

**DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL EN
DERECHOS HUMANOS**
entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL EN DERECHOS HUMANOS

entre Tribunales Constitucionales y
Cortes Internacionales

In Memoriam
JORGE CARPIZO,
generador incansable de diálogos...

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
ALFONSO HERRERA GARCÍA
Coordinadores



tirant lo blanch
México D.F., 2013

Copyright © 2013

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

© Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Alfonso Herrera García (Coordinadores)

© TIRANT LO BLANCH MÉXICO
EDITA: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Avda. General Mariano Escobedo, 568 y Hersches, 12
Colonia Nueva Anzures
Delegación Miguel Hidalgo
CP 11590 MÉXICO D.F.
Telf.: (55) 5000 5000
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
ISBN 978-84-9053-521-9
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Jorge Carpizo Mac-Gregor (1944-2012)

Índice

Nota introductoria.....	13
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR	
ALFONSO HERRERA GARCÍA	
Presentación.....	21
DIEGO GARCÍA-SAYÁN	
A manera de prólogo. Jorge Carpizo, incansable generador de diálogos.....	27
DIEGO VALADÉS	
Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado	33
LUCIO PEGORARO	

PARTE I

EL DIÁLOGO ENTRE LAS CORTES INTERNACIONALES Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EUROPA

¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática.....	83
ARMIN VON BOGDANDY	
INGO VENZKE	
La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial.....	131
LAURENCE BURGORGUE-LARSEN	
XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales.....	169
RAFAEL BUSTOS GISBERT	
El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo.....	219
JAVIER GARCÍA ROCA	
El diálogo del Tribunal Constitucional Español con la doctrina de otros Tribunales	243
EUGENI GAY MONTALVO	
EL TCF ante la integración europea. Últimas aportaciones.....	277
MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL	

El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad.....	299
LUIS JIMENA QUESADA	
El carácter dinámico del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos.....	331
LUIS LÓPEZ GUERRA	
Protección de las personas privadas de libertad: construcción de un <i>ius constitutionale commune</i> en clave de diálogo.....	349
MARIELA MORALES ANTONIAZZI	
La experiencia española de aplicación de las “Cartas” Europeas de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional	397
PABLO PÉREZ TREMP	
Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación	415
SABRINA RAGONE	
La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales.....	447
PABLO SANTOLAYA	
En defensa del pluralismo constitucional	457
AIDA TORRES PÉREZ	
El diálogo entre tribunales.....	481
GIUSEPPE DE VERGOTTINI	

PARTE II

EL DIÁLOGO ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA LATINA

La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)	503
CARLOS AYALA CORAO	
Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos	569
VÍCTOR BAZÁN	
La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el diálogo jurisprudencial	599
MIGUEL CARBONELL	

Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (<i>res judicata</i>) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (<i>res interpretata</i>). (Sobre el cumplimiento del <i>Caso Gelman Vs. Uruguay</i>)	617
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR	
Relaciones entre los Tribunales Constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos	673
HÉCTOR FIX-ZAMUDIO	
El control judicial interno de convencionalidad	767
SERGIO GARCÍA RAMÍREZ	
Justicia interamericana y tribunales nacionales	805
DIEGO GARCÍA-SAYÁN	
El diálogo de las Cortes en Costa Rica.....	835
RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE	
El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte mexicana con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tras las reformas constitucionales del 2011.....	859
ALFONSO HERRERA GARCÍA	
Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto ‘erga omnes’ de las sentencias de la Corte Interamericana)	889
JUAN CARLOS HITTERS	
Los desafíos del control de convencionalidad del <i>corpus iuris</i> interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales	907
HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ	
El control de convencionalidad y el derecho a la salud. Aspectos constitucionales y procesales	973
ADELINA LOIANNIO	
OSVALDO A. GOZAÍNI	
El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo	993
NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS	
¿Hacia un modelo dialógico en las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales de América Latina?.....	1031
JOSÉ M ^a . SERNA DE LA GARZA	

