., Bernal Pulido, Carlos, *El precedente constitucional en Colombia,* en "Estudios al precedente constitucional", Edgar Carpio Marcos – Pedro P. Grández Castro (coordinadores), Palestra, Lima, 2007, p. 184.

"*Las decisiones de la Corte constitucional federal son obligatorias para los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados federados como así también para todos los tribunales y autoridades*". La vos autoridades significa alcanzar a todos los órganos, autoridades y tribunales estatales.

Para Hartwig […]

> "El efecto vinculante para los otros órganos estatales trae consigo dos prohibiciones: En primer lugar un tribunal, una autoridad u otro órgano no pueden dictar nuevamente un acto idéntico al que ha sido declarado inconstitucional por el tribunal constitucional. Como regla general podría afirmarse que en el derecho procesal ordinario el efecto de cosa juzgada de una decisión de un tribunal se limita al objeto concreto del litigio y no abarcaría un acto posterior aunque tenga idéntico contenido, porque el fallo se refiere al otro acto anterior. Por el contrario, el art. 31 de la ley del tribunal constitucional generaliza la prohibición y vincula la autoridad en un sentido más amplio por cuanto esa prohibición se extiende ulteriormente a otros órganos de manera que no puedan tomar decisiones idénticas a la declarada inconstitucional (las llamadas *Parallelentscheidungen*). En el derecho procesal ordinario una decisión afecta solamente el órgano que tomó la decisión en el mismo caso, no restringe con efecto vinculante el comportamiento de una autoridad estatal. De esta manera se observa una generalización del efecto vinculante para toda la administración estatal y para todos los tribunales" ([186]).

Por otro lado, es importante destacar que la ley no extiende los efectos a los individuos. La Constitución alemana establece las disposiciones que regulan la relación entre los órganos estatales. Allí los individuos no juegan ningún papel. Conforme a la Ley Fundamental alemana no hay una constelación que establezcan obligaciones materiales para los individuos y por ello carecería de sentido asignar efecto vinculante de las decisiones del tribunal para los individuos ([187]).

9.6 Finalmente corresponde observar si el precedente obliga también al seguimiento del órgano que lo emite. Lo que se podría llamar *auto vinculación*.

186 Hartwig, Matthias, *La vinculatoriedad de las sentencias constitucionales,* en Jurisdicción constitucional en el Siglo XXI, Costa Rica, 2012 (ponencia).

187 Ibídem.

El carácter vinculante de los precedentes se explica desde la necesidad de dotar de eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está la predicción y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales.

La Corte Constitucional de Colombia dice:

> "Esto se logra a partir de dos vías principales: *(i)* el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y *(ii)* la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que *(a)* incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; *(b)* cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; *(c)* sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predictibilidad" ([188]).

No obstante, puede suceder que haya variaciones de contexto como sociales que obliguen a readaptar la línea argumental. En estos casos la regla del precedente encuentra excepciones que no dilata ni flexibiliza la rigidez de la regla, sino que pone razonabilidad a la necesidad de tener un orden legal justo.

> La continuidad del precedente se resalta cuando: (i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos

188 Sentencia C-634/11.

> y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae en todos las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial; (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores; (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales; (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial; (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso; (x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley para el caso en concreto ([189]).

La obligatoriedad depende de las circunstancias, por eso algunos sostienen que es posible cuando se explica y argumenta la necesidad. Plus argumentativo que faculta a variar la jurisprudencia solo cuando el cambio deviene imprescindible.

> Rivera Santiváñez dice que […] "los distintos tribunales constitucionales han diseñado criterios o test –más o menos similares- a los que debe

189 Sentencia C-634/11.

> someterse todo cambio de jurisprudencia. Para que un cambio radical de jurisprudencia no amenace su legitimidad, es necesario, entre otras cosas: (i) que resulte evidentemente claro que el Tribunal o Corte y sus miembros no actúan de manera coyuntural, sometidos a fuertes presiones sociales o políticas; (ii) que las razones jurídicas que sirvieron para afirmar una determinada doctrina hayan demostrado su incompatibilidad con la comprensión actual del orden constitucional, porque, por ejemplo, el paso del tiempo las ha convertido en obsoletas o anacrónicas; (iii) que exista un nuevo argumento que no hubiera sido discutido al momento de sentar la doctrina constitucional convertida en precedente y que este resulte suficientemente convincente como para saldar las dudas sobre los verdaderos intereses del Tribunal o Corte; (iv) que el efecto benéfico del cambio de doctrina constitucional sea nítidamente superior al daño –en términos de legitimidad de la Corporación y seguridad jurídica- que produce el mencionado cambio" ([190]).

Resta adicionar que en Costa Rica la misma Ley de Jurisdicción Constitucional establece en el artículo 13 que […]: "*La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma*".

Mientras que, para apartarse, algunas legislaciones lo establecen expresamente. Por ejemplo, el artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad de Ecuador establece que es obligatorio pero la Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

9.7 También el mantenimiento de una doctrina constitucional se refleja en la teoría general del proceso, que se ve impedida de actuar allí donde el precedente funge como una valla de contenido político que obstruye cualquier revisión mediante un medio de gravamen o alguna vía de impugnación.

190 Rivera Santiváñez, José Antonio, *La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante, en* "Estudios al precedente constitucional", Edgar Carpio Marcos – Pedro P. Grández Castro (coordinadores), Palestra, Lima, 2007, p. 172.

La proyección del precedente es gravitante en acciones de inconstitucionalidad donde la revisión del acto lesivo debiera ser, por vía de principio, considerado caso por caso. La aplicación de un criterio ya pensado y aplicado desde un tiempo hacia adelante, conmueve la razonabilidad de la declaración genérica.

Por eso, basándose en la necesaria temporalidad de los fallos, Bujosa Vadell propone […]

> Se trata también aquí de una ponderación de intereses encontrados: por un lado, la supremacía de la Constitución por encima de las normas contrarias a ella, y por otro, los desajustes graves que la declaración de inconstitucionalidad puede producir en el ordenamiento jurídico. Lo más prudente desde el punto de vista constitucional nos parece, sin embargo, el estímulo de la diligencia del legislador, que evite poner al Tribunal Constitucional en la dudosa situación de tener que mantener por más tiempo los efectos de una norma cuya inconstitucionalidad tiene clara ([191]).

191 Bujosa Badell, Lorenzo, *La eficacia temporal de las sentencias de los Tribunales Constitucionales,* en Libro de ponencias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Cartagena de Indias, setiembre de 2012, p. 951.

CAPÍTULO VI

OBLIGATORIEDAD DE SEGUIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Principios generales

1.1 El silencio de la Convención Americana al respecto no impide relacionar el tema con el art. 33 de ella, cuando establece que para "... *conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención*", la Comisión tiene potestades para emitir informes y recomendaciones.

De su lado, la *Corte Interamericana* ha emitido distintos pronunciamientos que se pueden identificar en períodos.

En el primero las "*recomendaciones*" no contaron con obligatoriedad, porque solamente se interpretaban "*conforme su sentido corriente*". Así lo expresó en dos sentencias: "*Caballero Delgado y Santana c/ Colombia*" (24/12/92) y "*Genie Lacayo c/ Nicaragua*" (27/1/97). En ambos casos se aplicó la regla de interpretación contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En el segundo período, asentó como fuente a la Convención de Viena, y aplicó el principio de la *buena fe*, que antes mencionamos, donde expresa que si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si es de derechos humanos, tiene la *obligación* de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones (caso "*Loayza Tamayo c/ Perú*" (17/9/97, considerandos 78 a 82).

1.2 La obligatoriedad de las decisiones tomadas por la que denominamos "justicia transnacional" (Comisión y Corte Interamericana) ([192]), se ha reconocido en Argentina aun con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 que incorporó los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos dándoles jerarquía fundamental (art. 75.22). Ello sucedió en el caso "*Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros"* (CS argentina, Julio 7/1992) cuando se dijo que la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En "*Giroldi*" ([193]) enunció que: "*A esta Corte le corresponde* [...] *en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales* [...] *ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional*".

Pero fue en la causa "*Bramajo*" ([194]) donde concedió efectos jurídicos concretos a las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión. Aquí sostuvo que "*la opinión de la Comisión...debe servir de guía o jurisprudencia para nuestros tribunales en lo que hace a la interpretación de los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica*".

Los términos categóricos del fallo permiten sostener que, se constituye *jurisprudencia* (vinculante) cuando la orientación se adapta plenamente al caso; o en su lugar, es un *precedente* (guía de orientación) de lectura obligatoria que no puede ser anulado con una interpretación contraria, salvo que fuera más favorable al derecho humano particular que el caso tratase (principio *pro homine*).

1.3 Un retroceso –dice Loianno- "se advierte en la causa <<*Acosta*>>" ([195]) cuando ante el pedido de aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe 55/97 de la Comisión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que, si bien el Estado argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las

192 Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Procedimientos ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Nueva Jurídica, Bogotá, 2016.
193 *Giroldi Horacio E y otro,* CS, abril 7/1995, considerando 12.
~~194 *Bramajo Hernán J.*~~, CS, septiembre 12/1996, considerando 15.
195 *Acosta Claudia,* CS, diciembre 22/1998.

recomendaciones de la Comisión, en modo alguno implica "*consagrar como deber de los jueces el de dar cumplimiento a su contenido*". En consecuencia, si el Estado no tiene el *deber* de cumplir una recomendación, sus efectos jurídicos quedarían a criterio del propio Estado, lo cual se contradice con la propia jurisprudencia del Tribunal en la ya mencionado caso <<*Bramajo*>>".

Un artículo de doctrina de uno de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, admite que el sistema interamericano ha ejercido una fuerte influencia en el superior tribunal en dos sentidos: uno relacionado con la *interpretación* de los derechos humanos (citando el caso "*Barrios Altos*" donde quedaron establecidas considerables restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de la cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal –causa *Videla, Jorge Rafael*-); y otra vinculada con la *jurisdiccionalización de valores y principios* que llegan del Sistema Interamericano y que ejercen señalamientos directos en el control de constitucionalidad ([196]).

La incidencia se ha manifestado en varias causas, pero con afán de síntesis pueden mostrarse los casos *Arancibia Clavel, Enrique* (CS, agosto 24/2004) que estudia y resuelve la posibilidad de punir delitos de lesa humanidad que se encontrarían despenalizados por el paso del tiempo, argumentándose que "...el principio de imprescriptibilidad –art. I, Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad-, no puede verse supeditado ni, por ende, enervado por el principio de legalidad –art. 18, CN-, pues los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse conforme al derecho internacional, en tanto éste es su ordenamiento jurídico, debiendo tenerse en cuenta que de nada serviría la referencia a los tratados hecha en la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional" (del voto del Dr. Boggiano).

En la causa *Simón, Julio H. y otros* (CS, junio 14/2005) se continúa el criterio que adoptó la Corte Interamericana para calificar como

196 Petracchi, Enrique S., *Jurisdicción Constitucional y Derechos Humanos,* La Ley, 2005-E, 907.

delito de lesa humanidad a la desaparición forzada de personas (*Barrios Altos*), diciendo en la oportunidad que […],

> "la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos alcances –en el caso, con relación a la impugnación constitucional de las leyes 24.392 y 23.521 de obediencia debida y punto final, respectivamente-, no pueden ser soslayados".

En ambas causas, la Corte Interamericana se había pronunciado desde el caso *Barrios Altos* sobre la lectura que tenía el juzgamiento de este tipo de delitos ante situaciones especiales como la prescripción de las acciones o las llamadas "leyes del perdón" como sucedió en Perú y Argentina, entre otros.

1.4 Sin embargo, la doctrina no fue pacífica para recibir sin observaciones ambos fallos. Algunos argumentaron acompañando la disidencia de Fayt en la causa "*Simón*", que la reforma constitucional no podía ser aplica retroactivamente, y en consecuencia, serían las normas que hubieran estado vigentes al tiempo de los hechos las que debieron imperar ([197]).

Es el criterio que tiene la Corte Interamericana: Debe aplicarse el principio de irretroactividad de las normas internacionales -art. 28, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados- a los fines de la procedencia de la excepción preliminar opuesta por la Argentina, fundada en los términos en que aceptó la competencia de la Corte Interamericana, toda vez que dicho Estado se hizo parte en la Convención Americana -y aceptó la competencia contenciosa de la Corte- declarando que las obligaciones contraídas sólo tienen efecto con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento (CIDH, 2001/09/07, "*Cantos, José M. c. República Argentina*", La Ley, 2002-B, 135).

197 Manili, Pablo L., *Primeras reflexiones sobre el fallo "Simón". Una disidencia ajustada a derecho*, en La Ley, 2005-F, ps. 15 y ss.

Otros, apuntaron a la posibilidad de limpiar el pasado con normas específicas, aduciendo que "es inadmisible que los llamados delitos de lesa humanidad no puedan ser objeto de indultos, conmutaciones de penas o amnistías. Son potestades intransferibles que la Constitución le otorga al órgano ejecutivo y al Congreso, y cuya prohibición por un tratado internacional estaría vulnerando el art. 27 de la Ley Fundamental (art. 7º, Ley 24.309). Solamente por imperio del art. 36 de la Constitución, es inviable el indulto y la conmutación de penas cuando se trata de delitos, concretados en actos de fuerza, contra el orden institucional y el sistema democrático interrumpiendo la plena vigencia de la Ley Fundamental..." ([198]).

Inclusive, la Academia Nacional de Derecho (Argentina) criticó a la Corte por el caso "*Simón*", reiterando la polémica anunciada al pronunciarse en los casos "*Arancibia Clavel*" y "*Espósito*", expresando que la Constitución no podía quedar sometida a una interpretación que prohijara el principio de la supremacía constitucional, desde que el art. 75.22 era claro al sostener que la recepción de los tratados y convenciones sobre derechos humanos estaba sujeto a tres condiciones: *a)* las condiciones de su vigencia (que alude a las reservas que introdujo el gobierno argentino al aprobar y firmar el tratado); *b)* no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución, y *c)* sólo pueden tomarse como complemento de los derechos constitucionales, para interpretación de los mismos".

1.5 Las dudas sobre el seguimiento se han acentuado en dos causas. La primera fue el resonado caso "*Cantos, José M.*" (noviembre 28/2002) en la que la Corte Interamericana entendió que el estado argentino había violado los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la propiedad privada, otorgando dos (2) meses para que se produjeran las respectivas reparaciones, y al quedar notificado el Estado, la Corte Suprema resolvió que, de atenderse la petición se infringirían cláusulas de inequívoca raigambre constitucional, lo que implicaría para el Superior Tribunal, una patente y deliberada

198 Badeni, Gregorio, *El caso "Simón" y la supremacía constitucional, suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal,* La Ley del 29 de Julio de 2005, ps. 9 y ss.

renuncia a su más alta y trascendente misión, que es la de ser custodio e intérprete final de la Constitución ([199]).

La oposición al acatamiento del fallo mantuvo una interpretación de las consecuencias que importaría tal ejecución, pues consideró que "bajo el ropaje de dar cumplimiento a una obligación emanada del art. 63.1 de la Convención Americana, se llegaría a la inicua cuanto paradójica situación de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar derechos tutelados en dicho instrumento internacional" ([200]).

La otra causa fue "*Lariz Iriondo, Jesús M.*" (Octubre 10/2005), oportunidad cuando la Corte dice que […],

> "en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos los actos que son calificados como <<actos de terrorismo>> por los tratados internacionales puedan reputarse, tan solo por esa circunstancia, delitos de lesa humanidad", y en consecuencia rechaza el pedido de extradición efectuado por el

199 Petracchi, ob. cit., p. 908.

200 Petracchi, ob. cit., p. 908. La petición efectuada por el Procurador del Tesoro de la Nación que persigue que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dé cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana -que declaró que el Estado Argentino violó normas de la Convención y que debía abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia, una multa impuesta, reducir razonablemente los honorarios regulados y asumir el pago de costas en una causa donde fue parte- debe desestimarse so riesgo de infringir cláusulas de raigambre constitucional cuya titularidad corresponde a diversos profesionales intervinientes.
La reducción del monto de unos honorarios fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, -a los fines de cumplimentar una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que entendió que el alcance dado a las leyes 23.898, 24.432 y 21.839 con relación al monto del pleito, importaría el pago de sumas exorbitantes, que van mucho más allá de la equitativa remuneración de un trabajo profesional calificado- sin dar a los profesionales involucrados la posibilidad de resistir una eventual petición del interesado en tal sentido, vulnera elementales garantías constitucionales de los así afectados, toda vez que éstos no fueron parte en el proceso desarrollado en instancia internacional, lo que *llevaría a la inicua -y paradójica- situación de hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca* -arts. 8, 21 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos- (CS, 2003/08/21, "*Procurador del Tesoro de la Nación (en autos Cantos, José M., expediente 1307/2003*", La Ley, 2003-F, 16 - DJ, 2003-3, 251).

Reino de España respecto de un miembro de la organización terrorista E.T.A.

En ambas situaciones se coligen condiciones diferentes. En la primera, se consideraron los efectos que tendría cumplir una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde existían en el derecho interno, realidades que quedarían conmovidas afectando, probablemente, derechos de mayor jerarquía. En la segunda, la Corte no tuvo guías de orientación y eludió seguir el vinculado por analogía. Vale decir, como el terrorismo no se define como delito de lesa humanidad el bien a proteger debió estimarse en los moldes del derecho interno, y en tal caso, la jurisprudencia transnacional no ocupó un espacio demasiado importante.

2. Principio de subsidiariedad frente a la aplicación directa

2.1 La presentación instala un debate a resolver: ¿la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros textos internacionales vinculado con derechos humanos, que realiza la Corte Interamericana, es obligatoria o solamente aporta un elemento o guía de orientación que actúa en subsidio de la consideración interna?

Las dudas advertidas en el parágrafo precedente testimonian el problema. Cuando el tribunal supranacional resuelve un caso concreto, por ejemplo, sobre prescripción de los delitos de lesa humanidad, tenemos por cierto que esa jurisprudencia es *vinculante* pero *no obligatoria* para situaciones locales similares.

Vinculante porque el Estado argentino ha aceptado la jurisdicción transnacional, pero no es obligatoria porque no se trata de un caso donde nuestro país esté directamente afectado. En consecuencia, la orientación del pronunciamiento es una guía o pauta.

La Corte siempre se ha preocupado por aclarar que la "obligatoriedad" de sus fallos es para el Estado Parte que se encuentra denunciado ([201]).

201 La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordena al Estado peruano dar cumplimiento al hábeas corpus concedido por un tribunal de garantías en favor de un individuo sometido a proceso en el fuero militar, así como la anulación de

2.2 Diferente es la situación cuando la Corte se define en *jurisdicción consultiva*, precisamente porque es aquí cuando interpreta las normas del Sistema. Esta jurisprudencia es *obligatoria*, y si en el derecho interno existe contraposición, comienza a jugar el deber impuesto por la propia Convención respecto a adaptar las normas locales (y la jurisprudencia estaría alcanzada) para que sea operativa la efectiva defensa de los derechos humanos ([202]).

El Estado u órgano que solicita una opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento, razón por la cual su desistimiento a tal pedido no reviste carácter vinculante para aquel tribunal, que puede continuar con la tramitación del asunto ([203]).

---

ese juicio y sus consecuencias por ser incompatible con la Convención Americana, tiene carácter obligatorio y, por lo tanto, su cumplimiento debe ser inmediato sin perjuicio de que las autoridades competentes se pronuncien acerca de la responsabilidad penal de dicho individuo con respecto a los hechos ilícitos que se le atribuyen (CIDH, 2000/01/29, "*Cesti Hurtado*", La Ley, 2000-F, 200).
A partir de la reforma constitucional de 1994 el art. 75 inc. 22 de la ley fundamental otorga jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la cual la jurisprudencia de Corte Interamericana pronunciada en causas en las que son partes otros estados miembros de la Convención constituyen una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos (voto del doctor Maqueda) (CS, 2003/08/21, "*Videla, Jorge R.*", La Ley, 2003-F, 87).

202 El ejemplo suele distorsionarse cuando se lo interpreta como un ataque a la soberanía del Estado. Es el caso de la sentencia 1942 del Tribuna Superior de Justicia – Sala Constitucional – de Venezuela que luego de recibir "recomendaciones" de la Comisión Interamericana resolvió que ...[...] *la Sala observa que los fallos o decisiones de organismos internacionales, supranacionales o transnacionales, que violen el derecho de defensa y otras garantías de naturaleza constitucional, como el debido proceso, son inaplicables en el país, a pesar de emanar de tales organismos internacionales reconocidos en la República...*[Por ello]*...si lo recomendado debe adaptarse a la Constitución y a las leyes de los Estados, es porque ello no tiene naturaleza obligatoria, ya que las leyes internas o la Constitución podrían colidir con las recomendaciones. Por ello el articulado de la Convención nada dice sobre el carácter obligatorio de la recomendación...* (el fallo in extenso se puede consultar en www.tsj.gov.ve, para ampliar ver: Ayala Corao, Carlos, *La sentencia 1942 vs. La protección internacional de la libertad de expresión*, en "El derecho procesal constitucional peruano", libro homenaje a Domingo García Belaunde, Grijley, Lima, 2005, ps. 1145 y ss.

203 Corte IDH, 1997/11/14, "*Opinión consultiva 15/97*", La Ley, 1998-E, 496, con nota de María Fernanda Pérez Solla.

En estos casos juega el principio general de protección *pro homine*, de manera que si la propia legislación es suficiente para abastecer el derecho de que se trate, la interpretación acordada es subsidiaria ([204]). En caso opuesto, prima la jurisdicción transnacional.

Además, cabe recordar lo dispuesto por el art. 64.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece la posibilidad de la Corte Interamericana para emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales del sistema. Con esta potestad, los Estados Partes no han hecho más que establecer una suerte de lectura privilegiada que impide obstruirla con interpretaciones locales ([205]).

Sin embargo, la conclusión se contrapone con el sentido jurídico que tiene una "consulta", toda vez que ella, *per se*, no podría tener más extensión que el consejo aportado ([206]).

Una consulta no suele portar consecuencias jurisprudenciales porque no es esa la finalidad. El objeto es aportar un criterio, una guía que orienta al que requiere, un consejo que se ofrece al consultante.

> Es muy cierto la afirmación de Ruiz Miguel cuando sostiene que una consulta no resuelve como se hace en los procesos contenciosos que alcanzan la "cosa juzgada", aunque se admite alguna matización cuando la opinión no es afirmativa sino negativa (es decir cuando el dictamen dice que algo viola el derecho internacional) o cuando es "interpretativa", es decir, cuando de entre varias posibilidades

204 Sostiene García Ramírez que, la jurisdicción internacional no excluye o subordina a la nacional; es subsidiaria de ésta: opera solamente cuando no ha sido posible satisfacer la pretensión a través de los medios nacionales dispuestos para este efecto. La propia Convención dispone la existencia de estos medios jurisdiccionales (*Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2002, p. 82).

205 La Sala Constitucional de la Corte de Costa Rica consideró obligatorio para su gobierno el criterio adoptado en la Opinión Consultiva 5 de 1985 (OC 5/85).

206 Dice Carlos Ruiz Miguel que, en la consulta el juicio emitido no tiene carácter obligatorio, carácter que sí está presente en el juicio emanado de la jurisdicción (lo que implica el efecto de la cosa juzgada)...La consulta tiene un carácter preeminentemente técnico y abstracto, mientras que la jurisdicción en principio se lleva a cabo para resolver litigios concretos...(cfr. *La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos ¿crisálida de una jurisdicción supra constitucional?,* en Liber amicorum Héctor Fix Zamudio, tomo II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 1347).

> interpreta que sólo una es conforme con el derecho internacional. "En estos asuntos, al no haber en principio <<cosa juzgada>> es perfectamente posible desviarse de la opinión de la Corte...[...]" ([207]).

2.3 Veamos qué sucede con las decisiones ([208]) que llegan de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

A diferencia de la Corte, la Comisión tiene una naturaleza jurídica distinta. No posee "jurisdicción" en el sentido técnico que significa, ni son jueces sus integrantes, solamente son "miembros" (art. 34 del Pacto).

No obstante, el Sistema actúa interdependiente y coligado, de algún modo, ordenado con la regla del art. 29 del Pacto de San José que no se puede soslayar.

En consecuencia, la jurisdicción interna no puede desvincularse de la interpretación hecha por la justicia supraestatal. Lo cual supone tener un criterio ampliado, una búsqueda de la efectividad y eficacia que se nutre de los principios, valores, guías, etc. que han especificado los órganos corrientes que interpretan la Convención ([209]).

La Corte Argentina dice […].

> "La resolución del superior tribunal local, en cuanto rechazó el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia de condena -en el caso, por el delito de injurias-, desatiende la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la salvaguarda del acceso a la revisión de las condenas penales, la cual se satisface siempre y cuando el recurso no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal, examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial

207 Ob. cit., p. 1352.

208 Para ampliar ver nuestro trabajo "*Las decisiones en los conflictos transnacionales*", en Revista Ars Juris nº 12, Universidad Panamericana, México, 1994, ps. 347 y ss.

209 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno* en Liber amicorum Héctor Fix Zamudio, tomo II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 828.

los de defensa y al debido proceso (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo)" ([210]).

2.4 Otra contingencia se produce con el efecto que produce la sentencia transnacional (sea en jurisdicción contenciosa o consultiva) sobre situaciones jurídicas consolidadas, vale decir, cuando la decisión afecta hechos pasados o ya juzgados.

En tal caso es preciso que el Estado confronte con precisión la competencia *ratione temporis* que aceptó al incorporarse al Sistema Interamericano.

El art. 28 de la Convención de Viena (sobre Derecho de los Tratados) dispone al respecto que *"las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo"*.

Claro está que en los delitos continuos o sistemáticos que produce un Estado alterando la práctica efectiva de tutela de los derechos del hombre, el principio anotado se restringe; lo mismo que ocurre cuando una norma particular sustituye la regla general, como es el caso de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad ([211]).

2.5 Todo lo expuesto confirma que la interpretación jurisdiccional de jueces y tribunales constitucionales trabaja con estándares particulares que radican en los contenidos dogmáticos del derecho procesal constitucional.

---

210 CS, 2002/05/28, "*Caric Petrovic, Pedro y otros c. Báez, Juan C. y otro*", La Ley, 2002-E, 262 - La Ley, 2003-C, 363 - Con nota de Silvina G. Catucci.

211 Es procedente el recurso extraordinario -art. 14, ley 48- deducido contra la sentencia que declaró extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones son vinculantes para los tribunales argentinos, habiendo dicho tribunal responsabilizado al Estado nacional por la deficiente tramitación de la citada causa, ya que con la declaración de prescripción se lesionaría el derecho a la protección judicial de las víctimas de las violaciones constatadas por el nombrado tribunal, originándose nueva responsabilidad internacional para la Nación (CS, 2004/12/23, "*Espósito, Miguel A*.", RJLL on line).