PARTE III
EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES INTERNACIONALES EN MATERIA DE
DERECHOS HUMANOS

Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?	1057
KAI AMBOS	
MARÍA LAURA BÖHM	
El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática	1089
FRANCISCO R. BARBOSA DELGADO	
Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre <i>common law</i> y Derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional	1119
MICHAEL BOHLANDER	
La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	1147
ANAMARI GARRO VARGAS	
El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi.....	1183
EUGENIA LÓPEZ-JACOISTE	
Una visión de la tutela judicial a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	1217
LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER	
Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el sistema inter-americano de protección de Derechos Humanos y el sistema de aplicación del Derecho penal internacional del Estatuto de Roma.....	1261
HÉCTOR OLÁSOLO ALONSO	
PABLO GALAIN PALERMO	
La múltiple faceta de la tortura y los ‘otros tratos’ en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales Penales Internacionales.....	1315
ELIZABETH SANTALLA VARGAS	
La búsqueda de la realización de la justicia en la era de los Tribunales Internacionales	1351
ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE	

Nota introductoria

Por definición, el “diálogo jurisprudencial” —como lo es la propia idea sustantiva de los derechos—, refleja un fenómeno jurídico transterritorial, incluso de alcances globalizantes. Se trata de un proceso que no puede pasar desapercibido para ninguna de las altas cortes supremas o constitucionales, y para ninguna de las internacionales, que tienen por labor institucional la interpretación de las normas de derechos humanos en sus respectivos espacios de competencia. Incluso, podríamos suscribir que, en nuestro tiempo —que sigue siendo el “tiempo de los derechos” al que se referiera Bobbio— el diálogo no se reduce al ámbito de lo jurídico, sino que constituye un imperativo moral y social de los sistemas que apuestan por continuar una consolidación institucional cimentada en una democracia constitucional. En este sentido, derechos, democracia y diálogos, componen una unidad indisociable.

El “diálogo jurisprudencial” constituye una suma de espacios de interlocución de los tribunales. Visto en su conjunto, se trata de espacios parciales con diversos puntos de intersección cuyo lenguaje común no es un idioma específico, sino uno construido en clave de derechos humanos, carente de fronteras lingüísticas. Desde esta perspectiva, el diálogo jurisprudencial crea foros judiciales para la toma de acuerdos acerca de la más satisfactoria protección jurisdiccional de los derechos de las personas.

Un representativo ejemplo de esa interacción es la que propician las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ocupa la temática de la segunda parte de este libro. En el espacio de intercambios dialógicos que supone el sistema de esta Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que si bien la protección internacional resulta “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, como se expresa en el preámbulo de dicha Convención (principio de subsidiariedad), lo cierto es que para poder realizar un análisis valorativo del cumplimiento de determinadas obligaciones internacionales “existe una intrínseca interrelación entre el análisis del Derecho internacional y de Derecho interno”.

Esta “interacción” se convierte, en realidad, en una “viva interacción”¹ con intensos vasos comunicantes que propician el “diálogo jurisprudencial”, en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la internacional) necesariamente deben atender a la normatividad “nacional” y a la “convencional” en determinados supuestos. Así, se produce un interesante influjo entre la Corte Interamericana y las jurisdicciones nacionales, que propicia dicho diálogo².

El diálogo incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, más precisamente y hasta ahora, en América Latina, lo que va generando progresivamente la creación de un *ius constitutionale commune* en la región, siendo el “control de convencionalidad” una herramienta fundamental para esta finalidad, como se pone de manifiesto en varios de los ensayos aquí presentados. Como recientemente lo expresara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte, en la misma, se ha venido generando progresivamente “un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí”³. Es así cómo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conjuga con el Derecho Constitucional o, si se prefiere, se enlazan el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹ Esta expresión es del actual presidente de la Corte Interamericana, Diego García-Sayán; *cf.* su trabajo, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

² Precisamente *Diálogo Jurisprudencial* es el nombre que lleva también la revista semestral que edita conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, desde el segundo semestre de 2006. Su objetivo es dar a conocer los fallos de los tribunales nacionales que aplican la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Derecho internacional de los derechos humanos, y el influjo que a su vez recibe ese tribunal interamericano por parte de la jurisprudencia nacional.

³ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, párr. 71.