El desarrollo de la jurisdicción especial confirma el aserto, que se afirma y concreta con la aplicación de la jurisprudencia transnacional que, sin condicionar la libertad del sentenciante, permite resolver con principios y garantías de aceptación universal.

La función de las decisiones transnacionales, y en particular, la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, no tiene otro destino que promover la tutela efectiva de los derechos del hombre.

El respeto que el derecho interno a la jurisdicción supranacional, y el valor que asigne a sus compromisos internacionales, son la clave del dilema.

2.6 Con relación a las sentencias de la jurisdicción supranacional, ellas son de cumplimiento obligatorio para el Estado afectado.

> Las condenas impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pueden obstaculizarse por decisiones internas del Estado demandado -en el caso, se desestimó la defensa fundada en que estarían prescripta la acción penal tendiente a investigar los hechos denunciados como violaciones a los derechos humanos-, pues de lo contrario se restaría eficacia a los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos que los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se han obligado a respetar (del voto razonado del juez Gil Lavedra) ([212]).

No lo son, en cambio, cuando el Estado solo accede al caso como miembro del Sistema, pero sin estar directamente alcanzado por la resolución. Vale decir, la jurisprudencia ilustra el problema y lo resuelve, siendo esa decisión una guía o pauta de orientación que se puede aplicar en el derecho interno.

212 Corte IDH, 2003/09/18, "*Bulacio c. Argentina*", Sup. Penal, 2003 (diciembre), 3 - Con nota de García, Luis M., publicado en La Ley, 2004-A, 682). La reparación de las violaciones a derechos humanos dispuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en el caso, debido a la muerte de un menor por los golpes que le propinaron agentes policiales durante una detención ilegal, sin que la Justicia haya esclarecido los hechos ni identificado a sus autores- tiene la doble finalidad de proveer a la satisfacción de la víctima y sus familiares y restablecer el orden jurídico quebrantado por la violación en cuestión, lo que requiere la garantía de no repetición de los hechos lesivos (del voto razonado del juez Cançado Trindade). (CIDH, 2003/09/18, "*Bulacio c. Argentina*", citado).

2.7 Para finalizar quedan las *Opiniones Consultivas.*

En efecto, es preciso advertir que en un procedimiento contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, podrá disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.

En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hechos para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica.

Nosotros creemos que esta interpretación es de seguimiento obligatorio, pues es una forma de jurisdicción aunque técnicamente no lo parezca.

Se ha dicho al respecto, que todo tribunal internacional y órgano poseedor de competencias jurisdiccionales tiene el poder inherente de determinar el alcance de su competencia. Así, toda vez que la Corte Interamericana decide responder o no una solicitud de opinión consultiva está ejerciendo el poder de determinar su competencia ([213]).

Por eso, el tribunal sólo debe abstenerse de responder a una solicitud de opinión consultiva si encuentra que la consulta excede el alcance de esa competencia, sea porque busca debilitar el mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos menoscabando los derechos protegidos, o desvirtuar o perjudicar la jurisdicción contenciosa de aquel tribunal.

2.8 La síntesis de la actividad parece quedar emplazada en el llamado "control de convencionalidad" donde la interpretación constitucional se integra y complementa con los pronunciamientos y recomendaciones del sistema europeo o interamericano, dando lugar a

213 Del voto concurrente del juez Cançado Trindade -1997/11/14, "*Opinión consultiva 15/97*", en La Ley, 1998-E, 496, con nota de María Fernanda Pérez Solla.

un esquema totalmente novedoso para la aplicación de los estándares conocidos sobre derechos y garantías.

La guía surge de la propia jurisprudencia transnacional que reclama que los tribunales locales no se limiten a analizar si una ley es o no inconstitucional, sino que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana".

La voz "control de convencionalidad", fue aplicada por vez primera en el año 2003 en el caso *Myrna Mack Chang*, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez ([214]).

> Tiempo después, en el año 206, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú,* vuelve García Ramírez a sostener cuánto significa el control de convencionalidad […] "en la especie, la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris convencional* de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.
>
> Es perfectamente conocida la cadena jurisdiccional de medios de control de actos de autoridad, que bajo diversos criterios competenciales --y no siempre conforme a un sistema de instancias que represente nuevas etapas de un mismo proceso--, procura ajustar a derecho los actos de las autoridades. Esto se hace, en el ámbito que ahora me interesa invocar, cada vez que se realiza un juicio de legalidad (en el sentido de adhesión del acto analizado a la norma que debe presidirlo, en los diversos planos de la jerarquía normativa): por el

214 Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101.

órgano de alzada en relación con el órgano de primera instancia; por la autoridad de casación acerca de la decisión judicial cuestionada; por el Tribunal Constitucional a propósito de actos de diversas autoridades nacionales, y por el tribunal internacional en lo que respecta a hechos atribuibles a un Estado que ha reconocido la competencia de aquél para resolver asuntos contenciosos surgidas en el ámbito interno.

[…] En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores --principios y valores del sistema democrático-- que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).

De manera semejante a la descrita en el párrafo anterior, existe un "control de convencionalidad" depositado en tribunales internacionales --o supranacionales--, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.

[…] "Este "control de convencionalidad", de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener --como ha sucedido en algunos países-- carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso --vertical y general-- en materia de juridicidad de los actos de autoridades --por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos--, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que

> consta en la CADH y en otros instrumentos del corpus juris regional. Me parece que ese control extenso --al que corresponde el "control de convencionalidad"-- se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".

La evolución habida en relación con ello, fue bien explicada por Hitters ([215]), a quien seguimos en detalle.

En efecto, "el 7 de diciembre de 2004 en el caso Tibi ([216]), García Ramírez volvió a poner la Pica en Flandes sobre esta problemática, sosteniendo, con buen tino, que la tarea de los jueces trasnadonales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales,: <La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la 'constitudonalidad', el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la 'convencionalidad' de esos actos. A través del control de constitudonalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía"> ([217]). Aclara allí el citado jurista mexicano que del mismo modo que un Tribunal Constitucional no puede, ni lo debe pretender, traer ante sí todos los casos en que se cuestione la supralegalidad de actos y normas; <un tribunal internacional de derechos humanos no aspira -mucho menos

215 Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos),* Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, ps. 109 y ss.

216 Corte IDH, Caso *Tibi Vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114.

217 Corte IDH, Caso *Tibi*, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

todavía que el órgano nacional- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento> ([218]).

> "Lo expresado significa -en definitiva- que en el ámbito regional, el país debe tener en cuenta *la jurisprudencia* de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico.
>
> "En el caso *Raxcacó Reyes* ([219]) 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 aquél, por lo que dispuso que el país debería modificar esta norma punitiva, que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias, y que mientras que 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... > ([220]).
>
> "En el año 2006 en el asunto *López Álvarez* ([221]) el juez García Ramírez, volvió sobre esta temática cuando le tocó analizar el 'plazo razonable' (arts. 7.5 y 8.1 del Pacto), sosteniendo que <el *control de convencionalidad* debe explorar las circunstancias dejurey de fado del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y

218 Corte IDH, Caso *Tibi*, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 4.

219 Corte IDH, Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 133.

220 Corte IDH, Caso *Raxcacó Reyes*, cit., párr. 145, subpuntos 5, 6, 7 y 8. Se le había impuesto al señor Roland Raxcacó Reyes la pena de muerte por la comisión del delito de plagio y secuestro, pese a que dicha sanción no se encontraba prevista en la ley al momento que Guatemala ratificó la Convención Americana, sólo se admitía cuando como consecuencia de tales hechos, falleciera la persona secuestrada, que no era el caso juzgado.

221 Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C N° 141.

hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes> ([222]).

"En el caso *Almonacid Arellano* ([223])-ahora- la Corte 'en pleno' se ocupó de tal problemática -refiriéndose a delitos de lesa humanidad-, sosteniendo que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, 'sus jueces' "como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella ([224]), lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras <el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas, que aplican a 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 IDH, intérprete última de la Convención> ([225]).

"Repárese que en el asunto referido el Tribunal Interamericano -en pleno- utilizó por primera vez la frase *'control de convencionalidad'*. En el caso *Vargas Areco* fallado en septiembre de 2006, nuevamente el Juez Sergio García Ramírez en su Voto Razonado trabajó sobre esta álgida cuestión hablando de 'control de convencionalidad' ([226]). Tales expresiones del Magistrado aludido apuntan a noticiar que la Corte IDH debe confrontar las circunstancias internas, tales como actos administrativos, leyes, resoluciones judiciales, etc.; con las

222 Corte IDH, Caso *López Álvarez*, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 30.
223 Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N°. 154, párr. 124.
224 Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 124.
225 Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 124.
226 Corte IDH, Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 155.

normas de la Convención y resolver si existe congruencia -examen de compatibilidad- entre aquéllos y éstas ([227]).

"Desde esa vertiente, no debemos olvidar que la lógica del modelo tutelar del Pacto de Costa Rica, reside en la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de determinados hechos desde la perspectiva de los derechos humanos; esto es evidente y de ello se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando se trata de considerar los límites y restricciones para el ejercicio de los derechos o la suspensión de las obligaciones del Estado en esta materia. Cabe decir otro tanto del régimen de garantía establecido por la Convención -e inherente a las obligaciones naturales de un Estado en este ámbito-, al que también se pueden y deben aplicar aquellos patrones de apreciación para estimar su existencia y eficacia, y en este sentido, su correspondencia con la propia Convención ([228]).

Omissis caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru, referenciado anteriormente.

"[…] El 20 de septiembre de 2007, en el caso *Boyce* ([229]), la Corte se ocupó nuevamente de esta temática, observando que en la jurisdicción interna se había hecho un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa en la cual no se tuvieron en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme al Pacto de San José. Se dijo allí que de acuerdo con la Convención de Viena sobre los Tratados (art. 26), el Estado debió cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. Ejemplificando, y con un tono docente se señaló allí que la jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma local era constitucional o no, ya que la Corte de Justicia del Caribe (último órgano doméstico), debió también decidir si la ley de Barbados, esgrimida en las sentencias locales, violó o no la Convención ([230]).

227 Corte IDH, Caso *Vargas Areco*, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 7.
228 Corte IDH, Caso *Vargas Areco*, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 8.
229 Corte IDH, Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C N° 169.
230 Corte IDH, Caso *Boyce*, cit., párr. 77.

"En el Caso *Heliodoro Portugal* ([231]), en un asunto referido a la desaparición forzada de personas, el Tribunal de cita adunó que a través de lo que se denomina 'control de convencionalidad', cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, por ende, el derecho doméstico -tal cual ya lo dijimos- debe adecuar sus normas al Pacto de San José.

"La Corte ha interpretado que la 'adecuación' de los preceptos locales implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: *i*) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y *ii*) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías criterio que ya había sido fijado con anterioridad" ([232]).

231 Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N°186, párrs. 180-181.

232 Hitters, ob. cit., ps. 109 y ss.

CAPÍTULO VII
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. Concepto de convencionalidad

1.1 La incorporación a un sistema jurisdiccional supone contraer obligaciones que surgen del mismo Pacto o Convención celebrada. Cuando la inscripción se realiza por adhesión, se acepta que el adherente formule reservas que dejen fuera alguna de las disposiciones o efectos que el Tratado conlleva.

La recepción en el derecho interno de normas internacionales proviene bajo dos modalidades. Algunas veces se acuerdan entre Estados o grupos de ellos dando lugar a un régimen consensuado, que suma al ordenamiento jurídico local normas privadas o públicas según el caso. En otras ocasiones, la admisión es producto de una resolución soberana que por ley interna del Estado decide sumarse a un orden jurídico de carácter transnacional, como es en el caso, el derecho internacional de los derechos humanos proveniente de la Convención Americana.

De este modo, el control de convencionalidad puede ser analizado como un deber implícito en la Convención Americana, y alojarse entre lo indisponible para los Estados parte; o bien, quedar interpretado como una actividad de los tribunales locales que tendrán que orientarse con las decisiones adoptadas por los órganos del Sistema IDH, sin que ello deriva en un régimen de acatamiento absoluto.

Para Carlos Ayala Corao […]

> Los Estados partes de los tratados sobre derechos humanos como es el caso de la CADH, asumen la obligación internacional de "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". Estas obligaciones de respeto y garantía de los derechos reconocidos en la CADH, se complementa con la obligación internacional específica de cada Estado, de adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno, para que tales derechos sean efectivos. En este sentido, de conformidad con la CADH, si en el ejercicio de esos derechos no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes "se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".
>
> Se trata por tanto, de una obligación *totalizante*, ya que comprende y compete a todos los órganos del poder público del Estado, ello es, tanto legislativos, como de gobierno, administrativos y judiciales. De esta manera, todos los órganos del Estado deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos, como es la CADH. Pero además, si por cualquier razón no lo han hecho así (ya sea que por acción errada, por negligencia, omisión o ineficacia), los Estados deben entonces adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos dichos derechos.
>
> Estas medidas necesarias para asegurar los derechos convencionales, pueden ser por tanto de diversa naturaleza, ya sean constitucionales, legislativas, reglamentarias, administrativas, electorales, judiciales o de cualquier otra, dependiendo del reparto competencial contenido en las constituciones de cada Estado. Se trata por tanto de una obligación de resultado, es decir, de "hacer efectivos tales derechos", que debe emprender el Estado de buena fe en el marco de sus compromisos internacionales ([233]).

233 Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional n° 72, Porrúa, México, 2013, ps. 104 y ss.

La posición del experto jurista venezolano presenta una visión propia de quienes enfocan el tema desde el derecho internacional, asumiendo como punto de partida que el concepto de soberanía está aislado del criterio tradicional.

El problema radica en que las Constituciones, y especialmente la Argentina, afinan el principio de autodeterminación y consagra en el artículo 31 de la Carta Fundamental, el principio de supremacía constitucional.

De ello se deriva que los jueces deben resolver caso por caso; interpretar en cada uno la teoría del mejor rendimiento a los preceptos constitucionales, y en cuestiones no reguladas, regirse por los derechos implícitos y de cuanto surge del conjunto de derechos fundamentales que se incorporaron en el artículo 75.22 como un bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, dentro del conjunto normativo sumado en este acumulado están los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, que tienen un sistema propio de interpretación mediante los organismos que lo componen (Comisión y Corte IDH), ofreciendo al mismo tiempo, la posibilidad que sean los tribunales locales los que realicen, también, una lectura propia adaptada a cuanto dicen las normas o los órganos que le dan inteligencia de aplicación a lo convencional.

En consecuencia, entre el control constitucional local y el control de convencionalidad se puede encontrar un conflicto de jerarquías y de opiniones eventualmente contrarias.

1.2 El Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos es producto de una convención internacional que crea organismos de ejecución e interpretación a los que cada Estado parte puede, o no, reconocerles jurisdicción.

Precisamente, como es un ordenamiento jurídico que se agrega al derecho interno por adhesión, quien lo toma solo puede formular reservas sobre aspectos muy puntuales, sin que ello pueda llevar a obstruir el conjunto normativo dispuesto.

El control de convencionalidad es una forma de proyectar la obligatoriedad del sistema adscripto, pero al ser una función consecuencia de la actividad que los organismos cumplen, se plantea el dilema de aceptar cuanto ellos dicen y aplican, en toda la extensión que resuelven.

La Corte Interamericana, a sabiendas de este compromiso, ha dicho que […]

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "*control de convencionalidad*" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana ([234]).

1.3 La voz "control de convencionalidad", fue aplicada por vez primera en el año 2003 en el caso "*Myrna Mack Chang*", a través del voto razonado del juez Sergio García Ramírez ([235]). Es cierto que lo hace como "al pasar", porque el jurista mexicano quiere significar la importancia de encontrar un criterio coincidente para que las reparaciones sean acordes con el mejor sistema de justicia para el hombre.

El párrafo que aludimos dice […]

234 Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (párr. 124).

235 Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, N° 101.

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

Tiempo después, en el citado caso *Almonacid Arellano vs. Chile,* la Corte IDH refiere a una "especie" de control de convencionalidad, poniendo entre las obligaciones del derecho interno, la actuación conforme al Pacto de San José y de cuanto de ella haya interpretado la jurisprudencia del tribunal.

Pero no va a ser sino hasta el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú,* cuando el voto de García Ramírez explica el significado y contenido del control de convencionalidad. Esta vez lo hace con fundamentos ampliados, claros y concretos […]

> En la especie, la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris convencional* de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.
>
> Es perfectamente conocida la cadena jurisdiccional de medios de control de actos de autoridad, que bajo diversos criterios

competenciales –y no siempre conforme a un sistema de instancias que represente nuevas etapas de un mismo proceso–, procura ajustar a derecho los actos de las autoridades. Esto se hace, en el ámbito que ahora me interesa invocar, cada vez que se realiza un juicio de legalidad (en el sentido de adhesión del acto analizado a la norma que debe presidirlo, en los diversos planos de la jerarquía normativa): por el órgano de alzada en relación con el órgano de primera instancia; por la autoridad de casación acerca de la decisión judicial cuestionada; por el Tribunal Constitucional a propósito de actos de diversas autoridades nacionales, y por el tribunal internacional en lo que respecta a hechos atribuibles a un Estado que ha reconocido la competencia de aquél para resolver asuntos contenciosos surgidas en el ámbito interno.

[…] En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores –principios y valores del sistema democrático– que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).

De manera semejante a la descrita en el párrafo anterior, existe un "control de convencionalidad" depositado en tribunales internacionales –o supranacionales–, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.

[…] "Este "control de convencionalidad", de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener –como ha sucedido en algunos países– carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos. Esto permitiría

trazar un sistema de control extenso –vertical y general– en materia de juridicidad de los actos de autoridades –por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos–, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese control extenso –al que corresponde el "control de convencionalidad"– se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".

1.4 El razonamiento aportado se aleja de aquella comparación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad que se había hecho en el caso *Tibi vs. Ecuador* , explicado por Hitters ([236]) […]

El 7 de diciembre de 2004 en el caso *Tibi* ([237]), García Ramírez volvió a poner la Pica en Flandes sobre esta problemática, sosteniendo, con buen tino, que la tarea de los jueces trasnacionales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales. "La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la *'constitucionalidad'*, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la *'convencionalidad'* de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en

236 Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación y criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos),* Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, ps. 109 y ss.

237 Corte IDH, Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, Nº 114.

> la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía" ([238]).

La especialidad del control no supone trazar un paralelo con el Tribunal Constitucional, porque la Corte IDH no puede, ni lo debe pretender, traer ante sí todos los casos en que se cuestione la supralegalidad de actos y normas […]

> Un tribunal internacional de derechos humanos no aspira –mucho menos todavía que el órgano nacional– a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento ([239]).

En suma, concluye Hitters, señalando que cuanto expresa, significa que en el ámbito regional, el país debe tener en cuenta *la jurisprudencia* de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico.

> "En el caso *Raxcacó Reyes* ([240]) 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 aquél, por lo que dispuso que el país debería modificar esta norma punitiva, que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias, y que mientras que 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 ([241]).

238 Corte IDH, Caso *Tibi*, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

239 Corte IDH, Caso *Tibi*, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 4.

240 Corte IDH, Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, N° 133.

241 Corte IDH, Caso *Raxcacó Reyes*, cit., párr. 145, sub puntos 5, 6, 7 y 8. Se le había impuesto al señor Roland Raxcacó Reyes la pena de muerte por la comisión del delito de plagio y secuestro, pese a que dicha sanción no se encontraba prevista en la ley al

"En el año 2006 en el asunto *López Álvarez* ([242]) el juez García Ramírez, volvió sobre esta temática cuando le tocó analizar el 'plazo razonable' (arts. 7.5 y 8.1 del Pacto), sosteniendo que <el *control de convencionalidad* debe explorar las circunstancias dejurey de fado del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes> ([243]).

"En el caso *Almonacid Arellano* ([244])–ahora– la Corte 'en pleno' se ocupó de tal problemática –refiriéndose a delitos de lesa humanidad–, sosteniendo que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, 'sus jueces' "como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella ([245]), lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras <el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas, que aplican a 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 IDH, intérprete última de la Convención> ([246]).

---

momento que Guatemala ratificó la Convención Americana, sólo se admitía cuando como consecuencia de tales hechos, falleciera la persona secuestrada, que no era el caso juzgado.

242 Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, N° 141.

243 Corte IDH, Caso *López Álvarez*, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 30.

244 Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, N° 154, párr. 124.

245 Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 124.

246 Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 124.

"Repárese que en el asunto referido el Tribunal Interamericano –en pleno– utilizó por primera vez la frase *'control de convencionalidad'*. En el caso *Vargas Areco* fallado en septiembre de 2006, nuevamente el Juez Sergio García Ramírez en su Voto Razonado trabajó sobre esta álgida cuestión hablando de 'control de convencionalidad' ([247]). Tales expresiones del Magistrado aludido apuntan a noticiar que la Corte IDH debe confrontar las circunstancias internas, tales como actos administrativos, leyes, resoluciones judiciales, etc.; con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia –examen de compatibilidad– entre aquéllos y éstas ([248]).

"Desde esa vertiente, no debemos olvidar que la lógica del modelo tutelar del Pacto de Costa Rica, reside en la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de determinados hechos desde la perspectiva de los derechos humanos; esto es evidente y de ello se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando se trata de considerar los límites y restricciones para el ejercicio de los derechos o la suspensión de las obligaciones del Estado en esta materia. Cabe decir otro tanto del régimen de garantía establecido por la Convención –e inherente a las obligaciones naturales de un Estado en este ámbito–, al que también se pueden y deben aplicar aquellos patrones de apreciación para estimar su existencia y eficacia, y en este sentido, su correspondencia con la propia Convención ([249]).

Omissis caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru, referenciado anteriormente.

"[…] El 20 de septiembre de 2007, en el caso *Boyce* ([250]), la Corte se ocupó nuevamente de esta temática, observando que en la jurisdicción interna se había hecho un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa en la cual no se tuvieron en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme al Pacto de San José. Se dijo allí que

247 Corte IDH, Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, N° 155.

248 Corte IDH, Caso *Vargas Areco*, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 7.

249 Corte IDH, Caso *Vargas Areco*, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 8.

250 Corte IDH, Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, N° 169.

de acuerdo con la Convención de Viena sobre los Tratados (art. 26), el Estado debió cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. Ejemplificando, y con un tono docente se señaló allí que la jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma local era constitucional o no, ya que la Corte de Justicia del Caribe (último órgano doméstico), debió también decidir si la ley de Barbados, esgrimida en las sentencias locales, violó o no la Convención ([251]).

"En el Caso *Heliodoro Portugal* ([252]), en un asunto referido a la desaparición forzada de personas, el Tribunal de cita adunó que a través de lo que se denomina 'control de convencionalidad', cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, por ende, el derecho doméstico –tal cual ya lo dijimos– debe adecuar sus normas al Pacto de San José.

"La Corte ha interpretado que la 'adecuación' de los preceptos locales implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: *i*) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y *ii*) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías criterio que ya había sido fijado con anterioridad" ([253]).

2. Alcance del control de convencionalidad

2.1 Una vez instalado el tema del control de convencionalidad, la Corte se encontró con un fenómeno de impacto que quizás no había imaginado. Si bien era lógico suponer que la protección de los derechos humanos debía ser fomentada y alentada en cada Estado parte; y que para ello no era suficiente acomodar el derecho interno con las normas convencionales, lo cierto fue que se abrieron varios frentes de ataque

251 Corte IDH, Caso *Boyce*, cit., párr. 77.
252 Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 186, párrafos 180/181.
253 Hitters, ob. cit., ps. 109 y ss.

contra el alcance que significaba tener que cumplir la Convención tal como la jurisprudencia supranacional lo dijera.

En el caso *La Cantuta vs. Perú*" ([254]) replantea lo dicho en *Almonacid Arellano vs. Chile* ampliando conceptos sobre el deber de cumplimiento y la responsabilidad emergente para el Estado.

Allí sostiene que […]

> En la Convención, este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.
>
> El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.

2.2 La obligación que difunde desde estos fallos, le genera un deber de esclarecer la idea que surgía de abrir en el derecho interno un poder jurisdiccional de aplicación, antes que de interpretación. De algún modo se despojaba de aquella mención doctrinaria sobre el diálogo jurisprudencial orientativo, para comenzar a imponer cuanto ella sostenía.

254 Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 162.

Tal como había ocurrido en su tiempo cuando Kelsen y Schmitt discutían si la Constitución debía ser defendida evitando que sus disposiciones fueran interpretadas; o en su caso, si el control de aplicación permitía al tribunal constitucional tener una lectura especializada de las normas fundamentales; ahora el control de convencionalidad provoca el espejismo de una cuarta instancia.

Pero la Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una "nueva y última instancia" para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional. Esto lo tiene claro el Tribunal Interamericano como no puede ser de otra manera. Cobran relevancia las lúcidas reflexiones de un destacado juez interamericano al referirse precisamente sobre esta cuestión ([255])

> La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el "control de convencionalidad" fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende –jamás lo ha hecho–, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.

El voto razonado de Eduardo Ferrer Mac Gregor en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* ([256]) comprende el encuadre formulado, en consecuencia, el alcance que definimos desde el título pretende razonar la actuación que tiene la Corte IDH cuando resuelve un caso. En primer lugar no es un órgano que participe del proceso originario tramitado ante los jueces del Estado que corresponda. El tribunal no es una alzada y su margen de incidencia se reduce al correcto ejercicio del "control de convencionalidad", que supone

255 Párr. 3 del voto razonado formulado por el juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 155.

256 Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

realizar el test de compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional.

El artículo 33 de la CADH precisa el límite para conocer "*de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes*" y en general, tiene el objetivo de aplicar e interpretar las normas del Pacto de San José con carácter obligatorio para los Estados Partes que se hayan sometido a su jurisdicción.

Esta obligación, o deber de acatamiento, se extiende a todos los poderes del Estado y, es por esto que, Ferrer Mac Gregor indica […]

> Cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana ([257]).

2.3 En segundo término, la doctrina que emana del control de convencionalidad se debe diferenciar del control de constitucionalidad, porque si bien es cierto en un primer momento la Corte IDH sostiene que su actuación es una "especie" de fiscalización sobre el principio de supremacía, después debió cambiar lo afirmado en la medida que entre una y otra forma de control, hay diferencias de métodos y sistemas, tanto como los hay en orden a los derechos que se tutelan.

257 Cfr. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*.. Sentencia de 4 de julio de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 149, párr. 172; y Caso *Baldeón García vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 147, párr. 140.

Una asimetría manifiesta aparece con la mención del destinatario, toda vez que el control de constitucionalidad es función judicial, mientras que el control de convencionalidad se dirige a todos los niveles del poder.

Otra disparidad se suscita en algunos sistemas de control de constitucionalidad que impiden trabajar sobre ello si no hay petición expresa de partes; mientras que el control de convencionalidad se dispone como un deber propio del oficio de cualquiera que aplique derechos humanos.