Somos conscientes que la idea del “diálogo jurisprudencial”, tal como la caracterizamos, implica una interlocución mediante resoluciones, pronunciamientos y criterios jurisdiccionales, evidentemente producida por tribunales dialogantes. Pero ese diálogo no podría entenderse agotado en esa sola dimensión. Habría que agregar que una idea más completa del diálogo que tiene hoy lugar en materia de derechos, tendría que tomar en consideración el generado entre tribunales, pero no necesariamente con otros tribunales o cortes, sino con órganos no jurisdiccionales —algunos de ellos con competencias consultivas o informativas en materia de derechos humanos—, con la doctrina académica, o incluso con la legislación, como bien lo advierte y registra el profesor Lucio Pegoraro en el estudio introductorio que precede a los contenidos de esta obra.

Desde luego, con este libro no se pretendió agotar todas las modalidades de diálogo posibles en relación con el Derecho de los derechos humanos. Téngase en cuenta, por ejemplo, las clases de diálogos existentes entre tribunales constitucionales o supremos con otros de la misma jerarquía y similar competencia de otro país; o las distintas modalidades de diálogo existentes entre los tribunales que ejercen jurisdicción en el territorio de un mismo país, o dentro del territorio de un Estado o provincia, al interior del propio Estado nacional. Los ejemplos podrían multiplicarse. Adviértase también que los vasos comunicantes pueden ser mecanismos procesales formales, o la simple consulta o lectura “informal” sin la constancia de una cita en determinada resolución jurisdiccional. Estos elementos son sólo algunos de los que podrían tenerse en consideración a la hora de fundamentar doctrinalmente la idea de “diálogo jurisprudencial” a la que este esfuerzo colectivo quiere contribuir. A ese alto propósito se dirige la conjunción de los estudios de esta obra.

El presente libro tiene su origen en las ponencias presentadas en la jornada internacional “Diálogo jurisprudencial entre Cortes internacionales y Tribunales Constitucionales”, celebrada el 7 de octubre de 2010 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, coordinada por los suscritos, contando con la participación entusiasta de profesores, investigadores, jueces, abogados y estudiantes de Derecho.

En un primer momento, para el contenido de esta obra se previó la publicación de las ponencias presentadas en esa jornada. Sin embargo, en el proceso de su elaboración, se consideró conveniente incorporar trabajos

de otros juristas, que por distintas razones no habían podido estar presentes en el coloquio. Posteriormente, se adicionaron otras aportaciones, en razón de su importancia doctrinal, de la autoría de expertos latinoamericanos y europeos que han abordado el fenómeno del “diálogo jurisprudencial” desde distintas perspectivas, algunos publicados en los últimos dos o tres años principalmente en revistas especializadas de ambos continentes.

Cabe destacar que varias de estas contribuciones fueron actualizadas por los propios autores, mientras que otras resultan totalmente inéditas. Todos los trabajos aquí reunidos fueron generosamente enviados en respuesta a invitaciones formuladas por nuestra parte. Sin excepción, las contestaciones fueron positivas y puntuales. Es así que nuestra labor de coordinación y recopilación trajo como resultado una obra colectiva mucho más completa y profunda que la originalmente proyectada, que es la que el lector ahora tiene en sus manos.

El libro se divide en tres partes bajo una lógica de sistematización de las diferentes “clases de diálogo” que pueden identificarse dentro del conjunto de los estudios que la componen. En la primera se aborda el diálogo entre las Cortes Internacionales y los Tribunales Constitucionales en materia de derechos humanos en el continente europeo. En la segunda parte, se incluyen las contribuciones relativas al diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en América Latina.

En la tercera y última parte, se contienen los trabajos relacionados con el diálogo que se ha desarrollado entre diversos tribunales internacionales, como el surgido, por ejemplo, entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o entre estos dos y los tribunales penales internacionales. El libro se integra por 38 trabajos en los que han participado un total de 42 autores, todos reconocidos juristas y a quienes agradecemos su invaluable contribución. Resulta muy representativo entonces que este libro sólo haya sido posible, precisamente, a través del intenso diálogo que pudimos mantener con todos los autores que amablemente aceptaron aportar su pensamiento a los fines perseguidos por esta obra.