2.4 Otra manifestación a resolver, que se proyecta desde el mensaje de actuar por *todos los jueces,* escala en la organización política del Estado. Por ejemplo, si la Constitución dice que los jueces deben actuar solamente en casos concretos estando prohibido que declare la inconstitucionalidad normativa, desde que solo pueden resolver la inaplicabilidad de la ley cuestionada: ¿qué pasa con el poder de intervención en cuestiones de convencionalidad donde la contradicción entre una norma local y otra proveniente de la CADH permitiría declarar la inconvencionalidad?

Inclusive, en legislaciones que afincan el control de constitucionalidad en Tribunales concentrados parecería contradictorio darles a todos los jueces un poder que desde la Norma Fundamental no tienen.

En *Cabrera García y Montiel Flores* el voto razonado de Ferrer explica […]

> Una de las manifestaciones de este proceso de "internacionalización" de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del "control difuso de constitucionalidad" en contraposición con el "control concentrado" que se realiza en los Estados constitucionales por las altas "jurisdicciones constitucionales", teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el "control concentrado de convencionalidad" lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad

> los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este "control concentrado" lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un "control difuso de convencionalidad" al extender dicho "control" a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de "intérprete última de la Convención Americana" cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno ([258]).

3. Obligación de acatamiento general

3.1 Veamos, entonces, cada uno de estos interrogantes o planteos que se presentan con el control de convencionalidad.

Entre los antecedentes jurisprudenciales de nuestro país, el caso "*Giroldi*" ([259]) advierte que el grado de influencia de la Convención, aun admitiéndole jerarquía constitucional, lo era en las condiciones de su vigencia, que significa dar preferencia a la interpretación jurisprudencial de los tribunales internacionales competentes.

Ahora bien, esta lectura no ensambla la obligación de actuar con el acatamiento absoluto, sino más bien, trabaja la cuestión con estándares diferentes de articulación y cooperación, en lo que puede llevar a cierta confusión entre el control constitucional, propiamente dicho, y el control de convencionalidad.

Dicho esto porqué la función tiene particularidades distintas aunque laboren con un material de similar contexto. Los derechos humanos tienen esa fisonomía transversal que evita interpretaciones unilaterales o aplicaciones desiguales, desde que la unidad de intelección está en la igualdad para todos.

> La protección internacional se configura como una protección complementaria que no sustituye a la nacional sino que ambas se

258 Cfr. Ferrer Mac–Gregor, Eduardo, *"El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*", en Fix–Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), Formación y perspectiva del Estado mexicano, México, El Colegio Nacional–UNAM, 2010, ps. 151–188.

259 Fallos, 318:514.

> presentan como parte de una compleja maquinaria de garantía de derechos en una sociedad abierta y global. Estas dos dimensiones (nacional e internacional) de la protección de los derechos humanos determinan los nuevos entendimientos entre el derecho constitucional e internacional que requieren necesariamente de una "rehabilitación" del Estado en el escenario mundial, así como del fortalecimiento de las instancias supranacionales ([260]).

Ahora, cuando la técnica de interpretación deduce una conclusión en la sede supranacional, la aplicación no tiene fronteras, sino intelectos que deben seguir ese criterio, u orientarse con el mismo. Quizás algunos hasta disientan con esas conclusiones, dando al control de convencionalidad una suerte de acertijo que va a depender, en mucho, de la política de integración que el Estado resuelva.

3.2 La dificultad, entonces, pone énfasis en las cuestiones que se deben resolver como operativas. Algunos podrán colegir que todos los jueces adquieren un poder inesperado de interpretación que puede llegar a ser superior al que tienen los tribunales superiores de un Estado.

> La Suprema Corte de Justicia de México ha señalado que todos los jueces deben llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Con la obligación de seguir el control difuso de constitucionalidad, todos los jueces podrían entonces interpretar y revisar la constitucionalidad de las normas o de actos cuya resolución sólo implica efectos *inter partes*, esto es, efectos para el caso concreto. De esta manera, con las nuevas obligaciones de control de convencionalidad, todos los jueces bajo el sistema de control difuso deberían realizar el mismo ejercicio del control de constitucional, pero con los parámetros de convencionalidad de los actos o normas de un caso específico.
>
> En la sentencia *Radilla Pacheco*, sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad, en conjunto con las disposiciones que ahora establece el artículo 1° constitucional, la SCJN determinó que el artículo 1 constitucional debe leerse junto con el artículo 133

260 Del Toro Huerta, Mauricio, *La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva época, México D. F., N° 112, enero 2005.

> constitucional para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad [...]. El marco en que debe realizarse el control de convencionalidad es el mismo que utiliza un juez al aplicar el control difuso de constitucionalidad, pues realiza una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y si este se encuentra conformado por el bloque de convencionalidad, en el mismo ejercicio el juez realiza el control difuso de convencionalidad. En otras palabras, el control de constitucionalidad debe atender el control de convencionalidad, esto es, que las normas constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse también de conformidad con los tratados internacionales y con la jurisprudencia convencional ([261]).

Otros no le darán tanto vuelo al juez ordinario ni al tribunal constitucional obligándolos a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH.

> En Colombia, la Corte Constitucional afirma que no es juez de convencionalidad, esto significa que, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado.
>
> En efecto [...]: "La confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución". Como se indicó, el fundamento normativo de las disposiciones internacionales que se integran al bloque se deriva de cláusulas constitucionales expresas en las que se efectúan remisiones directas a dichas normas y principios, incorporándolos al ordenamiento interno con rango constitucional para efectos de precisar y complementar el sentido de las mismas ([262]).

En estos casos, la cuestión será resolver si la jurisprudencia es una guía o un régimen a seguir sin más alternativas. En Colombia, cuando se planteó el problema constitucional de entender a la homosexualidad como falta disciplinaria de un educador, o si tal decisión afectaba la

261 Bustillo Marín, Roselia, *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*. Tribunal Federal Electoral, año 2012, ps. 1 – 75.

262 Sentencia C 941/2010 (Colombia).

intimidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de los docentes, la Corte Constitucional se orientó por la interpretación jurisprudencial de tribunales supraestatales y dijo […]

> Conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto.
>
> En síntesis, conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP arts 13 y 16). Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto. Ahora bien, conforme a los criterios desarrollados por esta Corporación y por otros tribunales constitucionales y de derechos humanos, para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto es necesario (i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra

> medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación. Con ese estándar, entra la Corte a analizar la legitimidad de la consagración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el ejercicio docente ([263]).

También podrán darse supuestos de resistencia que lleven a desconocer la regla de convencionalidad. Es el caso de *Venezuela* que en la sentencia del Tribunal Supremo impide la ejecución de una sentencia de la Corte IDH diciendo […]

> En un mensaje directo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigió el "control de convencionalidad" y la aplicación de las interpretaciones que ese órgano realiza sobre la Convención Americana, al señalar: "Sin perjuicio de ello, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda 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 y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ´control de convencionalidad` entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

263 Sentencia C 481/98 (Colombia).

(…omissis…)

En conclusión, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (supra párr. 225), con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso" ([264]).

3.3 Es evidente así, que la oscilación o alternancia en seguir la interpretación de la CADH por los órganos encargados por el Sistema para cumplir esa misión, pone en juego la eficacia de la protección general a los derechos humanos.

Claro está que la afirmación no significa creer en la infalibilidad de la Corte, ni sostener que ella tiene una injerencia directa en el derecho interno. Pero, al mismo tiempo, no confiar en un mecanismo al que se llega voluntariamente, supone obrar en contra de los propios actos, constituyendo para el Estado una acción que se expone en abierta contradicción con la confianza que en otros despierta con su actitud de incorporarse a una supremacía que, en el caso, proviene de la propia Convención.

La doctrina promueve una inteligencia depuradora de conceptos, tanto como la unificación de criterios en orden a como leer y aplicar los Tratados y Convenciones que, en conjunto, constituyen el derecho internacional de los derechos humanos.

264 La sentencia dictada en el expediente 11–1130 de fecha 26 de septiembre de 2011 sostiene que es "inejecutable el fallo de la Corte IDH, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través "de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE)," a asegurar "que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales"; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; y se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a las adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal. Para asi resolver consideró que el ciudadano Leopoldo López Mendoza gozaba de los derechos políticos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tratarse solo de una inhabilitación administrativa y no política.

Es cierto que hay dificultades, pero también lo es que no se puede actuar conforme estándares de conveniencia o acomodados a intereses particulares. De hacerlo, se estaría violando el principio fundamental de igualdad.

Para Ernesto Jinesta […]

> El control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico–dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v.gr.: la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano.
>
> Debe reconocerse que tratándose de los Tribunales y Salas Constitucionales, en cuanto se acepta que dictan sentencias vinculantes y con efectos *erga omnes* que declaran la nulidad de una norma o disposición local por contrariar el parámetro de convencionalidad, expulsándola del ordenamiento jurídico con autoridad de cosa juzgada constitucional, el control de convencionalidad difuso ejercido por estos órganos suele ser más incisivo y de mayor alcance que aquél otro que pueden ejercer los jueces ordinarios. En efecto, los jueces de legalidad, únicamente, pueden desaplicar, para el caso concreto y con limitados o relativos efectos jurídicos o *inter partes* la norma o disposición local "inconvencional" al carecer de las competencias que ostentan los Tribunales y Salas constitucionales ([265]).

4. Recepción de la jurisprudencia

4.1 En Argentina la jurisprudencia obligatoria no existe en el orden federal. La justicia trabaja solo en casos concretos, conflictos entre partes conocidas y sujetas al principio dispositivo donde la cosa juzgada solo alcanza a quienes han sido partes.

El antecedente no suele influir en procesos iguales salvo en lo que podríamos denominar como "doctrina legal" que es la interpretación

265 Jinesta, Ernesto, *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, en "El control difuso de convencionalidad (Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces locales), FUNDAp, Querétaro (México), 2012, ps. 269 – 288.

consistente y reiterada sobre la orientación que deben seguir algunas disposiciones de fondo o de orden procesal.

Se recibe la influencia de la la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de EEUU en el famoso caso "*Marbury vs. Madison*" (1803) cuando se afirmó que si una ley resulta contraría a la Constitución, o se encuentra en conflicto con la constitucional, al punto de tener que desestimar una u otra, era deber de ese cuerpo superior de justicia determinar el derecho aplicable, por ser una función esencial del poder de la jurisdicción. De este modo, sin crear ninguna justicia especializada, permitió a todos los jueces concretar en cada proceso la fiscalización de la supremacía de la norma fundamental. La característica común de ellos es que activan un control "a posteriori", a diferencia del control *a priori* o preventivo que permiten otros modelos.

La función del juez en este mecanismo depende de sus decisiones, porque puede ser prudente y precavido eludiendo el compromiso de interpretar la ley con argumentos posibles como la ausencia de petición expresa, las cuestiones políticas, o directamente aplicar la política de la autorrestricción. O, en su caso, propiciar el activismo responsable y tomar entre sus funciones esenciales el desarrollo de la interpretación constitucional.

Aquí poco se puede agregar, porque como advierte Peter Häberle, […]

> "Hay fases y sentencias particulares en las que un tribunal constitucional nacional o europeo interviene ampliamente en el espacio político (se hallan ejemplos tanto en los EE.UU. como en Alemania); hay fases en las que uno de ellos, por ejemplo el Tribunal Constitucional alemán, quizás también bajo la presión de la ciencia, se retracta algo (por ejemplo, respecto de la libertad de reunión) o debería hacerlo (por ejemplo, la relación de la libertad de opinión respecto de la protección del honor). Mucho hay que agradecer aquí al tacto y delicadeza, a la sensibilidad política del juez constitucional, pero también a las necesidades del bien común y a los postulados de la justicia (lo último, por ejemplo, justifica las grandes decisiones

> fiscales del Tribunal Constitucional alemán: porque el Parlamento ha fallado a lo largo de décadas)" ([266]).

4.2 Este planteo preliminar supone introducir una variable en la forma como se toma la jurisprudencia que no se genera en el país. Algunos lo llaman *diálogo jurisprudencial* donde se trata de compatibilizar la fuente jurídica que interpreta la Corte IDH con las normas que usa el juez local procurando un efecto útil de la inteligencia que hace el tribunal internacional.

Dice Bazán que […]

> Tal mandato de *interpretación conforme* con aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona* o *favor libertatis*), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH.
>
> La Constitución Política de un Estado, con el vigor normativo que les 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 defensa y la realización de los Derechos Fundamentales* ([267]).

Pero la cuestión aparece en nuestro país, con un debate interno que debe resolver si es posible tener jurisprudencia obligatoria ajena a nuestra jurisdicción, cuando no se tiene en el ámbito local.

266 Häberle, Peter, *La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional*, en "Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)", por Konrad Hesse y Peter Häberle, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 3, Porrúa, México, 2005, ps. 145/6.

267 Bazán, Víctor, *Estimulando sinergias: De diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad,* en "El control difuso de convencionalidad" (Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales) (Eduardo Ferrer Mac Gregor – Coordinador), Fundap, Querétaro (México), 2012, ps. 13/14.

Recordemos, al efecto, que el sistema difuso amplía las potestades de intervención e interpretación hacia todos los jueces, y sobre sus sentencias solo hay un control de revisión jerárquica que, en materia constitucional, se relaciona con las cuestiones federales que se deben fiscalizar a través del principio dispuesto en el artículo 31 de la Constitución Nacional, que es el régimen de la supremacía.

4.3 No obstante, como en el régimen madre del sistema que llega de Estados Unidos de Norteamérica, admite el precedente bajo la forma del *stare decisis*, alguna doctrina entiende que no hay incompatibilidad entre el control difuso y la aplicación de jurisprudencia vinculante.

Pero es éste un problema de influencia interna de la jurisprudencia de los tribunales superiores; aquí lo que se debe analizar es si puede tomarse como obligatoria la interpretación que de la CADH hace la Corte IDH.

En consecuencia, no será un problema de peso o influencia de jurisprudencia, sino de aplicación directa del sentido y criterio que hace el órgano encargado de darle inteligencia de aplicación a las normas convencionales.

En todo caso, la proximidad con el derecho interno puede estar en sitios donde la ejecución de normas constitucionales está en tribunales especiales. Quizás con este parentesco, en los primeros tiempos del control de convencionalidad se dijo que era una especie del control de constitucionalidad. Pero actualmente, esta visión es al menos diferente.

4.4 La asimetría proveniente del origen donde la jurisprudencia se forma. Se puede cumplir con un régimen signado por precedentes únicos o repetidos; o espejar situaciones como lo hace el modelo francés de control de legalidad y el que tiene como objetivo el control de constitucionalidad, aunque entre valores diversos o divergentes, pueden encontrarse aspectos complementarios e integrados de la misma función ([268]).

268 Así explica Michele Taruffo, quien agrega […]: "Como ha sido considerado recientemente, la Casación entiende la *nomofilaquia* más que como una actuación del ius litigatoris que del *ius costitutionis*, privilegiando precisamente las exigencias

Por ejemplo, si bien es cierto que los Tribunales Constitucionales se ocuparon de la interpretación constitucional provocando una fisura en el poder de interpretación judicial que aún persiste, pues a pesar de la potestad que mantiene la magistratura ordinaria para continuar siendo custodios de la Constitución, no está en las posibilidades del juez europeo la declaración de inconstitucionalidad. También lo es que el control de convencionalidad le otorga al que no tiene poderes específicos de control constitucional, un margen ampliado notablemente a través del permiso de interpretar los derechos fundamentales convencionalizados.

> Las cortes constitucionales son guardianes de la Carta Fundamental según el criterio tradicional, y tienen como función esencial, interpretar y desarrollar los conceptos jurídicos indeterminados (tutela judicial, retroactividad, igualdad, medio ambiente, etc.) que portan las Constituciones. De ello se irradia la importancia directa que tiene la actuación de los operadores judiciales para no solo conocer y aplicar la normativa constitucional, sino también las interpretaciones que la Corte hace de la Constitución. Así la doctrina y la jurisprudencia constitucional tiene importancia suprema y exclusiva ([269]).

4.5 El control de constitucionalidad en materia de normas fundamentales y derechos humanos; como la fiscalización del principio de legalidad, no admiten hoy distinciones ni sutilezas, porque el esquema de fuentes ya no es sumiso a la voluntad del legislador ni al imperio de las normas; todo lo contrario, ellas serán legitimadas con el control de aplicación libre y sin condicionamientos que el juez pueda realizar en cada caso concreto.

---

de justicia del caso concreto sobre aquellas de la uniforme interpretación de la ley. En esta dirección operan diversos factores concomitantes y conexos, que van desde la tendencia de las partes a buscar en la Casación una victoria no conseguida en los grados de mérito antes que la exacta interpretación de la ley, hasta la incapacidad de la misma Corte de dar a la propia función un ordinario desarrollo, privilegiando cuestiones de mayor importancia y elaborando <<políticas de la interpretación>> de las normas de significado muy dudoso. En sustancia, no pudiendo elaborar líneas interpretativas generales, coherentes y orgánicas, la Casación transforma su propio rol en el de un tercer juez de la justicia del caso concreto" (Taruffo, Michele, *El vértice ambiguo*. Ensayos sobre la Casación Civil, Biblioteca de Derecho Procesal nº 2, colección dirigida por Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Palestra, Lima, 2005, ps. 156/157).

269 Bhrunis Lemarie, Roberto, *Jurisprudencia constitucional vinculante,* Cevallos, Quito, 2011, p. 41.

Esto no se obstaculiza por la existencia de una interpretación vinculante. Vale decir, no se altera ni afecta la independencia judicial cuando ha sido una fuente obligatoria por adhesión el que ha desenvuelto una sentencia orientativa o forzosa.

En ambas situaciones, es decir, tanto en la jurisdicción ordinaria como para la Constitucional, y aun entre ellas, es un precedente que deberá aplicarse, teniendo en cuenta que la producción de fuentes puede llegar, inclusive, del derecho transnacional ([270]).

270 Dicha esta conclusión en el marco que vincula la independencia judicial con la influencia en ella de jurisprudencia vinculante; pues nos hemos pronunciado, antes de ahora, sobre lo pernicioso que significa el modelo en el sistema de control de constitucionalidad difuso que caracteriza nuestro país. Si obligamos a los jueces a respetar y seguir los fallos de los tribunales superiores estaríamos privando al mecanismo difuso de su "quintaesencia", porque ya no habría interpretación alguna; más bien, existiría un actividad mecánica de adecuación que nos parece impropia en la tarea jurisdiccional. Asimismo, el principio jurídico que postula el *iura novit curia*, según el cual el juez conoce del derecho y lo aplica sin necesidad de seguir las pretensiones de las partes, también quedaría sin respaldo suficiente, por cuanto tampoco el juez aplicaría el derecho que "le corresponde a su saber y entender", sino el que otros le indican debe utilizar. Si aquel estuviese errado, o su interpretación fuese fugitiva del ordenamiento jurídico, las instancias de apelación solucionarían el equívoco o la arbitrariedad, dando una vez más seguridad e igualdad al sistema. El proceso mismo en su sistemática de llevar garantía a los justiciables, se enfrentaría con un sustancial perjuicio en los derechos que son actuales y presentes, al tener que aplicar situaciones distintas con sus soluciones. La misma norma considerada en abstracto, tendría idéntica aplicación aun cuando los casos no fuesen absolutamente idénticos. Y bien sabemos que en cuestiones de derecho, cada problema es un mundillo de alternas posibilidades de pacificación.
Un nuevo interrogante: ¿no estaría el juez que aplica el precedente dando efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente?
En la pirámide ideal que kelsen imaginara, las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales. Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta. De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se lo extiende incausadamente. La cosa juzgada, con sus efectos y alcances no puede alcanzar a terceros que no fueron parte en los hechos, de manera que resolver extensivo a ellos la situación de derecho creada para otro caso, violenta y sacrifica esta forma de dar seguridad y justicia. De todos modos, el problema de la uniformidad de la jurisprudencia, que es en definitiva el problema a resolver y que inspira la sistemática del "precedente obligatorio", no se resuelve –entendemos– prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso los autoriza; en todo caso será hora de abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos tribunales de casación e interpretación constitucional (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas Procesales,* Segunda Parte, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 341 y ss.).

5. Órganos encargados del control de convencionalidad

5.1 De lo expuesto se colige una primera conclusión: *el control de convencionalidad es interpretación normativa antes que un precedente jurisprudencial.*

Esta lectura se ajusta al progreso reseñado por la doctrina, cuando señala que del diálogo jurisprudencial se va al control de convencionalidad ([271]).

> En ese orden de cosas, es que en el marco de una interpretación más garantista y/o tuitiva de los derechos humanos "para efectos del parámetro del "control de convencionalidad", por "jurisprudencia" se debe comprender toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integradas a dicho *corpus juris interamericano*, materia de competencia del tribunal interamericano. Las interpretaciones a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias en los "casos contenciosos", sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones. Así, quedan compendiadas las interpretaciones realizadas al resolver "sobre medidas provisionales"; sobre "supervisión de cumplimiento de sentencias" o, incluso, sobre la instancia de "solicitud de interpretación de la sentencia" en términos del artículo 67 del Pacto de San José. Asimismo, deben comprender las interpretaciones derivadas de las "opiniones consultivas" a que se refiere el artículo 64 del citado pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad "la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Se forma de esta de esta manera un auténtico "bloque de convencionalidad" para ejercer el "control difuso de convencionalidad". Los jueces nacionales deben atender a este "bloque", lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una "viva interacción" entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos" ([272]).

271 Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional n° 72, Porrúa, México, 2013.

272 Ferrer Mac Gregor, Eduardo. *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. En Boletín Mexicano

Claro está que no hay resentimiento de la soberanía política de los Estados, a quienes la aplicación de criterios les llega para facilitar la ejecución del Pacto, antes que para imponerles obligaciones.

Tampoco se trata de unificar con la creación indirecta de un *corpus iuris comune*, sino de compatibilizar el derecho interno poniendo los mejores esfuerzos para que se consiga, al menos, un estándar de plenitud y eficacia para los derechos humanos.

De allí que no se pueda ver en la sentencia transnacional una ejecución forzosa del pronunciamiento, el que en todo caso, se circunscribe a las modalidades dispuestas para la reparación dejando lo puramente normativo en el cuadro de lo indefectible o vinculante.

5.2 La particularidad del control de convencionalidad surte de dos situaciones diferentes. Por un lado, cuando la Corte IDH ha realizado la interpretación; y cuando no lo ha hecho.

En el primer caso, se trata de la más pura realización del principio de autoridad jurisdiccional, porqué la decisión obliga a los jueces y tribunales internos a seguir el sentido asignado al precepto, que en caso de contradicción manifiesta con la normativa local, pone en cabeza de las autoridades del Estado el deber de compatibilidad.

En el caso *Ximenes Lópes vs. Brasil* ([273]), se puede ver con claridad el impacto que tiene una decisión interpretativa […]

> En el ámbito de dicha Convención, las obligaciones contenidas en sus artículos 1.1 y 2 constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado. El artículo 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respetar y de garantizar los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su

de Derecho Comparado Nº 131, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM – Mayo–Agosto, 2011, p. 943.

273 Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006.

> responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. A su vez, el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías ([274]).
>
> En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.
>
> La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.

En la segunda situación, ante la inexistencia de pronunciamientos concretos sobre la norma del Pacto que se debe aplicar, la Corte IDH autoriza a que sean los jueces locales quienes realicen el "control difuso de convencionalidad". Inclusive, argumenta que esa es la función primera porque su intervención solamente es subsidiaria.

274 Cfr. Caso *Gómez Palomino*, *supra* nota 21, párr. 91; Caso *de la Masacre de Mapiripán, supra* nota 21, párr. 109; y Caso *Lori Berenson Mejía*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, N° 119, párr. 219.

> Cabe advertir que la Corte Interamericana aclara que los jueces y tribunales ordinarios deben ejercer el "control de convencionalidad" "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes", con lo que les otorga un margen de discrecionalidad judicial limitado por el ordenamiento jurídico interno o local. Obviamente, en los sistemas iberoamericanos que cuentan con una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, esto es, adscrita al Poder Judicial o una Corte Suprema de Justicia, encargadas del control de constitucionalidad, es evidente que el concepto de jueces y tribunales alcanza a tales Salas Constitucionales y Cortes Supremas. La duda podría surgir cuando el sistema jurídico tiene un Tribunal Constitucional independiente de la estructura y organización del Poder Judicial, por cuanto, podría entenderse, pese a la exhortación de la Corte Interamericana de ejercer un control de constitucionalidad –que resulta válido en un modelo difuso o desconcentrado– y de convencionalidad, que no se refiere, explícitamente, a los Tribunales Constitucionales de carácter independiente o autónomo ([275]).

Cuando es el tribunal nacional quien concreta el control de convencionalidad que no tiene expresión concreta de la Corte IDH, sus definiciones no tienen alcance *erga omnes*. Es decir, puede fijar criterios provisionales, *inter partes*, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de "cuestiones de inconvencionalidad", que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales ([276]).

5.3 De este modo, existiendo interpretación, el control de aplicación del sentido acordado le corresponde a todos los poderes del Estado encargados de dar operatividad y ejecución.

En el caso *Gelman vs. Uruguay* ([277]), se consideraban las leyes de amnistía dispuestas por el gobierno, que impedían investigar y

275 Jinesta, Ernesto, *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, en "El control difuso de convencionalidad (Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces locales), FUNDAp, Querétaro (México), 2012, ps. 269 – 288.

276 García Ramírez, Sergio, *El cotrol judicial interno de convencionalidad*, Revista IUS vol. 5 n°28 Puebla, julio/diciembre 2011, ps. 123 – 159.

277 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

sancionar las graves violaciones de derechos humanos sufridas por las víctimas y sus familiares. Uruguay debió derogar dicha normativa.

> A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de adoptar providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención y, una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos.
>
> La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas "autoamnistías" y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su ratio legis: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

En el caso de la *Corte Suprema de Justicia de Ecuador* ([278]), la Comisión IDH había solicitado que se ordenara al Estado la adopción de medidas de no repetición, incluyendo las que fueran necesarias para que la normativa interna y la práctica relevante obedezcan a criterios claros y aseguren garantías en la designación, permanencia y remoción de jueces y juezas, conforme a las normas establecidas en la Convención Americana ([279]).

278 Corte IDH. Caso de la *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Sentencia de 23 de agosto de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

279 En similar sentido, en el Caso *Apitz vs. Venezuela* se estableció que "teniendo en cuenta que la garantía de permanencia o estabilidad en el cargo de todo juez, titular

La Corte concluyó que los magistrados de la Corte Suprema fueron destituidos mediante una resolución del Congreso Nacional dictada sin competencia, y violando el debido proceso, por lo que se vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las veintisiete (27) víctimas del presente caso, por haber sido cesadas en sus funciones por un órgano incompetente que no les dio la oportunidad de ser oídos.

Por otra parte, la Corte declara la violación del artículo 8.1 en relación con el artículo 23.1.c y el artículo 1.1 de la Convención Americana, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial y la consecuente afectación a la independencia judicial.

La situación obligaba, como se había dado en el caso *Apitz Barbera vs. Venezuela,* a una reforma legal que no se cumplió totalmente.

> En el Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, la Corte IDH conoció de la destitución de los ex–jueces provisorios de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa. En el caso, el Tribunal Interamericano observó que los Estados están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción. Asimismo, la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables ([280]). De hecho, para la Corte IDH algunas formas de garantizar la independencia de

o provisional, debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella, el Tribunal considera que como medida de reparación el Estado deberá reintegrar a las víctimas al Poder Judicial, si éstas así lo desean, en un cargo que tenga las remuneraciones, beneficios sociales y rango equiparables a los que les correspondería el día hoy si no hubieran sido destituidos". Caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, párr. 246.

280 Caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, N° 182, párr. 43.

los jueces son un adecuado proceso de nombramiento y una duración establecida en el cargo.

Cuando se afrontan estas situaciones, el problema no es el control de convencionalidad, sino la ejecución en el derecho interno de los pronunciamientos de una jurisdicción internacional reconocida.

La interpretación no es contraria a la Constitución, como algunas veces se arguye como argumento para desconocer cuanto se debe aplicar. En todo caso, el dilema es articular la deducción practicada en sede internacional con las disposiciones del derecho interno.

5.4 Las formas de aplicar la deducción alcanzada por la Corte IDH, se desenvuelve en acciones concretas de los poderes encargados de llevarlo a cabo. Puede ser la *administración pública*, cuando es advertida sobre un déficit normativo que genera desigualdad o violación directa en alguno de los derechos del hombre; o tiene que hacerlo el *legislador* directo (el Congreso) o indirecto (por decretos, reglamentos, etc.) cuando se trata de disposiciones de carácter general.

A veces, es la propia Corte IDH quien delega la actuación correspondiente en el Estado, indicando cual si fuera una sentencia normativa por exhortación del tipo que pronuncian los tribunales constitucionales ([281]).

El tribunal se ha pronunciado otras veces sobre ordenamientos que pudieran entrar en conflicto con las disposiciones de la Convención, tomando en cuenta que es deber de los Estados Parte, conforme a los artículos 1 y 2 de la propia Convención, respetar los derechos y libertades contenidos en ese instrumento internacional, garantizar su libre y pleno ejercicio y adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Asimismo, es deber de dichos Estados abstenerse de adoptar medidas que contradigan el objeto y fin de la Convención ([282]).

281 Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Teoría de la sentencia constitucional,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n° 114, México, 2016, 346 páginas.

282 Cfr. *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC–13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A N° 13, párr. 26; y Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la

Estas consideraciones se refieren, desde luego, al ámbito del Derecho internacional, no a los efectos de la norma local en el orden interno del Estado interesado ([283]).

Sergio García Ramírez ha dicho […]

> Sobre este asunto, considero que la decisión de la Corte no implica, en modo alguno, el desconocimiento de la conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza, entre otras. Por el contrario, es plausible que se lleve adelante un esfuerzo de este género, encauzado por los principios aplicables del Derecho internacional y nacional, alentado por la participación de los sectores involucrados y asumido en el marco de las instituciones democráticas […].
>
> En suma, he considerado pertinente señalar que, en mi concepto, el pronunciamiento de la Corte en el presente caso no pugna con los esfuerzos que se hagan para favorecer la paz interna y la reconciliación entre sectores de la comunidad nacional, aun cuando desde luego toma en cuenta las características que el Derecho internacional, la jurisprudencia y la doctrina recientes consideran indispensables para que ese propósito se obtenga en forma compatible con el respeto a los derechos humanos, causa común de los Estados Parte en la Convención Americana ([284]).

5.5 Otra proyección sobre el interrogante acerca de cuáles son los órganos encargados de aplicar y realizar el control de convencionalidad, estriba en ciertas situaciones que solo admiten la intervención judicial.

En este caso, solamente le corresponde a jueces y tribunales (ordinarios o constitucionales) y se suscita según la interpretación se realice de manera genérica, o en algún caso concreto.

Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC–14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A N° 14, párrafos 32, 33, 50 y 58.1.

283 Cfr. OC–14/94, cit., párr. 34.

284 Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia de reparaciones dictada por la Corte IDH. Corte IDH. *Castillo Páez vs. Perú*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Fondo).

En los primeros tiempos la Corte IDH afirmaba que no podía interpretar un texto de la Convención que no se hubiera alegado en el derecho interno; de este modo, pedía que la posibilidad de articulación debía ser introducida en el proceso local y desde allí generar la revisión por el proceso transnacional ([285]).

La tendencia fue cambiando y en el caso *El Amparo vs. Venezuela* ([286]) el voto en disidencia de Cançado Trindade abrió una brecha en la sólida jurisprudencia precedente, donde dejó en claro que la infracción convencional se produce por el sólo hecho de que la norma doméstica esté vigente (aunque no haya sido aplicada) ([287]).

Después del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*" fue señalado que […]

> Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. 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 ([288]).

285 Corte IDH. Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Serie C, N° 21, párr. 50

286 Corte IDH. Caso *El Amparo vs. Venezuela*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C, N° 28, Voto Disidente del Juez Cançado Trindade, párr. 3. Agregó dicho magistrado que […] "un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas..." (párr. 5).

287 Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, La Ley 2009–D, 1205.

288 Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

6. ¿Qué se fiscaliza en el control de convencionalidad?

6.1 El interrogante se relaciona con la diferencia entre hacer control de constitucionalidad y practicar control de convencionalidad. Recordemos que la Corte IDH habló de cierto paralelo entre ambas funciones, considerando que lo actuado en la instancia supranacional era una "especie" de control constitucional.

En este tiempo, toda norma contraria al Pacto de San José se reputaba violatoria y opuesta a los derechos humanos consagrados, debiendo el Estado dictar normas de adecuación conforme el mandato impuesto en el artículo 2 de la CADH.

En el caso de la exposición del film "*La Última Tentación de Cristo*", se había probado que en Chile había un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la difusión de la película, y luego, al recalificarla, permitió que se hiciera solo para mayores de 18 años.

Esta censura era contraria al Pacto y la Corte dijo […]

> Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.
>
> A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes ([289]).

289 Corte IDH. Caso "*La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

La disposición contraria, primero pensada como confrontación simple entre una norma y la contenida en la Convención, no tuvo en cuenta las reservas que el Estado podía formular al adherir al Sistema y reconocer la jurisdicción de la Corte.

Era posible que esas reservas pudieran esconder el uso de normativa opuesta al sentido tuitivo que el Pacto genera.

La Corte sentó criterio en cuanto a la interpretación de reservas a la Convención ([290]). Primero, consideró que se debía aplicar un análisis estrictamente textual. Segundo, había que considerar debidamente el objeto y propósito del tratado correspondiente ([291]) que, en el caso de la Convención Americana, implica "*la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*".

Además, se debe interpretar la reserva de conformidad con el artículo 29 de la Convención, según el cual no se debe interpretar una reserva a fin de limitar el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención a un mayor alcance que aquél dispuesto en la reserva misma ([292]).

En el caso *Boyce vs. Barbados* la Corte tiene que resolver esta situación y proclama una ampliación sobre el contenido comparatista que antes se efectuaba […]

> Textualmente, el primer párrafo de la reserva en cuestión específicamente refiere al artículo 4.4 de la Convención, el cual excluye la aplicación de la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. En este sentido, el Estado expresó en forma explícita en el texto de su reserva el propósito y el alcance de ésta, declarando que "desea hacer una reserva sobre este punto,

290 Cfr. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC–2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2, párr. 35, y Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC–3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A N° 3, párrafos 60/66.

291 Cfr. artículo 75 de la Convención Americana y artículo 19 de la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados (en el cual se indica que las reservas a un tratado deben ser compatibles con el objeto y el propósito del tratado).

292 Cfr. *Restricciones a la Pena de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 7, párr. 66.

> ya que en ciertas circunstancias podría considerarse que la traición es delito político y cae dentro de los términos del [artículo 4.4 de la Convención]. El segundo párrafo de la reserva se enfoca, del mismo modo, a la preocupación especial del Estado sobre el artículo 4.5 de la Convención respecto de la aplicación de la pena de muerte a personas menores de 16 y mayores de 70 años.
>
> La Corte ha considerado, en otras ocasiones, que una reserva a la Convención "no reserva más de lo expresado textualmente en la misma" ([293]). En este caso, el texto de la reserva no afirma, explícitamente, si la imposición de pena de muerte es obligatoria para el delito de homicidio y tampoco expresa si la legislación de Barbados permite la imposición de otras penas u otros métodos para llevar a cabo la pena de muerte en relación con dicho delito. En este sentido, la Corte considera que una interpretación textual de la reserva hecha por el Estado de Barbados al momento de su ratificación de la Convención Americana claramente indica que el propósito de la reserva no fue excluir de la competencia de la Corte el análisis de la naturaleza obligatoria de la pena de muerte ni su forma particular de ejecución por medio de la horca. Por lo tanto, el Estado no puede acogerse a su reserva para tales efectos en el presente caso.

6.2 El avance que promueve este caso, va delineando la distancia entre hacer control de constitucionalidad interno, donde la tarea de confrontar tiene como espejo donde reflejarse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que si la norma no coincide con los parámetros convencionales es inconstitucional.

Y lo es porque se considera al Pacto y demás tratados sobre derechos humanos, dentro del bloque de constitucionalidad expresamente agregado a la Constitución con igual jerarquía (como el caso de Argentina a través del artículo 75.22).

La inconstitucionalidad es producto de la inconvencionalidad, que en este período se toma como un cuerpo intangible e inmodificable, porque sus cláusulas se coligen de una vez y para siempre.

293 Cfr. *Restricciones a la Pena de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 7, párr. 69.

El desarrollo jurisprudencial progresivo y constante fue cambiando la fisonomía. La protección de la CADH en términos de comparación no permitía la flexibilidad de criterios o la insinuación de un perfil necesario en orden a las circunstancias donde los derechos se debían aplicar.

Es decir, cuando en *Boyce* se aventura un panorama más amplio que confrontar lo que se tiene en el derecho interno, permitiendo proyectar lo que éste necesita para adecuar su regulación a las normas convencionales, se instala un permiso para inaplicar toda norma opuesta. Esto se consagra en *Almonacid Arellano* y avanza en *Trabajadores Cesados* cuando la Corte admite el control de convencionalidad de oficio. Es dable afirmar que, permite a los jueces locales invocar la CADH como fundamento de sus decisiones, sin necesidad de que las partes lo pidan.

Con el mencionado caso *Radilla Pacheco*, y sobre todo en el voto razonado de Eduardo Ferrer Mac Gregor en el caso *Cabrera García – Montiel Flores vs. México* se construye la teoría del control de convencionalidad dejándolo emplazado.

6.3 De este modo, el objeto que fiscaliza la actuación se razona sobre tres pilares que la propia jurisprudencia supranacional fue elaborando.

Primero, el principio de la *pacta sunt servanda,* proveniente del derecho internacional, según el cual cuando un Estado asume compromisos internacionales, contrae el deber de cumplirlos aunque su derecho interno le oponga reparos.

Segundo, se introduce el *efecto útil* de la Convención propiciando que los Estados partes pongan sus mejores esfuerzos por darle eficacia al Sistema Interamericano.

Y tercero, se subraya la importancia de conseguir un *Corpus Iuris Americano*, que se visualiza con mayor acierto cuando vemos que los fallos de la Corte IDH rara vez se apoyan en las decisiones de su homónimo Tribunal Europeo, dando entender que el control de convencionalidad es una posición propia y elaborada sobre fundamentos y razones debidamente establecidos.

> Para Sagüés […] el juez local tendría que comenzar su análisis de la norma nacional a partir del *Pacto de San José* y de la aludida jurisprudencia, antes que iniciar el entendimiento de ella con los insumos jurídicos nacionales (v.gr.: antecedentes y propósitos de la cláusula bajo examen). Eso se explica por el realmente muy importante proceso de adaptación y de conformación con la regla interna con los parámetros externos, que deben iluminar y guiar la comprensión y la efectivización de las normas locales.
>
> Por último, pareciera que el juez nacional, ya como órgano represivo, ya como órgano constructivo, en cualquiera de estas dos facetas actúa fundamentalmente como *aplicador* de directrices previamente enunciadas o por el Pacto de San José, o por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y es cierto que, con frecuencia, así ocurrirá ([294]).

6.4 La función tiene riesgos inevitables cuando no hay disposiciones claras de la Convención, o sobre ellas u otras, no exista jurisprudencia esclarecedora.

El activismo que se promueve con el control difuso de convencionalidad permite a todos los operadores dar una lectura particular a las normas del Pacto. Inteligencia que, como en todos los sistemas de control difuso, puede generar alternancia, diversidad de enfoques, sentimientos contradictorios, y tantas cuestiones más propias de un mecanismo poco previsible.

Aun con el control de revisión interno, en modelos constitucionales como el Argentino que tiene en la Corte Suprema de Justicia de la Nación el órgano de cierre de la interpretación final y única de la Constitución Nacional, la gravedad es mayor, porqué la interpretación de la CADH quizás no llegue a la máxima instancia, y la solución acordada en instancias menores, tendrá aplicación *inter partes,* es cierto; no tendrá efectos *erga omnes,* también es verdad, pero habrá construido una doctrina legal de tipo convencional que no creemos sea del modelo que el Sistema IDH aspira tener.

294 Sagüés, Néstor Pedro, *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos–sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo.* En "El control difuso de convencionalidad (Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces locales), FUNDAp, Querétaro (México), 2012, ps. 421 – 453.

Dice García Ramírez […]:

> "El control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden. El control se acoge a lineamientos que le confieren congruencia en el examen de todas esas cuestiones. Además, representa esto mismo: congruencia, no ocurrencia con propósito puramente innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no podría (no debería) comprometerse con un activismo desbocado. Así las cosas, el control de constitucionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza".
>
> "En su propia vertiente, el control que ahora examino se halla al servicio de la justicia y la seguridad jurídica. Parece innecesario decirlo, pero es conveniente insistir en ello: no debe culminar en siembra de injusticia ni de inseguridad general o particular. Existe el riesgo de que así ocurra cuando se carece de encaminamiento razonable, preciso, sistemático, y aparecen, sin concierto, ensayos de control que no obedecen a un conocimiento profundo y una conducción armoniosa de la interpretación jurisdiccional en esta materia […]".
>
> "Diré, finalmente, que el control de convencionalidad, desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien, jurisdiccional) interno e internacional. Contribuye a erigir, detallar, enriquecer, e impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público" ([295]).

6.5 Pero también es alarmante que el control de convencionalidad se permita a todos aquellos que ejerzan una autoridad pública reglamentaria. Esta apertura que se concreta en el caso *Cabrera García – Montiel Flores vs. México* agrega en la obligación de realizar el control, además de *todos* los jueces, a cualquier órgano vinculado a la administración de justicia en todos los niveles (quienes están obligados a actuar de oficio).

295 García Ramírez, Sergio, *El cotrol judicial interno de convencionalidad*, Revista IUS vol. 5 n° 28 Puebla, julio/diciembre 2011, ps. 123 – 159.

La ampliación puede encontrar lecturas polivalentes. De algún modo lo que se trata de indicar es que cuando están en juego derechos humanos, el órgano encargado de resolver la situación práctica (que se puede dar en un caso concreto, o ante una situación hipotética) tiene que aplicar los estándares convencionalizados. Si éstos han sido interpretados por los órganos del Sistema, habrá que guiarse por estos postulados; si no lo han hecho, tendrán que actuar haciendo interpretación conforme al Pacto, dejando de lado el derecho interno.

Por ello, algunos podrán colegir que "lo convencional" es aquello que los jueces o funcionarios competentes del derecho local interpreten, pudiendo así desvirtuar el contenido.

Por ejemplo en *Castillo Petruzzi vs. Perú* ([296]), el Estado asumió la posición de […]

a) Invalidar y ordenar la modificación de normas constitucionales y legales, que escapa a su competencia establecida en los artículos 63.1 y 64.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales sólo facultan al Tribunal para pronunciarse sobre la compatibilidad del derecho interno con dicha Convención, siempre que un país lo solicite;

b) que como la Corte no puede ordenar al Perú la modificación de sus normas, si éste iniciara un nuevo proceso tendría que aplicar las normas vigentes, las que ordenan el juzgamiento en el fuero militar. En consecuencia, la Corte Interamericana podría declarar la nulidad del proceso y la libertad de los procesados;

c) que si se cumpliera la sentencia de la Corte se crearía la posibilidad de que otros individuos puedan acudir al sistema interamericano, a pesar de haber transcurrido el plazo de caducidad de seis meses establecido en el artículo 46.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para presentar las denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;

d) que la "orden" de la Corte de modificar la Constitución Política del Perú y su derecho interno, afecta la soberanía del Estado, ya

296 Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Resolución de 17 de noviembre de 1999 (Cumplimiento de Sentencia).

> que esta "orden" obliga a los Congresistas a votar en determinado sentido […].

Situaciones semejantes han generado interpretaciones contrarias en Venezuela, Ecuador, Perú y México entre los más evidentes, y hasta existen segundas intenciones (debilitar el sistema) en los agrupamientos de países que persiguen cambios estructurales y normativos en el Sistema.

Por ello, debería crearse una suerte de interpretación conforme a la CADH con pautas menos elásticas que las actuales, que tiendan a fortalecer el mecanismo sustancial y procesal de defensa y promoción de los derechos humanos.

> Otras críticas provienen de aquellos que acusan de "neopunitivista", "antidemocrática" y "antiliberal" a la Corte Interamericana. Según estas posturas, en aras de garantizar los derechos de las víctimas, el Tribunal ha desarrollado estándares que minimizan garantías procesales de los imputados, particularmente en temas tan sensibles como la aplicación retroactiva de leyes penales, el desconocimiento del plazo razonable de investigación y el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos ([297]). Estas críticas caracterizarían al "derecho penal de los derechos humanos" como un ejemplo más de la utilización y expansión del sistema penal para solucionar todos los males sociales a partir de la restricción de garantías a los procesados, quienes deben ser "condenados de cualquier manera" ([298]).

7. Activismo y control del juez local

7.1 El activismo judicial se ha promovido con la intención de hacer efectivo el ejercicio de la función de juzgar, recreando con inteligencia

297 Pastor, Daniel, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*. Nueva Doctrina Penal, 1, Buenos Aires, 2005, ps. 73–114. Malarino, Eduardo, *Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En "El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos" (Daniel Pastor, director), Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, ps. 21–61.

298 Para Vera, Oscar, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates,* Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 13, N° 1, Noviembre (2012), ps. 5–51.

y eficacia, en el marco de la solución justa, la ausencia de normas orientadoras o la aplicación de ellas en el sentido de darle el mejor rendimiento.

En los primeros tiempos de verificación de la incidencia de la jurisprudencia supranacional en el derecho interno, fue evidente que la confrontación se realizó sobre el texto pétreo de la Convención. Vale decir, el juez local que no contaba con la opinión expresada en forma consultiva o desenvuelta en la jurisdicción contenciosa por la Corte IDH, espejaba el derecho interno con el Pacto y procuraba, antes que interpretar en forma creativa, aplicar la norma convencional con el fin de evitar incompatibilidades.

Cuando la jurisprudencia se desarrolló, y la Corte multiplica sus decisiones, comienza un período de transición con diversidades, donde existieron acatamientos voluntarios y resistencias manifiestas.

Esta fase que se ha dado en llamar de *diálogo jurisprudencial,* era propio para un sistema de protección internacional de los derechos humanos que se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad). Dicho en otros términos, la jurisprudencia transnacional marca un camino, sin cuestionar las decisiones internas.

7.2 Y esto fue lógico porque la Corte IDH no es un tribunal de casación; ni genera una instancia de revisión de la cosa juzgada. No juega con la soberanía del Estado y sus instituciones jurisdiccionales, desde que la misión pura del Sistema es promover y proteger derechos humanos.

Este período focaliza el control en una mera tarea de compatibilidad o incompatibilidad, sin que se desenvuelvan proyecciones internas en declaraciones de inconstitucionalidad, o de inaplicabilidad legal.

Para Nogueira Alcalá […]

> Un primer tipo de diálogo se desarrolla inserto en el seno de un sistema jurídico en que el Estado es parte de un ordenamiento internacional o supranacional al que se vincula y tiene el aspecto de verticalidad en la medida que toma cuerpo entre un juez interno y un juez internacional,

> siendo este último el cual tiene la última palabra en las materias en que el Estado parte se ha sometido a su jurisdicción vinculante, en el ámbito de su competencia. La participación de los estados como partes de ordenamientos convencionales que aseguran y garantizan derechos humanos establecen restricciones procesales específicas en relación a los órdenes jurídicos internos que van a obligar a los jueces domésticos a dialogar necesariamente con los jueces internacionales, como asimismo a coordinar y armonizar la jurisprudencia nacional con la de la Corte Internacional, debiendo asegurar el juez interno al menos el estándar mínimo común o "protección equivalente" a la que brinda la jurisprudencia de la Corte Internacional respectiva ([299]).

7.3 Pero el control de convencionalidad significa mucho más que interpretar conforme. El ajuste puede estar basado en la jurisprudencia; aplicarlo sobre estándares incuestionables; o bien, apoyarse en la inteligencia deducida de las normas convencionales.

El primer caso es tema ya largamente explicado. Se trata de verificar si las decisiones de la Corte IDH son obligatorias en el derecho interno y, en su caso, si obligan a todos los poderes del Estado a realizar obligaciones sin necesidad de recurrir al sistema jurisdiccional de la ejecución de sentencias.

Aquí la duda que se plantea parte de considerar que, si es la propia Corte quien admite su función complementaria o subsidiaria, no se debiera, entonces, cuestionar que los jueces locales se aparten de sus decisiones.

7.4 El segundo se podría presentar dentro del espacio del activismo judicial desde el cual los jueces nacionales tienen que compatibilizar el derecho interno con la CADH, y –como dice Ferrer Mac Gregor– […],

> "siempre atendiendo a la Convención Americana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el "debido proceso convencional" (en sentido amplio)([300]). Dicho análisis, por consiguiente, no puede

299 Nogueira Alcalá, Humberto, *Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006 – 2011*, Estudios constitucionales vol.10 n° 2 Santiago 2012, ps. 57 y ss.

300 Si bien no existe de manera expresa referencia al "debido proceso" en la Convención Americana, el conjunto de derechos del propio Pacto y el desarrollo jurisprudencial

> constituir una "cuestión preliminar", sino fundamentalmente representa una "decisión de fondo", donde precisamente se analizaría, *inter alia*, si un determinado ejercicio del "control de convencionalidad" por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana.

Aquí, ahora, cambia la orientación por la verticalidad. El juez local está atado a una construcción de principios y debe juzgar con ese alcance.

De este sentido son el derecho a la verdad; el deber de investigación; el uso de principios especiales como el *favor libertatis, pro homine,* entre otros.

> En este ámbito de diálogo vinculado y con cierto carácter vertical, debe tenerse presente las resistencias provocadas por pre–conceptos, prejuicios y paradigmas mentales, producto de una formación jurídica que no consideró en su momento la apertura de los sistemas jurídicos al derecho y a las judicaturas internacionales y supranacionales, lo que requiere abrirse a la nueva jurídica y la asimilación de ellas por los jueces domésticos, respecto de lo cual el tiempo debe hacer su trabajo con el objeto de que los tribunales y cortes nacionales se acostumbren al derecho integrado y acepten todas las consecuencias procedimentales del mismo, sin perjuicio de la incorporación de estas nuevas perspectivas a los planes de estudio de las Facultades de

---

de la Corte IDH, ha creado, en su conjunto, lo que podría denominarse el "debido proceso convencional", integrado por diversos derechos. En un interesante voto concurrente, Sergio García Ramírez advierte que "[…] Entre los temas examinados con mayor frecuencia por la Corte Interamericana se halla el llamado debido proceso legal, concepto desenvuelto por la regulación y la jurisprudencia angloamericana. El Pacto de San José no invoca, literalmente, el "debido proceso". Con otras palabras, sin embargo, organiza el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel concepto. Cumple esta misión –esencial para la tutela de los derechos humanos– con diversas expresiones y en distintos preceptos, entre ellos el artículo 8º, que figura bajo el rubro de "Garantías judiciales". Lo que se pretende con ello es asegurar al individuo que los órganos del Estado llamados a determinar sus derechos y deberes –en múltiples vertientes– lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio" (Párr. 3, del voto razonado que formuló, en relación con la Sentencia del *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.* Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N° 151).

Derecho, en pre y posgrado y en las escuelas o academias judiciales, las cuales han tenido en la materia una reacción tardía, mientras otras aún ignoran y no dan cuenta del problema ni de la materia ([301]).

7.5 La tercera manifestación del control tiene un espacio más grande para actuar. En este, los jueces locales interpretan como partícipes del control difuso de convencionalidad.

Cuanto interesa destacar aquí es la intensidad de los efectos que se procuren. El asunto *Gelman vs. Uruguay* antes citado, da testimonio de cuánto se puede realizar. En el caso ([302]), el poder judicial uruguayo había hecho control difuso declarando la *incompatibilidad* de la ley de amnistía con el derecho a la verdad que estaba implícito en la convención. Pero esta declaración no se consideró suficiente porque la norma conservaba validez desde que la *inaplicación* se había declarado en el caso concreto, sin darle efectos *erga omnes*.

Lo interesante es observar que, aun actuando en el derecho jurisdiccional local el control de convencionalidad que se reclama, pueden existir interpretaciones que confunden y entorpecen la vigencia efectiva de los derechos.

301 Nogueira Alcalá, Humberto, *Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006 – 2011*, Estudios constitucionales vol.10 n° 2 Santiago 2012, ps. 57 y ss.

302 Los hechos alegados por la Comisión se refieren a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde finales del año 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. Se presume que posteriormente fue trasladada al Uruguay donde habría dado a luz a su hija, quien fuera entregada a una familia uruguaya, actos que la Comisión señala como cometidos por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la "Operación Cóndor", sin que hasta la fecha se conozcan el paradero de María Claudia García y las circunstancias en que su desaparición tuvo lugar. Además, la Comisión alegó la supresión de la identidad y nacionalidad de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, hija de María Claudia García y Marcelo Gelman y la denegación de justicia, impunidad y, en general, el sufrimiento causado a Juan Gelman, su familia, María Macarena Gelman y los familiares de María Claudia García, como consecuencia de la falta de investigación de los hechos, juzgamiento y sanción de los responsables, en virtud de la Ley N° 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (en adelante "Ley de Caducidad"), promulgada en 1986 por el gobierno democrático del Uruguay.