Especialmente importante para nosotros constituye subrayar que la jornada académica en la cual se gestó la idea de esta publicación, fue decididamente auspiciada e impulsada por el Dr. Jorge Carpizo Mac-Gregor,

que además moderó la primera de las mesas de trabajo. Es a él a quien se dedica el presente libro, a manera de homenaje póstumo.

Resulta sumamente complejo articular por escrito nuestro sentir en torno a Jorge Carpizo, por más que sean obvias y numerosas las razones por las cuales este libro se dedica a su memoria. A casi un año y medio de su partida física, lo recordamos más que nunca. Entre sus múltiples facetas, quisiéramos en esta ocasión hacer énfasis a una de ellas: Jorge Carpizo *fue un incansable generador de diálogos*. Como Diego Valadés lo describe en el prólogo de este libro, fue un “activo constructor de diálogos y, él mismo, un interlocutor excepcional”. Lo sigue siendo ahora. Carpizo nos habla, conduce y guía con la interlocución que ahora consigue con su pensamiento escrito, afortunadamente, en múltiples libros, artículos y testimonios, tanto impresos como incluso videográficos. Los tantos atributos académicos, profesionales, culturales y humanos que le caracterizaron, los desarrolló siempre con un talante dialogante con sus colegas, amigos, discípulos y alumnos, para fortuna de todos quienes tuvimos la fortuna de ser sus interlocutores físicos, y de todos quienes ahora seguimos siendo sus lectores y admiradores.

Los diálogos de Carpizo tenían en los derechos humanos la más prioritaria de sus temáticas y preocupaciones. No es casualidad que varios de sus últimos trabajos los haya dedicado precisamente a explicar su visión acerca de los derechos humanos y a su comprensión teórica y práctica a la luz del constitucionalismo, no sólo mexicano, sino también comparado y en su relación con el Derecho internacional.⁴ Ésa es precisamente la línea de pen-

⁴ Véanse sus trabajos, todos publicados entre el 2011 y 2012: Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: Una propuesta de clasificación de los derechos civiles y políticos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXI, núm. 256, julio-diciembre 2011, pp. 31-67; *idem*, “Los derechos humanos: Naturaleza, denominación y características”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre 2011, pp. 3-29; *idem*, “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?”, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma* [Miguel Carbonell y Pedro Salazar, coords.], México, UNAM-IJ, 2011, pp. 313-337; *idem*, “Una clasificación de los derechos de la justicia social”, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina* [Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coords.], México, UNAM-IJ / Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011, pp. 419-464; *idem*, “La Constitución mexicana y el Derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 801-858; “Los derechos humanos de solidaridad”, *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 19, enero-junio 2012, pp. 49-89; *idem*, “Los derechos

samiento en la cual quiere inscribirse el presente libro, que circunscribe su atención al diálogo en materia de derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, como su título indica.

Para finalizar esta breve nota, deseamos dejar constancia de nuestro agradecimiento a varias personas sin cuya participación este libro no hubiera ni siquiera iniciado y menos llegado al feliz puerto de su publicación. Dado que las participaciones orales en la jornada académica de octubre de 2010 no necesariamente se reflejan en el contenido del libro, por razones logísticas o de carácter editorial, queremos agradecer a todos los juristas que participaron en esa oportunidad: Fabián Aguinaco, Carlos Ayala Corao, Manuel Becerra, José Luis Caballero, Luis Miguel Cano, Jorge Carpizo (†), Edgar Corzo Sosa, Sergio García Ramírez, Javier García Roca, Juan Carlos Gutiérrez, Tim Hahn, Kristina Níkleva, Pablo Santolaya y José María Serna. Por supuesto, también a Christian Steiner, director del programa 'Estado de Derecho para Latinoamérica' de la Fundación Konrad Adenauer, por todo su apoyo que en su momento brindó en la organización del coloquio.

Quede también constancia de nuestro agradecimiento a Diego Valadés, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, a Diego García-Sayán, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a Héctor Fix Fierro, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que de manera personal e institucional han unido sus esfuerzos para lograr la publicación de esta obra; y junto a Lucio Pegoraro, catedrático de Derecho Público Comparado en la Universidad de Bolonia, redactaron los textos preliminares e introductorios al presente volumen con la calidad, avidez y generosidad que les caracteriza. Nuestro agradecimiento también a Salvador Vives, que con su apertura y el prestigio del

de la justicia social: su protección procesal en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012, pp. 1079-1110; *idem*, “El sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos en México: algunas preocupaciones”, *Los derechos humanos en los umbrales del siglo XXI: una visión interdisciplinaria*, [Aída Figueroa Bello, coord.], México, UNAM-IIJ, 2012, pp. 1-53; *idem*, “México: Poder Ejecutivo y derechos humanos, 1975-2010”, *Evolución de la organización político-constitucional de México, 1975-2010* [Jorge Carpizo, Héctor Fix-Fierro, J. Jesús Orozco Henríquez, y José María Serna de la Garza], México, UNAM-IIJ, 2012, pp. 1-38; *idem*, “El estado de los derechos de la justicia social”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 14, enero-junio de 2012, pp. 3-42.

sello editorial de Tirant lo Blanch hace posible que esta obra se publique en España y México. Tenemos para nosotros que, en este esfuerzo compartido, la amistad ha sido la fórmula dialógica más genuina para compartir las ideas comunes y los afectos recíprocos.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
ALFONSO HERRERA GARCÍA
Coordinadores

Ciudad de México, Verano de 2013

Presentación

Cuando se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, el ilustre René Cassin, quien fuera presidente del Consejo de Europa y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y cuyo nombre se halla hondamente vinculado a la causa mundial de los derechos fundamentales, advirtió que el pacto emergente estaba llamado a crear “un instrumento nuevo que pueda, como en el caso de Europa, reforzar una Convención mediante una serie de interpretaciones y formar una jurisprudencia de valor inapreciable para prevenir violaciones futuras”¹.

La historia le fue dando la razón a René Cassin. Diez años después de la aprobación de la Convención, y cuando esta entró en vigor, se instaló en 1979 la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En sus inicios su trabajo giró básicamente en torno a opiniones consultivas. El primer caso contencioso se resolvió en 1987, ocho años después de la instalación de la Corte. En los primeros diez años desde su instalación la Corte sólo había resuelto tres casos contenciosos; su producción en esa primera etapa se concentró en opiniones consultivas.

Han pasado más de tres décadas. Hoy podemos decir que el tribunal interamericano, ha dejado atrás el espacio de lo que podríamos llamar la “utopía”, es decir la fase inicial en la que pocos creían que el tribunal resolvería casos y que los Estados —básicamente latinoamericanos— cumplirían con las sentencias. Hoy se puede decir, sin exageración que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha cumplido vigorosamente con los elevados objetivos para los cuales fue creada por los Estados americanos. En este caminar, hoy en día ejerce su jurisdicción sobre más de 500 millones de habitantes de las Américas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido enriqueciendo y afinando su producción jurisdiccional y ésta tiene hoy creciente impacto en la realidad regional. El carácter vinculante de las sentencias de la Corte no está en discusión y éstas, en lo esencial, son acatadas por los Estados. Lo más notable, sin embargo, es que los tribunales nacionales vienen inspirándose de manera creciente en los criterios jurisprudenciales del tribunal interamericano. Las decisiones de la Corte tienen, pues, un impacto que

¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo 1979-2004”. Compilación. San José, Costa Rica. 2005, p. vi.

va más allá de los límites específicos de cada caso específico y es un espacio internacional que hoy sirve a los tribunales más relevantes de América Latina como inspiración de razonamiento jurisdiccional. Se multiplica, así, en centenares y, acaso, en miles de espacios judiciales nacionales la jurisprudencia de la Corte en casos que ésta jamás hubiera llegado a conocer.

Mucho del razonamiento y criterio jurídico adoptado por un órgano de protección como la Corte Interamericana se ha ido constituyendo, en efecto, en ingrediente medular de las decisiones de tribunales nacionales en un dinámico proceso de reinterpretación de las normas de derecho positivo vigentes a nivel interno. Asimismo, en componente de las políticas públicas en áreas tan sensibles como los derechos de los pueblos indígenas y el uso de los recursos naturales.