En síntesis, las implicancias del control de convencionalidad están excelentemente resumidas por Carlos Ayala Corao ([303]), en las siguientes:

a) En primer lugar el *objeto* de este control son todos los actos y conductas del Estado, incluidas sus políticas públicas. De allí que todo el ordenamiento jurídico del Estado, comenzando por la propia Constitución, y siguiendo con las leyes, actos administrativos, sentencias y demás actos, están sujetos al examen de compatibilidad con la CADH (art. 1°) y demás normas convencionales.

b) En segundo lugar, los *órganos responsables* de ejercer este control en el derecho interno, son todos los poderes públicos del Estado. Así, tanto el Poder Legislativo, como el Ejecutivo, el Judicial y los demás poderes públicos, deben adoptar las medidas necesarias que permitan el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en las normas convencionales (art. 2, CADH). Y en caso de que exista algún acto incompatible con las normas convencionales que impida el goce y ejercicio efectivo de esos derechos, todos los órganos del poder público, en el ámbito de sus competencias, están ob1igadas a adoptar las medidas necesarias para que dicho acto sea reformado, suprimido, derogado, revocado o anulado, según sea el caso. Se trata en definitiva, del deber de adoptar las medidas necesarias para suprimir los efectos de los actos del Estado incompatibles con las normas convencionales.

c) En tercer lugar, si bien todos los órganos del Estado tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, los jueces y tribunales tienen una obligación especial de garantizarlo a través del control judicial interno de la convencionalidad. Ello, en virtud de la obligación de los jueces y tribunales de proteger de manera efectiva a toda persona, contra los actos que violen sus derechos reconocidos en la CADH, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales (art. 25).

303 Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad,* cit. ps. 158/9.

d) En, cuarto lugar, el parámetro del control de convencionalidad de los actos estatales son: la CADH y las demás normas convencionales de conformidad con las interpretaciones dadas a su contenido y alcance por la Corte IDH, como intérprete último y auténtico de dichas normas.

e) Por otro lado, no es dable confundir el control judicial de la convencionalidad con otros mecanismos procesales de derecho interno, como es el control de constitucionalidad. El hecho de que se haya declarado judicialmente que en acto es conforme al derecho interno declarando expresamente su constitucionalidad, es indiferente para los efectos convencionales.

f) En quinto lugar, el control de convencionalidad debe ser realizado por los órganos del Estado incluidos los jueces, en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. No obstante, dichos órganos tienen esa obligación de ejercer el control de convencionalidad, aun de oficio (*ex officio*).

g) En sexto lugar, el resultado del control de convencionalidad debe ser efectivo. Ello quiere decir, que el control debe resultar en garantizar la no aplicación ("privar de sus efectos") *ab initio* y con carácter general (*erga omnes*) de las normas incompatibles con la CADH y demás normas convencionales. En este sentido, corno lo hemos afirmado, las técnicas de control convencional deben garantizar dicho resultado de manera general y con efectos desde el momento en que se dictó el acto, para privarlo de sus efectos y consecuencias. De allí el problema que pueden representar algunos sistemas judiciales de control difuso de la convencionalidad, carentes de estas características correctivas incluido el efecto vinculante obligatorio del precedente.

h) Y en sexto lugar, el no ejercicio del control de convencionalidad por parte de los órganos del Estado, para privar de sus efectos jurídicos a un acto incompatible con la CADH conforme a las interpretaciones dadas por la Corte IDH, genera *per se* la responsabilidad internacional del Estado.

CAPÍTULO VIII

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

1. Significado

1.1 La introducción en las cartas constitucionales latinoamericanas de distintos Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos, especialmente, el denominado "*Pacto de San José de Costa Rica*" (Convención Americana sobre Derechos Humanos), ha colocado una impronta diferente al principio de la supremacía de las normas fundamentales, toda vez que la jerarquía de los derechos del hombre excede cualquier otra disposición normativa.

El problema surge con la interpretación que tienen los derechos humanos, pues algunos consideran que las previsiones agregadas constituyen programas de acción y propósitos que deben reglamentarse en cada jurisdicción local; mientras otros eluden este pensamiento, sosteniendo el carácter directamente operativo de las normas fundamentales.

1.2 Una proyección de la incertidumbre se da al tiempo de conferir una graduación o escala valorativa para las adiciones normativas. Las posibilidades, generalmente, se plantean en tres niveles:

a) Los que sostienen que las normas constitucionales tienen preeminencia sobre los tratados y convenciones internacionales, acuñando como fundamento principal la soberanía de los Estados.

b) Los que argumentan que las normas sobre derechos humanos siempre son superiores a cualquier disposición interna,

determinando, de algún modo, un sistema *supra* legal de características transnacionales.

c) Los que igualan el carácter fundamental entre normas constitucionales y derechos del hombre, motivando entre otros argumentos, la idea de un grupo compacto de derechos y garantías.

1.3 El siguiente inconveniente aparece cuando algunos piensan que esta es una cuestión ha dilucidar en los procesos constitucionales; dicho en otros términos: es un problema del juez o tribunal constitucional que tiene que realizar en sus actos el control de constitucionalidad de las normas. Más no ocupa al juez común que solo debe aplicar el derecho positivo vigente.

También, no es concordante el sentido que se tiene respecto al significado que tiene un "bloque de constitucionalidad", siendo así menester, comenzar por este esclarecimiento.

2. Variables en la interpretación

2.1 La expresión "bloque de constitucionalidad" es una creación del derecho constitucional francés de la década del 60 (1960), que se trasladó a España a partir de la lectura particular que hace el Tribunal Constitucional español que la aplica en la Carta de 1978, explicando porqué la relación de validez entre las normas, no supone, en más, una clásica resolución sobre la base del orden jerárquico, sino una estricta adecuación o conformidad de ellas a un sistema de derechos donde la persona queda entronizada.

Pero no es ésta una lectura común, de allí que se puedan adoptar criterios distintos o corrientes que adaptan y asumen como propios una idea diferente.

A veces, estas distinciones obedecen a situaciones donde la distribución y delimitación de competencias es fundamental para la organización del Estado, como sucede en España.

Dice así la profesora argentina Liliana B. Costante que […],

> "en este lugar parecería que la función del bloque es morigerar el impacto del paso de la centralidad absoluta a la aceptación de la existencia de comunidades autónomas porque el bloque de constitucionalidad –además de la Constitución- incluye las normas de competencias entre el Estado nacional español y los distintos estatutos de las comunidades autónomas asimilables a leyes orgánicas. Lo interesante es que pueden incorporar leyes sub constitucionales en la medida en que también distribuyan competencias" (304).

2.2 En otras ocasiones, se prefiere la amplitud del mecanismo para trabajar como sistema de coordinación y complemento. Una suerte de articulación entre el pasado histórico que tuvo una filosofía, y un presente que arrolla contra él buscando nuevos destinos. Sería, por ejemplo, el caso de Francia. Más cercanos son los casos de Costa Rica y Panamá.

En el primero no se habla en concreto de un bloque normativo pero se admite la vigencia plena de derechos humanos que no requieren de norma expresa alguna. Inclusive se les asigna una jerarquía superior a la Norma Fundamental, "*siempre en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas*".

> Sostiene Pablo Manili (305), que la jurisprudencia de la Sala Constitucional creada en 1989, consagra la jerarquía constitucional de las normas y de la jurisprudencia internacionales de derechos humanos, con el principio *pro homine* como pauta interpretativa armonizadora entre los órdenes constitucional e internacional.

En el siguiente, el bloque trabaja con valores y preceptos infraconstitucionales, teniendo en cuenta que el modelo de control de constitucionalidad tiene características del sistema difuso como del concentrado, por lo cual, también integra y comprende a las

304 Costante, Liliana B., *Operatividad del bloque de constitucionalidad sobre las condiciones materiales correspondientes a un país periférico dentro del sistema de capitalismo globalizado*, ponencia presentada en el III Congreso Internacional sobre Derechos y Garantías, septiembre/2004, Universidad de Buenos Aires, passim.

305 Manili, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 120.

sentencias dictadas por el Pleno de la Corte Suprema en sentencias constitucionales.

> Aclara Liliana Costante que, en Panamá el conflicto es entre la constitución formal y la material para cuya solución se usa el bloque de constitucionalidad que incorpora a la costumbre (obviamente no a la *contra legem*) y a la jurisprudencia. O sea que, a partir del bloque de constitucionalidad, fuentes auxiliares se transforman en fuentes primarias. La incorporación de la jurisprudencia parece coherente en la medida en que Panamá tiene control de constitucionalidad concentrado por lo que los fallos tendrán efecto *erga omnes* e invalidatorios de la fuerza normativa. En cuanto a la concentración del control es necesario señalar que hay doctrina que plantea que Panamá es un caso de control bicéfalo porque la actuación del órgano de control será la Corte o una Sala respondiendo a cuestiones fácticas señaladas en la reglamentación. El bloque de constitucionalidad panameño incorpora también los reglamentos de los cuerpos legislativos y el Estatuto de retorno inmediato al orden constitucional. Aparece aquí un caso en el que se incorporan elípticamente normas de derechos humanos que remite a normas de derecho internacional sobre el debido proceso cuya existencia como garantía en el derecho interno era muy escueta.

2.3 Colombia, por su parte, es un caso particular.

En efecto, el art. 93 de la Constitución expresa:

"Los tratados y convenciones internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

"Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"

La Corte Constitucional (Colombia) definió en diversas oportunidades el sentido que tiene el llamado bloque de constitucionalidad. Por vez primera lo hizo el 18 de mayo de 1995, apenas cuatro años después de la reforma constitucional.

Nosotros, adoptaremos la sentencia C-067/03 donde dijo que es aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan, a veces, contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

Este es un criterio amplio que permite colegir que no sólo la Carta Constitucional colombiana, sino todos los tratados bilaterales y multilaterales que ha suscrito Colombia y que se deben entender como parte de la Constitución, obligan al Estado y lo vinculan.

> Algunos más opinan que, la Constitución de 1991 varió la defensa central de los derechos, porque antes de ella la cúspide era la propia Constitución, que se ocupaba poco más que de la estructura del Estado; pero hoy está por encima el llamado bloque constitucional, formado por los derechos fundamentales reglados en la Norma de Normas, los tratados sobre derechos humanos aprobados por el Congreso y los demás derechos que, siendo inherentes a la persona humana no estén legislados (arts. 93 y 94 de la Constitución Política), lo cual le da un amplísimo poder de interpretación al juez.
>
> Estos principios, derechos y deberes, según el art. 2 inc. 1º de la Carta hay que aplicarlos, como obligación categórica, por las autoridades de la República. Son de aplicación inmediata los derechos y deberes mencionados en el art. 95 de la Constitución Política, por el funcionario judicial, por encima de las normas que se le opongan. Estos derechos y obligaciones esenciales no tienen un supuesto de hecho al cual atribuirle una respuesta judicial; no son casuistas, por lo cual le corresponde al funcionario judicial buscar, por la historia de tales principios y por la historia fidedigna de su institucionalización, y precisar su contenido; y luego examinar meticulosamente el verdadero entorno social en el cual se actúa, pues es la única forma para dar una orden judicial que no está prevista de manera precisa en la legislación. Dicho de otra forma, el operador jurídico no puede hacerse el ciego

> ante el mundo real, pues tiene la orden de hacer viable la justicia en donde le toca actuar.
>
> De algún modo es el paso de un sistema codificado a un régimen por principios o valores, lo cual implica todo un replanteamiento de la hermenéutica, que no se limita a lo puramente lógico, es decir, de filosofía del pensamiento, no basta con hacerse nuevas ideas, sino que llega hasta la misma neurología, pues necesita crear otras conexiones en las células cerebrales, que, por sensibilidad ante la situación social y por el descrédito merecido de la justicia colombiana (aunque se hiciera de buena fe y cumpliendo la juridicidad) hay que hacerlo ya.

2.4 Pero cuidado, éste no es un temperamento tradicional, porque la idea de "bloque de constitucionalidad", a veces, se restringe y reduce a los derechos humanos, desplazando otras convenciones internacionales que no tengan esa relevancia. En este sentido, los acuerdos comerciales, los pactos de reciprocidad económica, los convenios patrimoniales, etc., quedan fuera del alcance que se pretende.

> En la Sentencia de la Corte Constitucional C-200 de 2002, el Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis expone que el control constitucional "debe realizarse no solo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía —bloque de constitucionalidad *stricto sensu*—, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control— bloque de constitucionalidad lato sensu". En este sentido, se robustece el concepto de "Constitución", pues se integra el contenido normativo de nuestra carta política a otras normas jurídicas por orden expresa del propio texto constitucional.

3. Efectos y características comunes

3.1 Lo cierto es que a partir de este entramado de nuevos derechos (ya veremos cuáles son y si pueden ellos individualizarse) se produce un impacto en los procesos judiciales que altera el sentido tradicional de la *juris dictio* (decir el derecho).

El cambio proviene tanto de las normas legales que imponen las Cartas locales; como de las normas *supra* legales que llegan desde la justicia transnacional.

La fisonomía arrastra, al menos, dos consecuencias:

a) Se posterga el dogma del principio de legalidad, según el cual el juez solo debe aplicar la norma vigente y reglamentada, porque con el "bloque de constitucionalidad", tiene argumentos aumentados, que no necesitan estar por escrito en el derecho interno, por ser normas operativas que se reconocen a través de la simple aceptación otorgada por una norma constitucional (art. 93, Constitución Política).

b) El proceso judicial se resuelve con una cobertura diferente que incide en el litigio tradicional. Es probable que las reglas persistan, pero los contenidos del "debido proceso" se amplían dando una estructura de base distinta que acondicionará la clásica controversia entre partes.

En suma, ambos extremos suponen augurar una extensión en los poderes y deberes jurisdiccionales al tolerar que el juez motive sus decisiones en normas, principios, valores y jurisprudencia que ingresa al ordenamiento jurídico por esta vía constitucional; y por otro, con la constitucionalización del proceso se crean condiciones que aumentan las garantías naturales que tiene el "debido proceso".

> En otro lugar hemos dicho [306] que el "debido proceso constitucional" se puede observar desde la plataforma de los más necesitados, obligando a sustanciar un sistema tuitivo, de carácter proteccionista, donde se puede referenciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de pobres y abandonados, la situación de los niños o las mujeres vejadas, los marginados sociales, los perseguidos, los ancianos, etc. En este aspecto, el debido proceso se vislumbra como la necesidad de restaurar los derechos perdidos, donde no se pueden aplicar conceptos del procesalismo formal, porque la necesidad de reparación es más importante que el formalismo. Sería

306 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.

> ni más ni menos que el derecho a tener un proceso sin resignaciones ni egoísmos adjetivos.
>
> En la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque ésta, de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, -en opinión de Zagrebelsky- para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por los gobernantes, como deber de los poderosos en favor de los más débiles. Así pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición moderna los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición antigua, en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad.

3.2 En resumen, trabajar con el bloque de constitucionalidad significa variar una tradición ideológica, y al mismo tiempo, un compromiso para dar mayor eficacia y confiabilidad al sistema de garantías y protección de los derechos. No se trata solamente de evitar la arbitrariedad o la sin razón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos. Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es impulsar el activismo responsable de los jueces, como únicos instrumentos humanos eficaces para la protección de los derechos humanos.

> Por eso se argumenta que debajo de las normas sustanciales de todo nivel están los procedimientos, pues acorde con el paradigma de primacía de los derechos sustanciales (art. 2 inc. primero; art. 228), que consagran la tutela judicial efectiva. Los derechos y las obligaciones deben cumplirse imperativamente. Los procedimientos son un instrumento para ello, que debe hacerse dúctil. De tal modo que si los trámites hacen negatorios los derechos y obligaciones sustanciales deben inaplicarse, y si no son suficientes, el operador jurídico debe inventarse la forma de hacerlos efectivos, como cuando la Corte Constitucional considera exequible unas leyes bajo ciertas condiciones o ha deferido al futuro la inexequilidad de una norma,

pues los efectos de la sentencia inconstitucionalidad (un fenómeno procesal) no deben ser más perjudiciales que la misma preceptiva declarada inconstitucional. Y en los procedimientos está, por encima de los mismos trámites, las normas rectoras, consagradas en C. P. P. en los artículos 1 a 12.

4. Las fuentes de interpretación

4.1 Veamos ahora como trabaja el sistema cuando se tiene que elaborar una sentencia.

Los fundamentos normativos se adoptan desde las "fuentes" directas, como son, en primer lugar, la Constitución Política; y luego las leyes, normas generales, especiales, reglamentos; para culminar con los principios generales y la jurisprudencia aplicable.

Pero hay también fuentes indirectas que pueden tornarse en inmediatas por una decisión del Estado.

Es el caso del art. 93 que incorpora al derecho interno "los tratados y convenciones internacionales" que reconocen derechos humanos, aclarando que ellos *prevalecen en el derecho local*. El requisito es la ratificación del Congreso.

También lo es el agregado del art. 94 que refiere a "derechos implícitos" (...*no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente* entre los derechos que enuncian la Constitución y los tratados internacionales).

4.2 Ahora bien, el art. 4º de la Constitución Política señala que: "*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*".

Pero ¿cuáles son las disposiciones constitucionales? ¿Son las expresas o directas, o también se agregan las fuentes indirectas?

Aquí el dilema aparece en la inteligencia que se ha acordado a la voluntad del legislador y a la que deriva de la jurisprudencia constitucional.

La asamblea constituyente, a través de las palabras de sus convencionales, dejó claramente establecido que todos los tratados y convenciones sobre derechos humanos que fueran ratificados por el Congreso, ingresaban en el derecho interno, cobrando primacía y preferencia en el ordenamiento jurídico.

Algunos, como el Constituyente Augusto Ramírez Ocampo, dijeron que "*ellos son nuestra norma real y suprema y debe ser aceptada por todos*" [307], coincidiendo en líneas generales toda la Asamblea.

4.3 Sin embargo, no ha sido uniforme la jurisprudencia aplicada, y sabe el lector que por respeto a sus propias tradiciones eludiremos comentar las desviaciones habidas, las que pueden quedar relativizadas si únicamente se menciona la sentencia 225/95 del 18 de mayo de 1995 (*Revisión Constitucional del Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional [Protocolo II], hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo).*

En ésta, se toma al Protocolo como uno de los instrumentos internacionales a que refiere el art. 93, al que se lo señala como uno de los que forma parte del derecho internacional humanitario y del *ius cogens internacional* (recordemos que el art. 214, apartado 2º dispone que: *No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario...").*

Se alegó a favor de la dignidad humana, y de la fuerza normativa que tienen las normas sobre el derecho internacional humanitario. Y cuando se encontró con la presunta valla del art. 4º constitucional dijo […]:

> "La Corte considera que la noción de bloque de constitucionalidad proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el

307 Cfr. Nieto Navía, Rafael, *Los derechos a la igualdad y a la propiedad y la expropiación sin indemnización,* en Héctor Gros Espiell "Liber amicorum", Bruylant, Bruselas, 1997, p. 893.

> derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4 y 93 de nuestra Carta"
>
> Comentando la sentencia, Germán Bidart Campos [308] decía: un punto trascendental es el que se desarrolla en orden a la relación entre la supremacía de la Constitución (que es norma de normas, conforme al art. 4º) y la prevalencia en el orden interno colombiano de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (según el art. 93). El tribunal, que nunca ha sido escaso en fundamentos doctrinarios de la mejor estirpe, acude al "bloque de constitucionalidad". Dice que se compone con las normas y principios que no aparecen formalmente en el articulado del texto constitucional, pero que son utilizados como parámetro del control constitucional de las leyes, porque han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la Constitución misma.

4.4 En consecuencia, quedan pocas dudas sobre la posibilidad de aplicar este conjunto normativo que, sin integrar la constitución formal, forman igualmente parte del material que se aplica y utiliza para resolver conflictos diversos.

A partir de esta coincidencia comienzan otros inconvenientes. La pregunta es ¿son estas reglas de interpretación aplicables a todo tipo de procesos? O ¿solamente son válidas cuando hay conflictos de naturaleza constitucional?. En otros términos: ¿son derechos siempre aplicables, o constituyen un conjunto normativo supletorio?.

> Para Rodrigo Uprimny, en el sistema colombiano, para la construcción del bloque de constitucionalidad se debieron atravesar cinco etapas: en primer lugar, la Constitución de 1886 no adoptó esta figura, por lo que fue necesario esperar más de cien años a la expedición de la Carta de 1991, con sus artículos 53, 93 y 214; y a los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional, para precisar las normas que fundamentarían el bloque de constitucionalidad. Como segunda etapa, las altas cortes comienzan a usar los tratados internacionales dentro de sus decisiones como puntos de referencia y variables normativas. Una tercera etapa se da en el año 1995, cuando se empieza

308 Bidart Campos, Germán J., *El derecho internacional humanitario en Colombia*, Rev. El Derecho (Argentina), t. 164 p. 438.

a utilizar el término "Bloque de constitucionalidad", y en torno a este se empieza a generar toda una doctrina de integración con normas provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Un Cuarto momento comienza en el año 1997, marcada por tres aspectos fundamentales: 1. precisando los componentes de la remisión expresa; 2. especificando cuales tratados conforman el bloque y cuales no; y 3. introduciendo la diferencia entre los dos sentidos que se le pueden dar al bloque de constitucionalidad (estricto y amplio). La última etapa se da en el año 1999, cuando se consolidan los componentes teóricos del Bloque de constitucionalidad y se establece una institución importante para el ejercicio del control constitucional, por ejemplo en casos complejos donde se involucran el compromiso con los derechos humanos ([309]).

5. ¿Poderes del Juez constitucional o de todos los jueces?

5.1 En esencia, no hay controversia entre partes donde no existan derechos constitucionales en juego. Partiendo de esta simple observación, no sería posible concluir de otra manera que no sea aquella que permita a todos los jueces resolver en cuestiones constitucionales.

Sin embargo, este ha sido uno de los miedos emblemáticos en la historia del derecho, porque se pensaba que la interpretación libre de las normas, y mucho más de la ley fundamental de la nación, podía llevar a aplicaciones particulares o inteligencias capciosas despojadas de serenidad y deliberación, permitiendo ejercer un poder despótico y absoluto.

Así fue la lección que impartieron clásicos como Rousseau o Montesquieu, tratando de evitar el gobierno de los jueces.

5.2 Al juez europeo, producto de esta prevención, solo se le encargó aplicar la ley, nada más. No podía cambiar el sentido acordado por la voluntad mayoritaria del pueblo. Si era injusta, no era un problema del Juez: su deber era cumplir con los preceptos del derecho subjetivo.

309 Uprimny, Rodrigo, "*Bloque de constitucionalidad, derecho humanos y nuevo procedimiento penal*", en Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2004, p. 204.

Pero este es un criterio simplificado que se muestra diferente del que América desenvuelve.

Nosotros, sin demasiada precisión, podemos afirmar que damos a los jueces mayores facultades y poderes, cuyas posibilidades en el proceso común exceden la simple fórmula de aplicar la ley para resolver el caso concreto.

Vale decir que, cualquier juez, puede y debe, aplicar en la cuestión que decide, el marco legal que lo predispone, de manera que si entre ellas aparecen normas de contenidos más amplios que los que tiene la legislación interna, está en su derecho utilizarlas y destinarlas como fundamentos válidos, desde que no son normas inciertas o inaplicables, sino directivas transnacionales que se incorporan al plexo constitucional como un "bloque" de nuevos derechos y garantías.

Con ello queremos partir de un punto central de estas reflexiones:

5.3 En Europa, los jueces tienen claramente fraccionadas sus actividades de acuerdo con los casos que debe analizar. Podrá ser un juez ordinario y no tener poderes para realizar control de constitucionalidad; será un Tribunal Constitucional, habitualmente extra poder (es decir, fuera o extraño al Poder Judicial) cuya función básica es fiscalizar la supremacía de la norma básica del Estado; quizá sea un tribunal administrativo encargado de hacer efectivo el principio estricto de legalidad; o jueces comunitarios con ejercicios particulares y una misión específica; etc.

En América, en cambio, los jueces –todos- integran el Poder Judicial. La justicia no se *administra*; se *ejerce* con poderes y deberes típicos de la función de impartir justicia. En esa misión, cualquier juez tiene un compromiso con la legalidad, es decir, tiene que aplicar la ley. La particularidad está en que, al mismo tiempo que la emplea, puede colegir su adaptación al caso que resuelve, de manera que tiene un poder de interpretación que no tienen –al menos dogmáticamente- los jueces europeos.

Esto es así en virtud de una clásica división entre *sistemas que confían en los jueces* y *sistemas que desconfían de ellos*. En el primero, se permite

al juez o tribunal que aplique la norma que considere justa; en el segundo, sólo puede utilizar la norma que el derecho positivo establece.

5.4 Ahora bien: ¿es cierta esta división tan polarizada? ¿Qué sucede con Latinoamérica que ha creado y recreado el modelo europeo de Tribunales Constitucionales para concretar la fiscalización del principio de supremacía constitucional? Acaso ¿es posible persistir en una descripción del modelo concentrado y difuso como algo presente cuando todos sabemos que ninguno es un mecanismo puro y continuo del modelo originario?

> En Colombia, la Corte Constitucional ha mantenido un "vaivén" frente a la tesis de la obligatoriedad de la doctrina de los tribunales internacionales, manteniendo una posición más "conveniente" en sentencias como la que resuelve la constitucionalidad de dar beneficios a los grupos paramilitares. La primera, la tesis de la obligatoriedad fue decantada en la Sentencia C-481 de 1998, donde el magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, al resolver un problema de discriminación laboral por sexo, señaló que "es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno". La postura "conveniente" fue expuesta en la Sentencia C-370 de 2006, cuando los Magistrados Ponentes, refiriéndose a un precedente anterior, señalaron que: "La jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos humanos". De este modo, resulta muy importante tener en cuenta la manera como los Estados partes incluyen tanto las convenciones internacionales, como la doctrina de sus cortes, en su derecho interno, pues es un punto crítico que resulta determinante respecto de las consideraciones alrededor del control de convencionalidad. Podemos notar así que el control de convencionalidad se ejerce en la práctica, de una manera casi que involuntaria por parte de los jueces internos. Por lo pronto, es necesario esperar su crecimiento y desarrollo, ya que estamos frente a una figura relativamente joven; mientras tanto, podemos afirmar que nos encontramos frente a una figura jurídica bastante útil, por poseer una fuerza explicativa y argumentativa fuerte alrededor de la

influencia jurisprudencial de las cortes internacionales al interior de los países ([310]).

Según la Corte Constitucional (Sentencia C- 067/03, magistrado ponente Gerardo Monroy Cabra), las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de:

i) regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación;

ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso;

iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y

iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas.

5.5 Otro planteo surge con la autonomía que tienen cada una de las normas del denominado "bloque", teniendo en cuenta para ello la amplitud que la Corte Constitucional de Colombia asigna al interpretar el alcance que tiene.

Vale decir, ¿son las normas del bloque independientes entre sí, o están integradas a un sistema que trabaja en conjunto?.

Por ejemplo: la protección judicial que se propicia desde los tratados y convenciones internacionales incorpora, como uno de los derechos fundamentales que se agregan al "debido proceso", la garantía de sustanciar el procedimiento en un plazo razonable. Con ello se trata, nada más que de concretar el derecho a un juicio justo, imparcial y rápido, que brinde la posibilidad, pero nunca el respaldo para un resultado favorable.

La Corte IDH ha interpretado este conjunto de garantías, estableciendo que según la Convención Americana, los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados

310 Rincón Plazas, Elmer Ricardo, *¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: Definición, clasificación, perspectivas y alcances*, Revista Iter ad veritatem, nº 11, Bogotá (2013), p. 212

de conformidad con las reglas del debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de afianzar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por el Pacto a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1) ([311]).

Ahora bien, ¿este conjunto de garantías opera como sistema o cada cláusula nueva que integra el debido proceso es independiente?: la respuesta, creemos, está en ambos frentes.

De este modo, el hecho de que los retrasos no sean imputables a conducta dolosa o negligente alguna, sino al exceso de trabajo que pesa sobre determinados órganos judiciales, puede exculpar a los Jueces y Magistrados de toda responsabilidad personal, pero no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a los retrasos, ni permite considerarlos inexistentes o, dicho con mayor exactitud, no autoriza a considerar que la dilación no es injustificada, sin prueba alguna de que se haya intentado agotar todos los medios que las circunstancias permiten para evitarla.

> Cuando la vulneración del derecho al proceso sin dilaciones indebidas no se invoca frente a una situación de simple inactividad, sino como reacción frente a la tardía producción de un determinado acto, el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho sólo puede alcanzarse liberándolo de las consecuencias dañosas que la dilación le haya ocasionado.

5.6 La normativa vigente ha de interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental a la tutela Judicial efectiva, pues aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, con repudio de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, pero teniendo asimismo en cuenta que no puede dejarse al arbitrio de cada parte el cumplimiento de los requisitos procesales y la disposición del tiempo en que ha de cumplirse.

311 Informe de la Comisión del 22 de diciembre de 1999 *in re* “Ellacuria, Ignacio”

Una clara finalidad del sistema creado, es suministrar un remedio al individuo para lograr una suerte de cuarta instancia que revise las acciones del Estado frente a los compromisos asumidos al ratificar los Tratados e incorporarlos a su derecho interno.

Pero, además, esta acción positiva del Estado introduce un cambio sustancial en el principio de la supremacía constitucional, porque aun cuando se diga que los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos tienen una jerarquía menor a los dogmas constitucionales, lo cierto es que esto es un dato inferior frente a los hechos que revisa la jurisdicción supranacional. De todos modos, el derecho interno se convierte a suertes del estudio transnacional, en hechos relevantes que se constatan y confrontan sin excepciones.

Por tanto, la misión de estos sistemas de protección a los derechos humanos, no piensan ni se detienen en sistemas procesales, sino en el conjunto de garantías aceptados como reglas mínimas que ningún Estado puede interpretar a su antojo.

> Ofrece Peter Häberle una visión particular de este fenómeno de influencia que denomina "*ius commune americanum*" al sostener que, a partir de la comparación a nivel mundial en materia de Estado constitucional como tipo se comprueba que ninguna nación puede afirmar haber realizado, aquí y ahora, *todos* os elementos textuales, ideales y óptimos, del tipo del Estado constitucional. Cada uno ha aportado algo nuevo en ciertos campos, y en otras ha sido receptora; unas veces, ha sido pionera, y en otras, se ha quedado rezagada.
>
> El ideal del tipo del Estado constitucional es una construcción científica en la medida que no es posible hacer de ella simples deducciones abstractas, pues cada nación constitucional de la que se trate es sumamente individual y especial [(312)].

6. Componentes del bloque de constitucionalidad

6.1 Dejando de lado el dilema de atrapar dentro del conjunto a *todos* los tratados y convenciones que el Estado celebre, para enfocar

312 Häberle, Peter, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabra clave para un diálogo europeo – latinoamericano*, traducción de Héctor Fix Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2003, p. 73.

los contenidos que tiene el bloque de los derechos humanos, es preciso, en consecuencia, considerar tres dimensiones distintas pero interactuantes.

La primera se refiere al *ámbito normativo*, esto es, el espacio que tienen las disposiciones escritas en los referidos compromisos *supra* nacionales donde la Convención Americana sobre derechos humanos arroja un caudal de nuevos contenidos.

La segunda es el espacio de los *valores superiores* donde se puede encontrar una suerte de jerarquía dentro de las disposiciones, donde anida antes que la expresión escrita el espíritu que ellos importan.

El tercero es el campo de las *limitaciones*, que siguiendo este enfoque del trialismo, supondría algo así como el ámbito de la realidad donde se deberán aplicar este conjunto de nuevos derechos y garantías.

6.2 El *espacio normativo*, lo encontramos en el art. 93 de la Constitución Política, la incorporación de los derechos humanos provenientes de tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso no se "incorporan" al texto constitucional, porque quedan agregados en un bloque de interpretación que tiene prevalencia sobre el derecho interno.

Esta no es una mención anecdótica y carente de sentido, porque al agregarse derechos humanos que llegan desde tratados y convenciones, no se efectúa una equiparación constitucional sino una entrada independiente que se aísla al momento de aplicarse. Por eso el orden de preferencia.

En Argentina los tratados y convenciones se integran al texto constitucional (art. 75 inciso 22, CN), y permiten que otros se agreguen con requisitos similares a los que tiene Colombia.

La diferencia está en el método de interpretación subsiguiente. Mientras en Argentina los Pactos y Convenciones son parte de la Constitución; en Colombia están fuera de ella. Es verdad que se equiparan con rango constitucional y que tienen prioridad de

aplicación, pero en los hechos la lectura de los derechos comienza por el bloque.

> En su tesis, Manili afirma que no corresponde hablar de la "constitucionalización" de los instrumentos internacionales, ni de su "incorporación" a la constitución; sino de una "jerarquización" o "elevación a jerarquía constitucional", o "incorporación al sistema constitucional", entendiendo por tal a la constitución material, es decir, la sumatoria de la constitución escrita y la no escrita, que incluye la costumbre, la jurisprudencia, etc.

Supongamos que se trate de fomentar la creación de industrias y fuentes de trabajo a sabiendas del daño ambiental consecuente. Cuestionada la decisión administrativa (política administrativa) el juez tendrá que resolver dando prioridad a la normativa que desde los pactos y convenciones internacionales llega para cuidar el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Los fundamentos estatales quedarían inmediatamente postergados.

Esta lectura es producto de una decisión constitucional que resuelve asumir la primacía del "bloque de constitucionalidad", pero dentro de éste hay vaguedades que, al tiempo de su interpretación puntual, necesita de esclarecimientos.

Puede suceder que la inteligencia de una disposición aislada (pero dentro del bloque) sea contradictoria con una norma constitucional, en cuyo caso, la regla de preferencia podría socavar buenas intenciones del Estado.

Por eso es importante observar que el bloque de constitucionalidad se integra con: *i) instrumentos generales* como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas de 1948; *ii) instrumentos particulares* como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y culturales, y el de Derechos Civiles y Políticos; *iii) instrumentos específicos*, que se refieren a

problemas puntuales como la discriminación, el genocidio, la tortura, la corrupción, etc. [313].

Esta clasificación tiene su impronta porque, a pesar de las diferencias que tienen en orden al trámite previo de aprobación e incorporación al derecho interno, lo trascendente es determinar si basta con la ratificación del Congreso para dar a cada uno la preferencia legal establecida.

La respuesta está en el art. 93 constitucional, y no hay dudas sobre su operatividad directa e inmediata para darle favoritismo a todo tratado y convención alcanzado.

6.3 Los *valores superiores* son sociológicos. El uso de valores significa dar preferencia a reglas tales como el principio *pro homine* (implícito en el art. 94, Constitución Política; art. 29 Convención Americana; art. 5 Reglas de Nueva York; etc.); o *favor debitoris*, entre otros.

Trabajar con valores supone para quien realiza una tarea de elaboración intelectual (como es la creación de una sentencia) elegir aquella que mejor resuelva los derechos de las personas.

La Corte Interamericana, por el caso, sostiene que si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana [314].

> Bidart Campos explica que el principio *pro homine*, no pierde aplicabilidad en caso de presentarse un conflicto entre el Estado y un particular, sino entre dos o más particulares. En ese caso se interroga ¿cuál será la norma más beneficiosa para la persona y sus derechos si tanto el sujeto activo como el pasivo son personas, y por ende la norma más favorable para una de ellas no favorece a la otra?. En estos casos -responde-, ha de buscarse la norma más favorable para el derecho de la parte en conflicto, teniendo en cuenta el bien o interés jurídico

313 Para una clasificación prolija y ordenada ver, Manili, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. cit., p. 177.

314 OC-5/85, párrafo 52.

de mayor alcurnia, todo ello de acuerdo a una opción razonable y objetiva en la escala axiológica.

Además, los valores no necesitan más que adecuarse al caso que resuelven porque, tratándose de derechos humanos en juego, no hay otra vía de solución que encontrar el beneficio mayor para la víctima, sin importar el origen o ubicación de la norma que se aplica.

También el principio *favor debilis* opera en este campo, reconociendo una ventaja comparativa en provecho de quien tiene una situación de inferioridad.

O bien, el caso del principio *pro actione,* presente en varios instrumentos internacionales que dan un marco de amplitud al debido proceso (en particular cuando afecta las cuestiones de legitimación procesal, o el alcance de la cosa juzgada).

Finalmente cuadra en este campo una directiva implícita: es deber del estado adecuar su legislación interna para integrar los derechos que no existen de manera expresa, y para impedir que los vigentes colisiones con estas nuevas expresiones de los derechos humanos.

6.4 La Corte Constitucional, atinadamente advierte que, el hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones.

Este es un llamado a utilizar el preámbulo constitucional, los principios, valores y reglas constitucionales; todas de acatamiento obligatorio y de forzoso cumplimiento en el orden interno, porque las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatorio.

Sin embargo hay límites en la aplicación inmediata o directa que dependen de situaciones metodológicas o de condiciones necesarias para su adopción.

Una de ellas es que los Tratados o Convenciones que se invoquen estén en vigencia en el ámbito internacional (recuérdese que un Tratado internacional ratificado por un Estado parte puede no estar vigente mientras no consigue reunir un número determinado de adhesiones), cuestión que tiene proyecciones interesantes de las que no vamos a ocuparnos en este trabajo.

Otra proviene de las *reservas* que el Estado realiza al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado, o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones (cfr. art. 2.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

La misma actitud precautoria tienen las *cláusulas* o *declaraciones interpretativas*, que significa interpretar algunos términos del Pacto o la Convención para armonizar su aplicación en el derecho interno.

7. Jerarquía y orden prevalente

7.1 A tono con lo expresado en los puntos anteriores se podría reafirmar el criterio de darle al "bloque de constitucionalidad" un orden de atención prevalente sobre las disposiciones constitucionales. De este encuadre preliminar se derivan posibilidades alternas.

Al tiempo de tomar decisiones los jueces afrontan el problema de escogencia normativa. Ya sabemos que la prioridad está en los tratados y convenciones ratificados por el Congreso, pero ¿siempre es así?

Obsérvese que el bloque de constitucionalidad orienta cuando hay conflictos de esa dimensión y naturaleza, pero nunca deroga expresamente otras normas imperativas, solo las confronta y deja de lado por una cuestión jerárquica.

Por eso, la tarea de elaboración, a veces, es de complemento, o integración, teniendo en cuenta los derechos implícitos antes mencionados como presentes en la Constitución Política.

No obstante, el ejercicio a realizar es el llamado "juicio de comprobación", que supone concretar un cotejo de tratados aplicables, convenciones ratificadas, normas constitucionales y, en definitiva,

una verificación de todo el sistema normativo que conduzca a evitar contradicciones insalvables.

El bloque de constitucionalidad tiene prevalencia sobre el derecho interno, esto es cierto; pero también lo es que no deroga disposición constitucional alguna, las que sirven y apuntalan la posibilidad de tener alternancia.

7.2 En síntesis, dice la Corte Constitucional [...],

> "resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93).... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias." ([315]).

En desarrollo de dicha premisa y refiriéndose concretamente a los componentes del bloque, la jurisprudencia constitucional acepta que los tratados internacionales que definen los límites del Estado hacen parte de esta entidad constitucional.

> Así lo estableció la Corte en la Sentencia C-1022 de 1999 al sostener que los "tratados de fronteras que ya estaban perfeccionados al momento de entrar en vigencia la Constitución no pueden ser demandados, puesto que en el fondo son normas que integran el bloque de constitucionalidad, como ya lo había indicado la sentencia C-400 de 1998, cuando precisó que esos acuerdos internacionales,

315 Sentencia C-191 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

> junto con algunos convenios de derechos humanos, tenían un status y jerarquía diferentes a los otros tratados en el ordenamiento colombiano".

Se agrega que [...], "es claro que si los preceptos, principios y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad irradian el texto de la normatividad interna y obligan a las autoridades a acondicionarla a sus disposiciones, también las decisiones judiciales tienen que guardar similar obediencia. Así entonces, no sólo el productor del derecho positivo, sino también el ejecutor de la norma y su intérprete autorizado, están compelidos a seguir los lineamientos del bloque de constitucionalidad, ya que en dicha sumisión reside la validez jurídica de sus actuaciones".

> Que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las consiguientes consecuencias: a) dado que la constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma de normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente de derecho sin más" [316].

316 De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional*, Ariel Derecho, Madrid, 1999, p. 76.

CAPÍTULO IX

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA

1. Evolución jurisprudencial

1.1 A tenor de lo dicho en el capítulo que precede, el problema que emerge del control de convencionalidad se deduce de la obligatoriedad que tiene aplicar en el derecho interno la interpretación que de los derechos humanos hacen los órganos del Sistema Interamericano.

En Colombia, la integración del "bloque de constitucionalidad" confronta con el derecho proveniente del derecho internacional convencional ([317]) provocando una cuestión de preferencia jerárquica que la Corte Constitucional resuelve en etapas sucesivas de evolución jurisprudencial.

No obstante, para entender las soluciones aportadas, se menester analizar el modelo de control constitucional en Colombia, porque anclar respuestas desde la Constitución de 1991, no parece acertado para comprender si estamos frente a una evolución o un retroceso.

1.2 La Constitución decimonónica de 1886 (reformada en 1910) decidió concentrar la fiscalización del principio de supremacía en la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Mucho tiempo después, esta función se especializó con la creación de una Sala Constitucional.

317 Durango Álvarez, Gerardo - Kennier José Garay Herazo, *"El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia"*. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, volumen 18 nº 36, Bogotá (Julio/Diciembre), 2015, ps. 99-116.

Fueron tiempos de pensar "hacia adentro". Preferir el desarrollo de la justicia constitucional interna fue la impronta caracterizadora, y entronizar la soberanía del Estado fue la misión esencial de los tribunales superiores de toda Latinoamérica.

En 1991 la nueva Constitución Política modifica el entramado creando la Corte Constitucional. La jurisdicción constitucional asume el deber de custodia de la Norma Fundamental, y genera aquella tarea conocida como desarrollo de la "Constitucion viviente".

A su lado se promueven acciones especiales destinadas al control, tales como la acción de tutela prevista para los derechos individuales, y las acciones de grupo para los derechos colectivos. La acción popular ocupó el espacio de los intereses de pertenencia difusa siendo Colombia un puntal de este fenomenal reglamento para los derechos de todos.

1.3 La actuación, inclusive, podía ser dispuesta de oficio; así como relegar la construcción de sentencias para cada caso, en función de admitir la revisión de los actos de impacto constitucional, o para dar eficacia al control de procedimientos y materia fundamental.

El formato general no escapa a los modelos de declaración de inconstitucionalidad sea para confirmar la adecuación con la supremacía o para desechar su encuadre.

> Estas funciones y mecanismos, salvo la especialidad conformada, no encontró alterado el fin del control constitucional. En efecto […]
>
> Sostiene Quinche Ramírez que […]: "En el caso colombiano tanto la Constitución de 1886 como la Constitución de 1991, previeron un mecanismo de incorporación que somete el tratado público a la ley. Sin embargo y a pesar de su incorporación, en la práctica los tratados públicos no fueron usados como normas jurídicas, sino como enunciados simbólicos, que nunca sirvieron para resolver pleitos de verdad, conflictos jurídicos concretos. Peor aún, en la práctica los tratados públicos fueron poco o nada frente al derecho legal, frente al derecho simplemente doméstico. Prueba de ello es la ya referida sentencia proferida a propósito del examen de constitucionalidad del "Estatuto de Seguridad". Ese estado de cosas estuvo acompañado de otros dos hechos, uno educativo y el otro normativo. En el plano

> educativo ocurrió que el Derecho Internacional no fue enseñado en las facultades de derecho el país, o si se lo incluía, se lo reducía a la enseñanza del derecho diplomático. En este sentido, el DIDH no fue enseñado, ni mucho menos practicado. En el plano normativo la circunstancia no fue la mejor, pues hubo ausencia de mecanismos de control constitucional sobre los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, por considerar que se trataba de actos políticos y no jurídicos" ([318]).

1.4 Ahora bien, cuando los derechos provinieron del derecho foráneo, el control constitucional quedó diluido. Dicho en el sentido de que fue considerado en el marco de aprobación del o los tratados, al punto que no era discutible (cuestión justiciable) revisar el contenido políticamente dispuesto.

La tendencia demostrada en las Constituciones de 1886 y 1910, fue adoptar la no injerencia sobre las decisiones del Estado que se vincularan con decisiones políticas.

> Un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, equivaldría a interferir la Corte en la formación de los tratados, competencia que no le ha sido asignada, toda vez que la dirección de las relaciones internacionales, es de resorte exclusivo del presidente de la república, condicionada únicamente a la ratificación de los tratados por parte del Congreso, y conduciría a la violación por la misma Corte, de la integridad del estatuto, al intervenir en asuntos que la Constitución le ha asignado a otros poderes ([319]).

De este modo, quedó plasmada la preferencia del derecho interno sobre el internacional; y la internacionalización del derecho constitucional como su dimensión supranacional lejos estaba de ser advertida.

---

318 Quinche Ramírez, Manuel Fernando, "*El control de convencionalidad como control de convencionalidad; como control normativo y no como control simplemente erudito o formal*", en "El control de constitucionalidad", Universidad del Rosario, Bogotá, 2013; y "El control de convencionalidad", Temis, Bogotá, 2014, ps. 653 y ss.

319 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de noviembre 3 de 1983, M.P. Luis Carlos Sáchica Aponte. Gaceta Judicial Tomo 175, parte segunda, Nº 2413, ps. 648 a 667. Ver Quinche Ramírez, ob. cit., p. 655.

1.5 Tiempo antes al que la Corte IDH hablara sobre el control de convencionalidad, como una forma de control constitucional, la Corte Constitucional de Colombia varía su tendencia y en el año 2006 cuando concreta la fiscalización de la Ley 975 de 2005 (Acuerdos de Paz celebrado con el grupo llamado "Paramilitares" con el ex presidente Álvaro Uribe), admite que para la reparación de víctimas provenientes de la lucha armada era necesario forjar una justicia de transición que fuera elaborada para resolver con estándares del derecho internacional.

La mención no superó el criterio de guía o deber jurídico, pues en ningún momento dispuso la aplicación obligatoria de dichos estándares. Sin embargo fue un avance evidente, porque se refirió a "tratados vinculantes para Colombia".

Dice Quinche Ramírez […]

> "En lo relacionado con los "tratados vinculantes", la Corte se limitó a nombrarlos, sin aplicar ninguno directamente. Este mismo estado de cosas se repitió más tarde con la Sentencia C-271 de 2007, donde se insistió en el valor simplemente interpretativo del bloque de constitucionalidad, excluyendo la posibilidad de aplicación directa de la norma convencional. Ahora bien, ha de reiterarse que según se aclaró en la sentencia C-028 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto), las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad no constituyen referentes autónomos del control de constitucionalidad, y que la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad –es decir, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado" ([320]) .

1.6 Con la Corte Constitucional analizando casos específicos donde se invocó la regla de convencionalidad, debió estudiarse si dentro del bloque de constitucionalidad se encontraban los derechos provenientes de Tratados y Convenciones.

Como estos estaban fuera del texto documental de la Constitución, la toma de posiciones podía oscilar entre considerarlos derechos programáticos; derechos directamente operativos; o simplemente

320 Sentencia C-028 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, citada en la Sentencia C-291 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica C) 7 Sentencia C- 579 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt C. Cfr. Quinche Ramírez, ob. cit., p. 657.

como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales.

La Corte Constitucional ha señalado que existen dos acepciones de la noción de "bloque de constitucionalidad": una en sentido estricto, que incluye "aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario"; y otra en sentido lato, que se refiere a "aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior al de las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional". De esta manera, no todas las disposiciones internacionales que vinculan al Estado colombiano forman parte del bloque de constitucionalidad; como sí están incorporados al bloque los tratados de derechos humanos y las normas convencionales y consuetudinarias que conforman el Derecho Internacional Humanitario" ([321]).

Afirma Quinche que […],

> "en la jurisprudencia más reciente de la Corte Constitucional no aparece el análisis específico del bloque de constitucionalidad en sus componentes y clasificaciones. Más bien se lo usa, al modo de amplias reconstrucciones eruditas, que sin embargo no dan pleno valor normativo a las normas convencionales. Tal el caso de la extensísima Sentencia C-579 de 2013, que declaró la exequibilidad del Acto Legislativo Nº 1 de 2012 Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, también denominado "marco jurídico para la paz", que está llena de referencias y reconstrucciones eruditas alrededor de la justicia transicional y el DIDH, a las que finalmente no se les da pleno valor normativo ([322]). O qué no decir de la Sentencia SU-712 de 2013, que negó el amparo de los derechos fundamentales de un servidor público de

321 Sentencia C-291 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica C). Cfr. Quinche Ramírez, ob. cit., p. 663.

322 Sentencia C- 579 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Cfr. Quinche Ramírez, ob. cit., p. 659.

elección popular, que había sido destituido e inhabilitado por la Procuraduría. Allí la Corte se abandonó nuevamente a una erudición más bien vacua, omitiendo <<su deber de adelantar el control de convencionalidad sobre sus propias interpretaciones, después de conocer el sentido de la decisión López Mendoza contra Venezuela, adoptada el 1º de septiembre de 2011 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual es indiscutible que el artículo 23 de la Convención exige reserva judicial para la adopción de decisiones que afecten intensamente derechos políticos de funcionarios de elección popular, en el marco de un procedimiento disciplinari0>> ([323]) tal y como quedó consignado en el salvamento de voto del Magistrado Vargas Silva. Estas referencias ilustran la llegada del Bloque de Constitucionalidad, como una nueva manera de incorporar el DIDH en el país. La nueva ruta será implementada por los jueces constitucionales y tendrá entre otras dos características básicas: en primer lugar se tratará de una incorporación erudita, en la medida en que por primera vez, los autores y los fallos judiciales harán el inventario y la presentación de los tratados públicos sobre derechos humanos en los que Colombia es Estado parte, así como de las actuaciones de los órganos de vigilancia de esos tratados (los comités, las cortes, las comisiones, etc.). En segundo término, la incorporación de esos tratados y de esas reglas operará por la vía de la Constitución y no solo por medio de la ley aprobatoria, constitucionalizando de esta forma los tratados. Sin embargo y como se verá a continuación, esa incorporación de los tratados y de los estándares y reglas fijados por los órganos de vigilancia no será plenamente normativa, sino que funcionará como una opción interpretativa, de modo tal que los tratados y sus reglas tan solo "podrán servir" eventualmente, como criterio de interpretación constitucional si la Corte así lo decide, y no porque tengan pleno valor normativo. En este sentido se progresaba, pero no se asumía plenamente el carácter normativo del SIDH" ([324]).

2. Aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH

2.1 La Corte Constitucional de Colombia ha seguido los criterios de la jurisprudencia de la Corte IDH. Diversas sentencias que, sin hacer

323 Salvamento de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, a la Sentencia SU-712 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

324 Quinche Ramírez, ob. cit., p. 659.

mención al control de convencionalidad, respetaron lineamientos que fueron delineando el debido proceso, se aplicaron con fundamentos propios.

2.2 En la *Sentencia T-679/05* se plantea un conflicto que involucra el honor y la imagen de una empresa. La Corte Constitucional se interroga: ¿Vulnera Caracol Televisión S.A. el derecho al buen nombre y al honor de la empresa Conalserg Ltda. (establecidos respectivamente en el artículo 15 y en el artículo 21 de la Constitución Nacional) cuando por medio de la nota periodística "Informe Especial" (emitido en horario triple A) hace alusión a la ubicación de la empresa Conalserg Ltda. – única de ese tipo en el sector, sin nombrarla expresamente durante el informe ni achacarle responsabilidad alguna, y, cuando, también en el desarrollo de la nota informativa, con base en entrevista realizada al gerente de la misma – ocultando su rostro y su identidad –, muestra cuán fácil es obtener una promesa de empleo valiéndose de documentos falsos?

En orden a resolver el problema jurídico planteado, la Corte se pronunciará sobre la libertad de expresión y sobre una de sus manifestaciones más importantes: el derecho a la información. En este orden de ideas, examinará el alcance que tiene el periodismo de investigación para el buen desarrollo de una sociedad democrática. A renglón seguido, la Corte estudiará el caso en cuestión para establecer hasta qué punto es factible trazar un límite a la libertad de información en virtud del derecho al buen nombre y a la honra que se estiman vulnerados por la emisión de la nota informativa transmitida por Caracol Televisión S.A. Con tal propósito, procederá a realizar un análisis del video que obra como prueba en el expediente.

En lo esencial resuelve […]

> La libertad de expresión constituye una de las conquistas más valiosas que ha realizado la humanidad a lo largo de su historia. Por medio de la libertad de expresión el individuo está en la posibilidad de exteriorizar sus pensamientos libre de presión o de coacción. De esta manera, puede confrontar sus propios pensamientos con los pensamientos de los demás y, así, con base en el contraste permanente de ideas, está en la posibilidad de asumir posturas críticas y autocríticas que le hacen

> factible avanzar en el conocimiento de sí mismo y del mundo que lo rodea. La libertad de expresión no sólo es valiosa para el ser humano como individuo. Ella configura, además, la *conditio sine qua non* para que la democracia exista. Sin libertad de expresión no podría existir democracia o al menos no el tipo de democracia que se relaciona con la posibilidad de realizar los derechos humanos y de hacer efectivas la justicia y la equidad.

La utilización de normas internacionales se admite expresamente cuando se razona sobre el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Luego de las lamentables experiencias vividas alrededor y con motivo de la Segunda Guerra Mundial, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 también le confirió un lugar de suma importancia a la garantía del derecho a la libertad de expresión. Esta garantía se vio confirmada por lo dispuesto en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito por Colombia el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 29 de noviembre de 1969 por medio de la ley 74 de 1968.

Pero donde se ve la aplicación directa del Pacto de San José resulta con la subsunción del caso en el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que entró en vigor en Colombia el 18 de julio de 1978 y le confiere al derecho a la libertad de expresión una especial garantía.

> La importancia de las disposiciones señaladas en párrafos anteriores se ve realzada por lo establecido en el artículo 93 de la Constitución colombiana: "Los tratados y convenios internacionales [aprobados] por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. <u>Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia</u>." (Énfasis fuera de texto)

Por eso la Corte ha aceptado de manera reiterada la importancia que tienen los pactos internacionales sobre derechos humanos aceptados por Colombia para efectos de interpretación de las disposiciones que contienen derechos constitucionales fundamentales y el alcance

que en tal contexto tiene la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En relación con la interpretación del derecho fundamental a la libertad de expresión, juega un papel clave la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión establecida en el marco de la Organización de los Estados Americanos.

El tribunal destaca que […]

> En el último Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión (2004), el relator subraya la importancia que ha adquirido la Declaración de Principios como punto "de referencia para evaluar las posibles violaciones a la libertad de expresión en los países miembros". La idea de elaborar una Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, afirma el relator en su informe, se conecta con la necesidad de "otorgar una marco jurídico que regule la efectiva protección de la libertad de expresión en el hemisferio, incorporando las principales doctrinas reconocidas en los diversos instrumentos internacionales.
>
> En este orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la declaración elaborada por la Relatoría durante su 108º periodo ordinario de sesiones en octubre el año 2000. Esta Declaración "constituye un documento fundamental para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su aprobación no sólo es un reconocimiento a la importancia de la libertad de expresión en las Américas, sino que además incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva de este derecho ([325]).

El uso de jurisprudencia y legislación abandona el carácter subsidiario que se reconoce cuando la propia sentencia alega que […] "en el ámbito del sistema americano de protección de los derechos humanos, existen algunos documentos que consagran obligaciones en materia de acceso a documentos públicos, calificadas en términos de la doctrina anglosajona como *soft law*, es decir, disposiciones flexibles, adoptadas en el seno de organizaciones internacionales, a veces por amplias mayorías, que constituyen directivas de comportamiento

325 Corte Constitucional. Sentencia C-872 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

dirigidas a los Estados y que además sirven como criterio auxiliar de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. En tal sentido, en la "Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión", adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre de 2000 y que constituye un texto fundamental para la interpretación del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica".

Lo anterior es tanto más importante, por cuanto los alcances de la Declaración en la defensa del derecho a la libertad de expresión así como la interpretación que de tal derecho ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos han subrayado su papel imprescindible para el desarrollo de una democracia dispuesta a hacer valer la plena garantía de los derechos humanos.

Es factible que de lo consignado en los textos mencionados con anterioridad, varíe el grado de protección que se le otorga a la libertad de expresión. Cuando se compara, por ejemplo, lo establecido en el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos con lo prescrito en la Declaración Universal de Derechos Humanos y con lo consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es dable encontrar un más amplio nivel de protección cuando se lee el contenido del artículo 13 de la Convención.

Puede suceder, así mismo, que la protección ofrecida al derecho a la libertad de expresión sea más amplia cuando se examinan las garantías contenidas en el derecho interno o puede ocurrir exactamente lo contrario, que la protección a nivel de la Convención sea más aguda que a nivel del derecho interno. De modo reiterado la Corte IDH por medio de su jurisprudencia ha insistido en la necesidad de aplicar las disposiciones más favorables a la garantía del derecho a la libertad de expresión, muy en el sentido de lo dispuesto por el inciso (b) del artículo 29 de la Convención Interamericana:

> "Si a una misma situación son aplicables la convención Americana y otro tratado internacional debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos

> internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos instrumentos pero no en la convención para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que esta reconoce".

2.3 La Corte Constitucional en la sentencia hizo una interesante diferencia, conforme el estándar de mayor protección. El caso era que Colombia disponía de derechos más amplios y expandidos que los del propio Sistema Interamericano, en cuyo caso, la regla de la norma mása favorable estaba dentro del derecho local.

> De acuerdo con esta línea de argumentación, la Corte IDH pone énfasis sobre la doble dimensión que le subyace al derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos: una dimensión individual y una dimensión social. Desde el punto de vista individual, la libertad de expresión significa que "nadie puede ser menoscabado o impedido para manifestar su propio pensamiento." Desde el punto de vista colectivo, significa "el derecho (...) a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno". La perspectiva individual "no se agota en el reconocimiento teórico del derecho de hablar, escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente".

En suma, la sentencia no se cansa de remitir a la Corte IDH para subrayar que la libertad de expresión es un instrumento para hacer efectivo "el intercambio de ideas y de informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común, tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.".

La Corte Interamericana considera que ambas dimensiones deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al

derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos en el artículo 13 de la Convención.

Inclusive la sentencia aplica lo expuesto en Opiniones consultivas […]

> En este sentido se expresa en la Opinión Consultiva número 5 de 1985 al afirmar que: "La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para [que] los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre".

2.4 La jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido eco en las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional colombiana cuando se trata de la interpretación del artículo 20 de la Constitución que contiene el derecho a la libertad de expresión.

En *Sentencia T-213 de 2004* (M. P. Eduardo Montealegre Lynett), la Corte Constitucional colombiana intenta seguir la línea argumentativa establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fijar los alcances del artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y realiza una interpretación del artículo 20 superior tendiente a ajustar lo dispuesto allí con la aplicación del principio más favorable a la libertad de expresión. De lo afirmado por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia citada es factible extraer, entre otros, los siguientes criterios […]

> La libertad de expresión goza de una especial protección en el ordenamiento constitucional colombiano, ya sea bajo el aspecto de la libertad de información o bajo el aspecto de la libertad de opinión, pues ambos aspectos se conectan con el papel nuclear que desempeña la libertad de expresión en la vida social.
>
> Cualquier restricción que se pretenda hacer al derecho a la libertad de expresión debe estar justificada y motivada por la aspiración de

> alcanzar fines compatibles con la democracia y con el respeto por la dignidad humana.
>
> Las restricciones al derecho a la libertad de expresión no pueden ser distintas a las establecidas en el artículo 20 de la Constitución colombiana y a las consagradas por el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.
>
> La Corte distingue entre libertad de información y libertad de opinión. Si bien de la lectura del artículo 20 de la Constitución colombiana se deduce que la libertad de información está sujeta a las condiciones de veracidad y de imparcialidad, la Corte Constitucional se ha propuesto delimitar cuál es el sentido en que se deben interpretar estas exigencias "con el objeto de evitar que el eventual control sobre tales requisitos conduzca a la negación misma del derecho a informar." (Énfasis fuera de texto).

De lo expuesto en párrafos anteriores, se desprende que la Corte Constitucional de Colombia acoge como criterio de interpretación del artículo 20 superior la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica. La exigencia de veracidad y de imparcialidad contenidas en el artículo 20 no pueden, por tanto, interpretarse de modo tal que se exija prueba incontrovertible acerca de que la información publicada o emitida sea verdadera o imparcial. De ser esto así, el precio de la verdad y de la imparcialidad sería el silencio y significaría una clara amenaza para la democracia.

El grado de verdad y de imparcialidad que se exige con relación a la información emitida, se conecta, más bien, con un deber de diligencia razonable con base en el cual sea factible afirmar que se realizó un esfuerzo por constatar y contrastar las fuentes consultadas; que se actuó sin un ánimo expreso de presentar como ciertos, hechos falsos y que se obró sin la intención directa y maliciosa de perjudicar el derecho al honor, a la intimidad y al buen nombre de otras personas.

En este mismo sentido se entiende la doctrina que se ha fijado con relación al principio séptimo de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión según el cual "condicionamientos previos

tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales".

La Declaración sirve en tanto punto de referencia para la interpretación del artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En relación con el principio séptimo, la doctrina internacional ha establecido que la libertad de información comprende:

> "Toda información, incluso aquella que denominamos 'errónea', 'no oportuna' o 'incompleta'. Por lo tanto cualquier calificativo previo que se imponga a la información limitaría la cantidad de información protegida por el derecho a la libertad de expresión [...]. Al exigir la verdad, la oportunidad o la imparcialidad en la información se parte de la premisa que existe una verdad única e incuestionable. En este aspecto es importante hacer una distinción entre aquellos temas que responden a hechos concretos y de posible comprobación fáctica y los que corresponden a juicios de valor. En este último caso es imposible hablar de veracidad o no de la información. La exigencia de veracidad puede implicar la censura automática de toda aquella información que es imposible someter a prueba, lo que anularía, por ejemplo, todo el debate político sustentado principalmente en ideas y opiniones de carácter netamente subjetivo. Incluso en aquellos casos en que la información se refiera a hechos concretos de probable comprobación fáctica, también es imposible exigir la veracidad de la misma, ya que es indudable que sobre un mismo hecho concreto puede existir un gran número de interpretaciones marcadamente distintas."

2.5 En la *Sentencia T-121/07* la Corte Constitucional va a referirse al alcance de la acción de tutela con los márgenes del agotamiento de los recursos internos que tiene como presupuesto cada procedimiento del Sistema Interamericano.

Con precisión se afirma que la acción de tutela no puede ser utilizada para subsanar la negligencia o la incuria de las personas que han dejado de acudir a los mecanismos ordinarios para la defensa de sus derechos. Sin embargo, la Corte ha considerado que existen casos excepcionales en los cuales resulta desproporcionado exigir a las partes el agotamiento previo de la totalidad de los recursos ordinarios –administrativos o judiciales– como condición para acudir a la acción de tutela. En

particular, cuando se trata de personas secuestradas, desaparecidas, incapaces o en situaciones de extrema exclusión y vulnerabilidad, tal exigencia se convierte en una barrera desproporcionada de acceso a la administración de justicia. El presente es uno de aquellos casos.

La situación es ésta […]:

> La actora es una persona de escasos recursos económicos, que ha vivido en una vereda apartada, excluida de los beneficios de la educación y la cultura. Una persona que, como ella misma lo indica, desconoce absolutamente los procedimientos existentes para la defensa de sus derechos. Adicionalmente carece de los medios económicos necesarios para contar con una defensa técnica adecuada. Finalmente, nunca recibió la asesoría y el acompañamiento que el Estado esta obligado a brindar a quienes han tenido que huir de la violencia para salvar sus vidas y las de sus seres queridos. En suma, ha sido absolutamente excluida de los beneficios básicos que un Estado está obligado a proveer y sin embargo, para garantizar sus derechos fundamentales, se le exige un conocimiento jurídico experto. En otras palabras, en las condiciones descritas no parece razonable sostener que la actora estaba en capacidad de interponer el recurso de apelación o la solicitud de revocatoria directa antes de acudir a la acción de tutela. Adicionalmente, ninguno de tales recursos era necesario para agotar la vía gubernativa en el presente caso.

El tribunal constitucional asigna al problema una mirada desde los derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación de las víctimas, proyectados todos desde el derecho a la paz.

Estos derechos fundamentales se derivan también de la obligación del Estado de mantener el monopolio de las armas. Adicionalmente, se trata de derechos que se encuentran garantizados en los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario que no pueden ser suspendidos en estados de excepción y, en consecuencia, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, lo que les asigna el carácter de derechos fundamentales.

Finalmente –dice la Corte Constitucional–, se trata de derechos colectivos cuyo titular es la sociedad toda, así como derechos de las futuras generaciones a una vida sin violencia. En efecto, como se

reconoce de manera unánime, la reducción de la impunidad –a la que apuntan los derechos acá estudiados– es probablemente la más importante garantía para la construcción de una sociedad democrática libre, al menos, de las más atroces formas de violencia.

2.6 La Corte había dicho que […]

> Los derechos fundamentales a la verdad y a la justicia de las víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, dan lugar a una serie de obligaciones inderogables a cargo del Estado. En términos muy generales, estas obligaciones aparejan el deber del Estado de adelantar investigaciones serias, oportunas, independientes y exhaustivas sobre los hechos criminales que se han puesto de manifiesto y la de informar a la persona afectada, sobre el resultado de las investigaciones. Adicionalmente, en este tipo de crímenes, es deber del Estado establecer si se trata de crímenes cometidos de manera sistemática y masiva contra la población civil así como identificar el patrón de las violaciones.
>
> Igualmente, corresponde al Estado la obligación de satisfacer el derecho a la justicia y a la verdad de las víctimas mediante el diseño y la garantía de recursos judiciales efectivos para que las personas afectadas puedan ser oídas, impulsar las investigaciones y hacer valer sus intereses en el juicio. Tales obligaciones incluyen el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados.

Como se observa, son estándares internacionales lo que se utilizan para solucionar el caso. Se los adopta como fuente, pero no se mencionan como obligatorios, sino como derechos emergentes de la propia contingencia.

Es decir, el derecho a la reparación integral supone el derecho a la restitución de los bienes de los cuales la persona ha sido despojada; la indemnización de los perjuicios; y la rehabilitación del daño, así como medidas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas. Adicionalmente, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas de no repetición para garantizar que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean

desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de asegurar que tales crímenes no volverán a tener lugar.

2.7 En la *Sentencia T-1025/07* una vez más se trabaja la solución de un caso (acceso a la información) sobre jurisprudencia de la Corte IDH.

Mediante una acción de tutela se solicita información al Ministerio de Defensa sobre nombres de miembros de la Fuerza Pública que participaron en determinadas acciones en San José de Apartadó, que el órgano oficial resiste invocando que tiene a su favor una reserva constitucional o legal

Sin embargo, la Corte Constitucional afirma […]

> Tanto la jurisprudencia de esta Corporación como la de la Corte IDH manifiestan que la regla general es la del acceso general a la información que reposa en el Estado –"*principio de la máxima divulgación*" –, como condición fundamental para la existencia del Estado democrático, respetuoso de los derechos de las personas. Sin embargo, tolera que alguna información quede en secreto, de acuerdo con lo que determine la ley. Empero, la determinación debe ser motivada, debe respetar los parámetros de la razonabilidad y la proporcionalidad, a partir de un test estricto, y, además, las excepciones a la regla del acceso deben interpretarse siempre en forma restrictiva.

3. Incorporación de Tratados y Convenciones al derecho interno

3.1 Una de las proyecciones más importantes que tiene el control de convencionalidad en Colombia surge con la incorporación de Tratados y Convenciones que se alojan en el bloque de constitucionalidad, pero que especializan la naturaleza jurídica de los derechos, al no tenerlos como una simple referencia de aplicación.

En la *Sentencia - 941/10* se pone en consideración si son todos los acuerdos internacionales los que forman parte de esa esfera de atención prioritaria, o si el efecto se reduce a los que versan sobre derechos humanos-

3.2 La distancia que asume es muy interesante porque divide el control de constitucionalidad de cuanto corresponde a lo estrictamente convencional. En efecto […]

> El control de constitucionalidad formal persigue verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios en el proceso de negociación y celebración del tratado, así como en el trámite legislativo desarrollado y la sanción presidencial del proyecto de ley. De igual modo, la ley aprobatoria debe observar el procedimiento de una ley ordinaria por no disponer lo contrario la Carta Política y así contemplarlo la Ley Orgánica del Congreso, salvo lo concerniente a la iniciación del debate en el Senado de la República, por referir a las relaciones internacionales (art. 154 superior) y a la remisión oportuna por el Gobierno del tratado y la ley aprobatoria a la Corte (art. 241, num. 10 superior). En virtud de lo anterior, la Corte ha manifestado que el examen formal comprende: i) la remisión oportuna del instrumento internacional y la ley aprobatoria (art. 241.10 C.P.); ii) la validez de la representación del Estado colombiano en los procesos de negociación y celebración del Acuerdo, así como la competencia del funcionario que lo suscribió; iii) la iniciación del trámite en la cámara correspondiente; iv) las publicaciones efectuadas por el Congreso (art. 157 C.P.); v) la aprobación en primero y segundo debate, respectivamente (art. 157 C.P.); vi) el cumplimiento de los términos que debe mediar para los debates en una y otra cámara (art. 160 C.P.); vii) el quórum deliberatorio y decisorio, al igual que las mayorías con las que fue aprobado el proyecto; viii) el anuncio previo a la votación (art. 160 C.P.); ix) la sanción del Gobierno (art. 157 C.P.). Adicionalmente, en materia comercial (TLC) debe cumplirse, de ser procedente, con x) la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas y tribales

Con este encuadre, la Corte Constitucional afirma que los parámetros del control de constitucionalidad sobre los acuerdos internacionales, comprenden igualmente a los tratados internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción (art. 93 superior). Esto es, incluye el denominado bloque de constitucionalidad estricto sensu, al igual que el *lato sensu*.

La Corte igualmente ha admitido como preceptiva normativa que se incorpora al bloque de constitucionalidad: i) las normas

convencionales y consuetudinarias que conforman el Derecho Internacional Humanitario y ii) las disposiciones del *ius cogens*.

3.3 Sin embargo, claramente se advierte que la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado.

> "La confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución. Como se indicó, el fundamento normativo de las disposiciones internacionales que se integran al bloque se deriva de cláusulas constitucionales expresas en las que se efectúan remisiones directas a dichas normas y principios, incorporándolos al ordenamiento interno con rango constitucional para efectos de precisar y complementar el sentido de las mismas.

Esta declaración atiende decisiones anteriores (sentencias C-031 de 2009 y C-608 de 2010) donde se había dicho que el juicio de constitucionalidad no puede realizarse sin tener en cuenta las actuales dimensiones de los intercambios comerciales, las expectativas válidas de incremento, el grado de desarrollo de las economías, entre otros factores.

La Corte al decidir sobre tratados comerciales complejos, ha sostenido que en el proceso de negociación y celebración cada Estado cede parte de sus intereses en aras de lograr la apertura de mercados para sus productos, sin que por ello se desconozca los principios constitucionales de equidad, igualdad, reciprocidad y conveniencia nacional (arts. 9º, 150.16, 226 y 227 superiores).

3.4 Entonces, no basta al juez constitucional con valorar los capítulos que conforman el Trtatado de manera independiente o transversal, o con estudiar las distintas ventajas y concesiones presentes en cada una de las responsabilidades asumidas por las Partes, sino que el acuerdo de liberación comercial debe ser apreciado de manera integral, esto es, como un todo que se conforma por las partes.

> Así lo sostuvo la Corte al indicar que […] "dicho análisis, por lo demás, debe ser llevado a cabo dentro de un contexto histórico y económico específico. De allí que la conformidad del tratado internacional con la Constitución dependerá no sólo de la ausencia de contradicciones normativas entre el primero y la segunda, sino de la preservación fáctica de los grandes equilibrios alcanzados inicialmente por las Partes contratantes"

La ides que prima es trabajar con varias interpretaciones, opiniones y valoraciones sobre equidad y conveniencia, así como diferentes alternativas hipotéticas de interpretación acordes con la Constitución, que lleven a reconocer la presunción de validez y de constitucionalidad del mismo atendiendo el principio *in dubio pro legislatoris*.

4. Libertad de expresión

4.1 Uno de los temas mejor trabajados ha sido la libertad de expresión, donde la Corte Constitucional testimonia con sus sentencias un ejemplo para Latnoamérica.

En la *Sentencia C-442/11* se distinguen ocho rasgos del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión:

1) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión;

2) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión prohibidos;

3) existen diferentes grados de protección constitucional de los distintos discursos amparados por la libertad de expresión, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más intensa que otros, lo cual a su vez tiene directa incidencia sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones;

4) protege expresiones exteriorizadas mediante el lenguaje convencional, como las manifestadas por medio de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional;

5) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión;

6) la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como aquellas consideradas inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono;

7) su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; por último,

8) impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares.

El enumerado tipifica en armonía cuanto quieren significar las relaciones del derecho local con el internacional, poniendo énfasis en que es un derecho de titularidad universal, pues es definida por la expresión "toda persona" empleada por el artículo 20 constitucional, el artículo 19 del PIDCP y el artículo 13 de la CADH.

> La Corte Constitucional sostiene que se trata de una titularidad compleja puesto que involucra al mismo tiempo los intereses de quien se expresa, del receptor de la comunicación, y en algunas oportunidades de ciertas audiencias o el mismo público en general; de allí que sean titulares de la libertad de expresión, en relación con un acto de comunicación determinado, tanto el emisor como el receptor, que en ciertos casos puede ser una colectividad o el público en general. Los intereses del emisor, o quien se expresa, están siempre presentes, especialmente por el carácter de derecho fundamental de la libertad de expresión y su vinculación directa con las posibilidades de autorrealización y dignificación individuales. Además, es un

> instrumento para el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad religiosa, la participación política o el libre desarrollo de la personalidad. El interés del emisor radica tanto en expresar sus ideas, pensamientos, opiniones e informaciones, como en transmitirlas y diseminarlas al público que escoja.

Además, es una legitimación concedida también a las personas jurídicas que como los sujetos particulares tienen un derecho a la libertad de expresión en cabeza de los medios de comunicación.

Existe igualmente estrecha relación entre la libertad de expresión del medio de comunicación en tanto persona jurídica, y la libertad de expresión de las personas naturales que forman parte de la estructura organizacional de tales personas jurídicas. Por ejemplo, los editores, redactores, reporteros y otros periodistas o comunicadores sociales, que contribuyen a la transmisión de expresiones de terceros, a la vez que ejercen su propia libertad de expresión.

4.2 Hay limitaciones, claro está, desde que a pesar de la presunción de que toda forma de expresión esta cobijada por el derecho fundamental en estudio existen ciertos tipos específicos de expresión prohibidos. Entre estos se cuentan: (a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio. Estas cuatro categorías se han de interpretar con estricta sujeción a las definiciones fijadas en los instrumentos jurídicos correspondientes, para así minimizar el riesgo de que se sancionen formas de expresión legítimamente acreedoras de la protección constitucional.

Con excepción de estas formas de expresión, estrictamente definidas, la presunción constitucional de cobertura por la libertad de expresión, y la sospecha correlativa de inconstitucionalidad de toda limitación

–legislativa, administrativa o judicial- a la expresión, se aplican en principio a toda forma de expresión humana.

4.3 Existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana protegidos por la libertad de expresión *stricto senso*, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros, lo que incide directamente sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones. Gozan de mayor grado de protección el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público, y los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse. Por otra parte, existen manifestaciones de la libertad de expresión que constituyen el ejercicio de otros derechos fundamentales, la cual por lo tanto es una condición necesaria para su ejercicio y ha de recibir especial protección en estos ámbitos particulares.

> Se trata, en resumen, de ocho tipos de discurso: (a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la exposición de convicciones y la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social.

4.4 La Corte Constitucional, a diferencia de los discursos especialmente protegidos, afirma que otras formas de expresión pueden ser objeto de mayores limitaciones bien sea porque el ejercicio de la libertad de expresión mediante dichos discursos implica cargas, deberes o responsabilidades constitucionales expresas, o porque su ejercicio ha de armonizarse satisfactoriamente con el ejercicio de los derechos constitucionales de los demás, como es el caso de la expresión comercial y publicitaria o la expresión que puede resultar socialmente ofensiva. No obstante, en estos casos también se aplica la presunción

constitucional de cobertura y la sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de expresión.

Igualmente se ha puesto de manifiesto que la expresión protegida por la libertad bajo estudio puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva, convencional o no convencional.

En tal sentido la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa. La protección constitucional se extiende a dicho proceso de transmisión y difusión, así como al medio utilizado, ya que la libertad constitucional que se estudia protege tanto el contenido de la expresión como su forma.

Cada medio expresivo en particular, además de gozar de un nivel básico de protección constitucional compartido por todas las formas de transmisión y difusión de las expresiones, plantea a la vez sus propios problemas y especificidades constitucionalmente relevantes, que inciden sobre el alcance de esta libertad en casos concretos. Lo anterior no significa que cualquier persona pueda exigir el derecho de acceder a determinado medio de comunicación masiva, público o privado, creado por otros cuya libertad también está protegida. Así, los directores o editores de un medio masivo son los titulares del derecho a decidir qué se ha de divulgar a través de dicho medio, sin perjuicio del derecho de rectificación y, en ciertos ámbitos definidos por la ley en desarrollo de la Constitución, del derecho de réplica.

5. Cumplimiento de los fallos de la Corte IDH

5.1 En la *Sentencia T-653/12* hay una clarísima demostración del funcionamiento local del control convencional. Aquí se afirma que los fallos proferidos por los tribunales internacionales de derechos humanos, en ejercicio de la función jurisdiccional que le reconocen los Estados, no deben encontrar obstáculos en su cumplimiento y no deben tener oposición por parte de las autoridades encargadas de cumplirlos.

Los argumentos de derecho interno –sean estos de la índole que sean– no deben servir de pretexto para la mora en su acatamiento; el genio local no puede fungir como un falso espíritu protector para el Estado condenado internacionalmente, detrás del cual este pueda esconderse para no honrar sus compromisos internacionales.

> La Corte Interamericana tiene atribuciones en materia consultiva y contenciosa. Cuando ejerce estas últimas, que es su función propia y estrictamente jurisdiccional, no hace cosa diferente que –luego de adelantar un proceso- declarar si encuentra o no probado un incumplimiento del Pacto de San José por parte del Estado demandado. Dado que este instrumento internacional es un tratado de derechos humanos, el Tribunal debe establecer si existen concretas violaciones de dichos derechos. Así las cosas, de manera voluntaria, expresando su voluntad de acatamiento y de cara a unas finalidades, el Estado Colombiano se hizo parte del Pacto de San José de Costa Rica y aceptó la jurisdicción del tribunal internacional por él creado.

5.2 Resalta la Corte Constitucional, que la función jurisdiccional de la Corte IDH se enmarca, entre otros objetivos, dentro del artículo 22 de la Constitución, que reconoce la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. Si así es, el acatamiento de las decisiones emanadas de los tribunales internacionales es una garantía de paz.

Ahora bien, los derechos humanos reconocidos en la Convención pertenecen al llamado bloque de constitucionalidad en sentido estricto. De acuerdo con el contenido del artículo 93 superior, las normas que contiene se entienden incorporadas al ordenamiento interno y surten efectos directos.

Al aplicar el concepto de bloque de constitucionalidad, la declaratoria que hacen los jueces de la Corte IDH no solo repercute sobre la esfera internacional sino sobre el ordenamiento interno. Así, la violación declarada por la Corte Interamericana surte efectos en el ámbito de las relaciones entre países soberanos y miembros de la OEA –donde se reconoce a la nación como infractora– y, a la vez, proyecta directamente consecuencias dentro del Estado.

En diversos fallos la Corte Constitucional se ha referido puntualmente a la Corte IDH, indicando que su jurisprudencia 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.

La jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad

5.3 Precisamente, cuando la acción de tutela se presenta con el objeto de superar la violación declarada y probada por la Corte Interamericana y en relación con la continuidad de la misma, derivada de la falta de una o varias medidas de reparación, el principio de subsidiariedad debe ser estudiado a la luz de otros que estructuran el proceso de amparo, tales como la celeridad y el carácter sumario, preferente e informal.

Es en las citadas características de este mecanismo, dada la urgencia que reclama el restablecimiento del goce de los derechos cuya fractura ha reconocido previamente la Corte Interamericana, que la acción de tutela resulta procedente, pudiendo descartar la idoneidad y eficacia de otros medios, lo que por supuesto debe ser evaluado en cada caso, de acuerdo con la eventual existencia de otros medios que aseguren una pronta y efectiva protección o reparación.

> En tal sentido, precisa la Sala que no todas las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos podrán ser hechas exigibles por esta vía. La legislación nacional ha previsto otros mecanismos judiciales para obtener el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana en lo que refiere a estas. la acción de tutela resulta procedente para exigir el cumplimiento de una orden dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia en la que condena internacionalmente a Colombia, cuando dicta una medida de reparación consistente en una obligación de hacer que, por su naturaleza es de ejecución simple o que ha superado "un plazo razonable" para su implementación o cuya etapa de concertación entre el Estado y los representantes de las

víctimas ya se ha efectuado y, aún así, no se han satisfecho. En dichos eventos, el juez de amparo debe partir de la premisa que un derecho humano que la Corte declara violado lo está hasta que se surta en su totalidad la reparación ordenada. Respecto a una situación continuada de vulneración de tales derechos, por ende, se encuentra eximido de probar la existencia o no de una lesión iusfundamental y se limitará a constatar el cumplimiento o no por parte de la Nación, quien actúa para estos casos a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

6. El derecho al recurso

6.1 En la *Sentencia C-792/14,* en orden al tema del parágrafo, la Corte Constitucional fijó dos reglas: En primer lugar, sostiene que existe un derecho a controvertir el primer fallo condenatorio que se dicta en un proceso penal. Este derecho comprende, por un lado, la facultad para atacar el único fallo incriminatorio que se dicta en juicios penales de única instancia, y por otro, la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia e imponen por primera vez una condena en la segunda, en los juicios de doble instancia.

En segundo lugar, el sistema recursivo diseñado por el legislador para materializar el derecho a la impugnación, debe garantizar los siguientes estándares:

i) El examen efectuado por el juez de revisión debe tener una amplitud tal, que permita un nuevo escrutinio de todos los elementos normativos, fácticos y probatorios determinantes de la condena;

ii) el análisis del juez debe recaer primariamente sobre la controversia de base que dio origen al litigio judicial, y solo secundariamente, sobre el fallo judicial como tal;

iii) debe existir un examen abierto de la decisión judicial recurrida, de modo que ésta pueda revocarse cuando del examen integral del caso se concluya que no hay lugar a la imposición de la condena, y no solo una revisión de la sentencia a luz de un conjunto cerrado de causales de procedencia del recurso.

6.2 A la luz de los estándares anteriores, la Corte analizó y evaluó el diseño legislativo del proceso penal. Dentro de esta exploración se encontró que las sentencias que imponen una condena por primera vez en la segunda instancia, no son susceptibles de ser controvertidas mediante el recurso de apelación, sino únicamente mediante el recurso extraordinario de casación, la acción de tutela contra providencias judiciales, y la acción de revisión.

Por ello, siguiendo el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica,* dispone que el recurso extraordinario de casación no satisface los requerimientos básicos del derecho a la impugnación, por las siguientes razones:

i) el recurso no puede ser utilizado para atacar cualquier sentencia condenatoria, porque excluye las referidas a las contravenciones penales, porque el juez de casación puede inadmitir el recurso a partir de juicios discrecionales sobre la utilidad del caso para el desarrollo jurisprudencial, y porque cuando se cuestionan las órdenes de reparación integral, son aplicables las limitaciones materiales de la legislación civil;

ii) el tipo de examen que efectúa el juez de casación es incompatible con la valoración que se debe efectuar en desarrollo del derecho a la impugnación, porque el recurso no permite una nueva aproximación al litigio o controversia de base, sino una valoración del fallo judicial a la luz de un conjunto cerrado de causales de procedencia, teniendo en cuenta únicamente los cuestionamientos del condenado.

> Por su parte, la acción de tutela tampoco satisface los estándares anteriores, porque se trata de un dispositivo excepcional que no permite controvertir todo fallo condenatorio que se dicta en la segunda instancia de un proceso penal, y porque tiene las mismas limitaciones materiales del recurso extraordinario de casación. En la medida en que la legislación adolece de una omisión normativa inconstitucional, por no prever un sistema recursivo que permita ejercer el derecho constitucional a la impugnación en la hipótesis abstracta planteada por la accionante.

6.3 Pero como esta falencia se proyecta en todo el proceso penal, la Corte ordena:

i) Declarar la inconstitucionalidad de los preceptos demandados en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias;

ii) declarar la exequibilidad de la normativa anterior en su contenido positivo, por los cargos analizados;

iii) y exhortar al Congreso de la República para que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que, en el marco de proceso penal, imponen una condena por primera vez,

iv) disponer que en caso de que el legislador incumpla este deber, se entenderá que procede la impugnación de los fallos anteriores ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

Dejó claro así que el derecho a la impugnación y la garantía de la doble instancia son estándares constitucionales autónomos y categorías conceptuales distintas e independientes, si bien en algunos supuestos fácticos específicos, el contenido de una y otra es coincidente.

> Tal como lo puso de presente la Procuraduría General de la Nación, estos imperativos difieren en distintos aspectos: (i) en cuanto a su fundamento normativo, mientras el derecho a la impugnación se encuentra consagrado en los artículos 29 del texto constitucional, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP, la garantía de la doble instancia se encuentra prevista en el artículo 31 de la Carta Política; (ii) en cuanto al status jurídico, mientras la impugnación es un derecho subjetivo de rango y jerarquía constitucional en cabeza de las personas condenadas en un juicio penal, la doble instancia constituye una garantía que hace parte del debido proceso, y que puede ser alegada por cualquiera de los sujetos procesales; esta diferenciación tiene una repercusión importante, puesto que la Corte ha entendido que la doble instancia, por tener la condición de un principio general, puede ser exceptuado por vía legislativa; y como la impugnación no solo es un principio sino un derecho que hace parte integral del debido proceso, las excepciones al mismo se encuentran limitadas; (iii) en cuanto al ámbito de acción, mientras el derecho a la impugnación ha sido concebido para los juicios penales, la garantía de la doble instancia constituye la regla general de todo proceso judicial; (iv)

en cuanto a su contenido, mientras el derecho a la impugnación otorga la facultad para controvertir la sentencia condenatoria, para que un mismo litigio sea resuelto en el mismo sentido por dos jueces distintos, la garantía de la doble instancia exige que una misma controversia jurídica sea sometida a dos instancias o faces procesales distintas e independientes, y dirigidas por jueces distintos, pero sin importar que los fallos resultantes sean coincidentes; (v) en cuanto a su objeto, mientras el derecho a la impugnación recae sobre las sentencias condenatorias dictadas en el marco de un proceso penal, de modo que la facultad se estructura en torno al tipo y al contenido de la decisión judicial, la doble instancia se predica del proceso como tal, para que el juicio tenga dos instancias, independientemente del contenido y alcance de los fallos que resuelven la controversia; (vi) en cuanto a la finalidad, mientras el derecho a la impugnación atiende a la necesidad de garantizar la defensa plena de las personas que han sido condenadas en un proceso penal frente al acto incriminatorio, y a asegurar que mediante la doble conformidad judicial la condena sea impuesta correctamente, la doble instancia tiene por objeto garantizar la corrección del fallo judicial, y en general, "la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad"; en el primer caso, el derecho se estructura en beneficio de un sujeto específico, mientras que el segundo persigue el objetivo impersonal de garantizar la corrección judicial.

6.4 Sin perjuicio de lo anterior, ambos imperativos coinciden en la hipótesis específica en la que, (i) en el contexto de un juicio penal, (ii) el juez de primera instancia (iii) dicta un fallo condenatorio. En este supuesto fáctico, el ejercicio del derecho a la impugnación activa la segunda instancia, y se convierte, entonces, en la vía procesal que materializa el imperativo de la doble instancia judicial, y a la inversa, con la previsión de juicios con dos instancias se permite y se asegura el ejercicio del derecho a la impugnación.

Sin embargo, cuando no confluyen los tres elementos del supuesto fáctico reseñado, la coincidencia desaparece, así:

i) Cuando se dicta un fallo por fuera de un juicio penal, en principio no rigen las exigencias propias del derecho a la impugnación, mientras que, por el contrario, sí son exigibles los requerimientos de la doble instancia; por ello, por ello, una vez agotada la primera instancia, la

controversia debe ser sometida a una instancia adicional, bien sea de manera automática en virtud de dispositivos como la consulta, o bien sea mediante la interposición de recursos por alguno de los sujetos procesales;

ii) por su parte, cuando el fallo judicial se produce en una etapa procesal distinta a la primera instancia (por ejemplo, en la segunda instancia o en sede de casación), no tiene operancia el imperativo de la doble instancia, porque esta garantía se predica del proceso y no de la sentencia, y en esta hipótesis el imperativo ya ha sido satisfecho previamente; en contraste, si el fallo se enmarca en un juicio penal, y la decisión judicial es condenatoria, sí sería exigible el derecho a la impugnación, aunque la sentencia incriminatoria se dicte en una etapa distinta a la primera instancia;

iii) finalmente, si la providencia no tiene un contenido incriminatorio tampoco rige el derecho a la impugnación, mientras que si el fallo se produce en la primera instancia, la garantía de la doble instancia sí sería exigible, independientemente del contenido incriminatorio de la decisión judicial.

6.5 El fundamento de la demanda en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y de las interpretaciones que sobre el contenido de ellos han realizado sus órganos de vigilancia y control, hacen que el contexto jurídico de este caso fuese idóneo para que la Corte desarrollara el concepto de Control de Convencionalidad, más aún cuando la demandante lo expusiera como uno de los fundamentos de los cargos de inconstitucionalidad que formulara.

7. Derecho al proceso preferente y sumario

7.1 En la *Sentencia SU 712/13* la acción de tutela se considera bajo los estándares del derecho convencionalizado, y se afirma […]

> La acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario diseñado para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades

> públicas o de los particulares. La naturaleza subsidiaria de la tutela pretende evitar que se soslayen los cauces ordinarios para la resolución de las controversias jurídicas, se convierta en un instrumento supletorio cuando no se han utilizado oportunamente dichos medios, o sea una instancia adicional para reabrir debates concluidos.

En estos supuestos, la actividad a realizar es ejercer control de convencionalidad de las normas internas cuando existe contradicción con decisión internacional, y por ello solo una vez que se establece la naturaleza de la "decisión internacional" que podría resultar incompatible con la posición que la Corte tenga sobre el alcance del artículo 277.6 es posible enfrentar seriamente la compleja contradicción normativa en que se ubican los precedentes de la Corporación y la Corte IDH.

7.2 En efecto, mientras la Corte Constitucional considera permitido por el artículo 277.6 de la Constitución Política que una autoridad administrativa separe del cargo a un funcionarios de elección popular, a través de un procedimiento disciplinario, la Corte IDH sostiene que el artículo 23 de la CADH (norma incorporada al orden interno con jerarquía constitucional) prohíbe que ello ocurra y, en cambio, ordena que una decisión de esa naturaleza sea adoptada por un juez penal competente.

Cuando una contradicción de ese tipo se presenta, corresponde a la Corte adelantar una armonización de las normas en conflicto, con el propósito de asegurar la supremacía de la Constitución, y el pleno respeto de las obligaciones del Estado en el escenario del derecho internacional de los derechos humanos.

De igual forma, la Corte IDH ha establecido que todos los órganos internos de un Estado parte en la Convención, incluso los jueces, están obligados a velar porque los efectos de las normas convencionales no se vean afectados por la aplicación de normas contrarias al objeto y fin del tratado. En ese sentido, los órganos que componen la administración de justicia deben ejercer oficiosamente el control de convencionalidad de las normas internas.

Después de efectuar una reconstrucción del proceso interno, cuya similitud con el procedimiento colombiano es evidente (en esa oportunidad, se agotó la actuación y recursos propios de la vía gubernativa, se intentó un recurso de amparo, y se inició una acción de nulidad ante el contencioso administrativo, escenario en el que se requirió la suspensión provisional del acto cuestionado), la Corte IDH abordó el estudio de fondo del caso, y declaró que una sanción que inhabilita a un funcionario público de elección popular, impuesta por una autoridad administrativa, es incompatible con el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

7.3 Esta sentencia, proferida en septiembre de 2011, establece el alcance que la Corte IDH, como intérprete autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atribuye al artículo 23 del instrumento. Y en dos dos párrafos esenciales muestra también con total claridad la contradicción entre la jurisprudencia del alto órgano y la que defendió este Tribunal en la providencia SU-712/13.

La Corte Constitucional tuvo votos disidentes. La mayoría argumentó que el fallo podría ir en contra de *decisiones internacionales.* Aunque es argumentativamente loable aceptar esa eventual incompatibilidad, no lo es convertir un precedente de la Corte IDH en una *decisión internacional,* cuyo valor normativo sería discutible en el ámbito interno.

La sentencia de Leopoldo López Mendoza contra Venezuela es un precedente, cuya doctrina sobre la interpretación de la CADH es vinculante para todos los agentes del orden interno, incluida la Corte Constitucional. El fallo aclara que el artículo 23 de la Convención exige reserva judicial y penal para imponer sanciones disciplinarias a funcionarios de elección popular.

> En ese sentido, debe recordarse que Colombia es miembro de la Organización de Estados Americanos, *parte* en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y acepta la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta Convención es además el instrumento de derechos humanos más importante del ámbito regional, y la Corte IDH su intérprete autorizada, de manera que sus pronunciamientos constituyen pauta

> insustituible para que el país cumpla sus compromisos de respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Finalmente, las cláusulas de la Convención hacen parte del orden interno, con jerarquía constitucional, en virtud de las normas de remisión del artículo 93 Superior.

7.4 Cuando una contradicción de ese tipo se presenta, corresponde a la Corte adelantar una armonización de las normas en conflicto, con el propósito de asegurar la supremacía de la Constitución, y el pleno respeto de las obligaciones del Estado en el escenario del derecho internacional de los derechos humanos.

De igual forma, la Corte IDH ha establecido que todos los órganos internos de un Estado parte en la Convención, incluso los jueces, están obligados a velar porque los efectos de las normas convencionales no se vean afectados por la aplicación de normas contrarias al objeto y fin del tratado. En ese sentido, los órganos que componen la administración de justicia deben ejercer oficiosamente el *control de convencionalidad* de las normas internas:

> "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 trato internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de 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 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" ([326]).

326 Ver caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párrafo 225.

En ese orden de ideas, en este caso correspondía a la Corte Constitucional asumir el *control de convencionalidad*, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y, el método para llevarlo a cabo consistía precisamente en asumir un cambio de jurisprudencia que armonice la interpretación del numeral 6º del artículo 277 de la Constitución, con el artículo 23 de la CADH.

Ambas disposiciones solo resultan compatibles entre sí al asumir que la Procuraduría puede ejercer *vigilancia* y, en ese marco, *denunciar* posibles irregularidades en el desempeño del cargo por parte de funcionarios de elección popular, pero no tiene competencia para adelantar procesos e imponer sanciones disciplinarias en su contra.

7.5 Podría argumentarse que con ello no se supera la contradicción normativa, pues la Constitución Política colombiana prevé expresamente el proceso de pérdida de investidura, cuya competencia no se asigna a un juez *penal competente,* sino al órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

Aunque esa objeción escapa al caso que estudió la Corte en esta oportunidad, y al que resolvió la Corte IDH en *López Mendoza vs. Venezuela*, es posible que esa incompatibilidad no sea insuperable. Primero, porque la actuación que juzgó el alto tribunal se originó en una sanción disciplinaria impuesta por vía administrativa, de manera que no se estudió plenamente la validez de una sanción semejante adoptada en un proceso con plenas garantías judiciales, aunque no de naturaleza penal; segundo, porque la pérdida de investidura que prevé la Constitución incorpora una importante garantía, como es la competencia de un órgano de cierre, aspecto que podría ser tomado en cuenta para verificar su compatibilidad con el artículo 23 de la CADH; y, finalmente, porque, como lo expresó el Juez García Sayán en su voto concurrente razones (es decir, en aclaración de voto), la sentencia no debe interpretarse literalmente, precisamente, porque la Corte Interamericana no consideró otros escenarios distintos al del caso concreto.

En esa dirección, una lectura plausible del artículo 23 de la CADH como la que presenta el Juez García-Sayán, propone que lo exigido por el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en este ámbito es la reserva judicial para imponer sanciones como la descrita es la *ratio decidendi* de la sentencia.

Si bien la literalidad de la disposición indica que debe ser un juez penal competente, existen otros criterios hermenéuticos que llevan a sostener si la sanción se impone dentro de un proceso judicial, con todas las garantías del derecho interno e internacional, la naturaleza de ese procedimiento podría ser definida por cada Estado.

7.6 También podría afirmarse que la sentencia *López Mendoza vs. Venezuela* solo hace referencia a sanciones de *inhabilidad* que recaigan sobre gobernantes democráticamente elegidos, como los *alcaldes* y, por lo tanto, esa exigencia no sería aplicable a la *destitución* impuesta a una *Senadora de la República*.

No debe olvidarse, sin embargo, que la Corte aplicó el artículo 23 de la CADH en el que se hace referencia a *derechos políticos* (incluidos el sufragio activo y pasivo. O los derechos a elegir y ser elegido), disposición que expresamente plantea la exigencia de reserva judicial previa restricción de esos derechos.

Por ello, es aplicable a otros funcionarios, como los congresistas o cualquier otro de elección popular. De otra parte, y en lo que toca a las sanciones disciplinarias, es cierto que la *inhabilidad* restringe intensamente los derechos del funcionario afectado; pero no es menos cierto que la *destitución* (al igual que la *suspensión*) comporta una interferencia de mayor alcance a los derechos políticos de los electores. Y es esa afectación intensa a los derechos políticos, lo que explica la exigencia de las mayores garantías en los juicios disciplinarios y, concretamente, la reserva judicial a la que se refirió la Corte IDH.

8. Derecho transicional

8.1 En el año 2015 la *Sentencia C-694/15* refiere a la reincorporación de miembros de grupos armados al margen de la ley con el fin de que

contribuyan a la consecución de la paz nacional. La reconciliación se pone en marcha con el criterio de priorizar la investigación y el juzgamiento.

La cuestión era verificar si el control que venía ejerciendo el Consejo de Estado era un control de convencionalidad puro, tendiente a determinar si el Estado colombiano, por acción u omisión, había quebrantado determinadas obligaciones internacionales, y en consecuencia, tenía que reparar integralmente a las víctimas.

> En este orden de ideas, el Consejo de Estado ha elaborado una sólida jurisprudencia en materia de fundamentos teóricos y componentes del principio de reparación integral. Al respecto, ha entendido que su finalidad es orientar el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, y tal sentido, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido.
>
> En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (*strictu sensu*), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos.

Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, *per se*, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio.

8.2 En ese contexto, según la jurisprudencia administrativa, resulta imprescindible diferenciar dos escenarios al interior del derecho de la reparación, los cuales pueden ser expresados en los siguientes términos:

i) De un lado, los relativos a los restablecimientos de daños antijurídicos derivados de violaciones a derechos humanos y, por el otro,

ii) los referentes al resarcimiento de daños antijurídicos emanados de lesiones a bienes o intereses jurídicos que no se refieran aquéllos.

La anterior distinción permitirá establecer, en el marco del derecho interno, qué efectos genera el pronunciamiento de un organismo o un tribunal internacional que juzgue los hechos en los cuales se controvierta la responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos y, adicionalmente, servirá para determinar, en el caso de las acciones constitucionales, con qué potestades cuenta el juez nacional para hacer cesar la amenaza o vulneración del correspondiente derecho.

Esa visión de reparación, de acuerdo con la cual la indemnización es sólo uno de los elementos que le componen, por lo que ordinariamente requiere de otras medidas para alcanzar el pleno restablecimiento de los derechos humanos conculcados, también fue adoptada por la Corte Constitucional casi coetáneamente con los avances del sistema internacional. Ya en la *Sentencia C-228 de 2002*, la Corte declaró que:

> "En el derecho internacional se ha considerado como insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos, que se otorgue a las víctimas y perjudicados únicamente la indemnización de los perjuicios, como quiera que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos y, además, porq ue el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables"

Atendiendo a los desarrollos referenciados, se puede ver que los parámetros fijados por el Derecho Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, definen que la reparación debe ser justa, suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y a la entidad del daño sufrido.

8.3 Asimismo, y en concordancia con lo expuesto hasta el momento, la Corte Constitucional ha determinado que:

i) Las reparaciones tienen que ser integrales y plenas, de tal manera que en lo posible se garantice *restitutio in integrum*, esto es, devolver a las víctimas al estado anterior al hecho vulneratorio; y

ii) de no ser posible, se deben adoptar medidas tales como indemnizaciones compensatorias.

En concordancia con la jurisprudencia interamericana, se reconoció que:

i) La reparación debe ser justa y proporcional al daño sufrido;

ii) se deben reparar los daños materiales e inmateriales;

iii) la reparación del daño material incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante, así como medidas de rehabilitación; y

iv) la reparación debe tener un carácter individual y colectivo.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, indicó que todas las medidas de reparación que se analizan de manera individual poseen, sin embargo, una dimensión de integralidad, la cual se compone de una integralidad interna, que supone que los criterios y la ejecución de las medidas tienen coherencia con el sentido y naturaleza de esta. Y una externa, entre las diferentes medidas, dado que el significado que adquieren es interdependiente de su relación.

En síntesis, la integralidad de la reparación supone y exige que se adopten todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, de manera tal que se procure, en la mejor medida posible, que la víctima retorne al estado en que se encontraba antes de la violación —si es que esa situación es posible y deseable—, y en última instancia, que se dispongan las condiciones

para la realización de su proyecto de vida, el cual se ha visto truncado justamente por la gravedad de las afrentas que ha sufrido.

8.4 En reiterada jurisprudencia, se han identificado como estándares internacionales, además de la jurisprudencia interamericana, los parámetros definidos en *"Los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones"* (Principios y Directrices Básicos), de modo que se ha incorporado al ordenamiento jurídico colombiano la noción de reparación integral y sus principios rectores, como fuere desarrollada en el ámbito de las Naciones Unidas.

En síntesis, ha quedado ensamblado mediante el control de convencionalidad que la garantía del derecho a la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, en un marco de justicia transicional, debe ser establecida conforme los principios de integralidad, proporcionalidad, justicia, eficacia y celeridad, mandatos que pueden realizarse con una combinación armónica de las distintas modalidades tendientes tanto al restablecimiento del derecho individual de las víctimas (individuales o colectivas), como de la propia sociedad en su conjunto.

9. Conclusiones

9.1 La Corte Constitucional ha reconocido y siempre trabaja con el control de convencionalidad, adoptando al mismo como un mecanismo de control judicial que consiste en verificar la adecuación del derecho interno conforme las obligaciones establecidas para el Estado en un tratado internacional.

Visto de este modo, el control de convencionalidad es una exigencia del principio consuetudinario de derecho internacional según el cual el derecho interno no es excusa para el cumplimiento de los acuerdos internacionales.

En tal sentido, la figura del control de convencionalidad es expresión de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda,* particularmente desarrollada en el terreno de los derechos humanos, como puede desprenderse de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

9.2 Si bien es cierto que esta noción aparece consolidada en la jurisprudencia regional a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), su fundamento originario se encuentra en el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), disposición que establece la obligación de adecuar el derecho interno a las exigencias convencionales. Es así como el control de convencionalidad se entiende como una obligación internacional a cargo del Estado, que se concreta en el ejercicio de verificación de conformidad de las disposiciones de derecho nacional con la CADH, particularmente en el momento de su aplicación a los casos concretos.

De ahí que la labor judicial doméstica esté directamente vinculada a tal prescripción internacional, a modo de control de las actuaciones del Estado, a la luz de la Convención Americana. Toda vez que esta tarea se desprende directamente del propio instrumento internacional, la omisión de este deber por parte de las autoridades judiciales puede convertirse en un hecho generador de responsabilidad internacional para el Estado.

9.3 El desarrollo jurisprudencial de la figura del control de convencionalidad, permite comprenderlo desde dos perspectivas. En sentido estricto, es aquel control concentrado que realiza la Corte Interamericana respecto de las actuaciones de los órganos del Estado y los deberes convencionales que tienen los Estados.

En sentido amplio, el llamado control difuso es aquel al que están llamados los jueces nacionales de manera oficiosa y que, siguiendo el mismo principio, consiste en la evaluación de las actuaciones de los diversos órganos del poder público y su conformidad con las obligaciones internacionales del Estado.

El control concentrado de convencionalidad es un concepto que no se reduce a la práctica de la Corte Interamericana y, en esencia, es la misma labor que desarrollan organismos regionales como la Corte Europea de Derechos Humanos.

En el ámbito Interamericano, la noción de control de convencionalidad se verifica en unos primeros votos concurrentes del entonces juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, los cuales precedieron su adopción formal por el tribunal en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*. Es en esta sentencia donde la Corte afirma que:

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

9.4 En la valoración interna sobre el modo para ejercer el control de convencionalidad tendrá que mantenerse como criterio rector, que la actividad de control a cargo de los jueces nacionales está llamada a garantizar el efecto útil de los tratados internacionales de derechos humanos, de tal manera que las disposiciones convencionales no resulten mermadas o anuladas por normas o prácticas nacionales que les sean contrarias, así como la necesidad de que tal control se ejerza de manera oficiosa.

Para la situación colombiana en particular, el contenido del artículo 93 de la Carta Política del cual se deriva la existencia del bloque de

constitucionalidad, otorga a los tratados de derechos humanos como el Pacto de San José el rango de norma que prevalece en el orden interno.

En consecuencia, al momento de aplicar normas de derechos humanos es preciso que se tenga en cuenta el contenido de la Convención. Es así como las disposiciones convencionales resultan de obligatorio acatamiento en el orden interno y, por lo tanto, las sentencias proferidas contra el Estado colombiano por la Corte IDH le son vinculantes.

9.5 En su amplia jurisprudencia la Corte IDH se ha propuesto desarrollar interpretaciones normativas a modo de estándares interamericanos que proponen un marco hermenéutico de la Convención. En ese sentido, la Corte Constitucional reconoce su deber de analizar si el estándar desarrollado por el organismo internacional, sea la Corte IDH o el Comité de Derechos Humanos como en el contexto de la menda que dio lugar a la sentencia C-792 de 2014, puede ser aplicado en el contexto colombiano, siempre teniendo como criterio de ponderación el principio *pro personae* que obliga al juez a adoptar aquella disposición que satisfaga en mayor medida los derechos de la persona.

Como consecuencia, si la Corte Constitucional considera que la adopción de tales estándares garantiza de forma más efectiva los derechos reconocidos en nuestra Carta Política, ampliada por el bloque de constitucionalidad, será deber del Estado adecuar aquellos estándares al contexto colombiano.

Así, en el marco de un examen de constitucionalidad, la Corte tiene un deber hermenéutico adicional que le impide adoptar de forma automática los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH o los dictámenes del Comité de Derechos Humanos. En la medida en que estos han sido adoptados para contextos específicos en el marco de análisis de casos concretos, la Corte Constitucional deberá, a la luz de criterios de proporcionalidad y razonabilidad, traducir dichos estándares al contexto jurídico y las consecuencias sociales propias de nuestra realidad.