Este volumen se ubica, precisamente, en la perspectiva del encuentro entre la jurisprudencia interamericana y las decisiones internas en los Estados, especialmente en lo que le hace a sus tribunales. En desarrollos más recientes, se viene constatando el impacto de la misma en políticas públicas nacionales. El contexto latinoamericano de democratización tiene, en este orden de ideas, ingrediente fundamental en el afianzamiento de los derechos humanos como concepto y la perspectiva de ser eje articulador de las conductas estatales.

En ese orden de ideas, no es ajeno a ello que en el tribunal interamericano se estén incrementando y diversificando de manera notable las materias sometidas a su conocimiento. Al momento de escribirse estas líneas, por ejemplo, se puede constatar que el año 2012 ha sido aquél en el que más sentencias ha dictado la Corte Interamericana en toda su historia. Esto no tiene que ver con que existan, supuestamente, “más violaciones” que denunciar. No es así. Es porque el concepto de “derechos humanos” está en boca de todos y porque el proceso democratizador ha tenido un lógico efecto en lo que podríamos llamar la “demanda democrática”.

En efecto, dentro de un contexto de mayor y mejor acceso a los propios derechos, a la información y al debate público, la gente pide y espera ser escuchada. La ausencia de mecanismos de participación, responsabilidad y rendición de cuentas, por ello, afecta de manera medular la calidad de los procesos democráticos.

Lo anterior supone y conduce a cambios graduales —pero fundamentales— en la concepción tradicional del Estado en relación con sus ciudadanos y ciudadanas. El poder “delegado” o “representativo” se integraría, así, dentro de procesos más comprensivos de la ciudadanía. La inclusión y la participación propician la creación de redes de responsabilidad institu-

cional y social que articulen la gestión del Estado con la iniciativa local y la responsabilidad individual.

La reforma del Estado se eleva, así, a un plano que trasciende la visión reducida a discutir sobre su tamaño o funciones para lograr que la participación en los asuntos públicos sea un ingrediente esencial en cómo deben decidirse las cosas. A ello lleva la emergente “demanda democrática” y la dinámica extendida en la percepción ciudadana sobre su relación con el Estado. Con todo lo que ello implica en materia de demandar transparencia y rendición de cuentas contando con una ciudadanía activa que en ese contexto podría estar en mejores condiciones de asumir sus propias responsabilidades.

Afirmar esta relación indisoluble entre derechos humanos, democracia y participación lleva a una primera conclusión: el Estado y el conjunto de las instituciones públicas no pueden organizarse de cualquier forma. Lo tienen que hacer en coherencia con las obligaciones internacionales libre y soberanamente asumidas en materia de democracia y derechos humanos. En esa misma dirección tiene que diseñarse y organizarse el Derecho. Este no es un tema de poca monta pues tiene que ver con un asunto esencial: la composición y el ejercicio del poder. Y, por cierto, con una de las manifestaciones del poder del Estado que son las políticas públicas.

Esto nos remite a la tensión estructural entre poder y Derecho. Como lo anotó hace ya algunas décadas Maurice Duverger², el poder, como Jano, el dios romano mitológico de dos caras, es dual, ambivalente. Instrumento de dominación de quienes ocupan el poder, con desventaja para los demás y, a la vez, un medio para asegurar un cierto orden social e integración entre los individuos con miras al bien común. Como no podría ser de otro modo, el Derecho, como expresión del poder, reproduce esa ambivalencia y dualidad. Y me refiero, por cierto, al Derecho en acción, es decir, en su proceso vivo de aplicación e interpretación y no en su espacio restringido del mero texto de la norma legal.

El poder y el Derecho, pues, comparten entre sí algo fundamental que es ser expresión de intereses en pugna. La dinámica social y política enrumba las cosas en un sentido u otro, dependiendo del curso de esos procesos. Y en ello entran a tallar todos los factores de poder que, como es evidente, trascienden las formalidades de los diseños constitucionales. Así, aparecen al lado de los poderes formales —y a veces, por encima— poderes fácticos

² DUVERGER, Maurice. *Introduction à la politique*. (1964).

de grupos económicos transnacionales o locales, medios de comunicación y movimientos sociales, entre otros.

En esta perspectiva es relevante que los Estados se hayan obligado internacionalmente a organizarse de determinada manera y a crear un tribunal —como la Corte Interamericana de Derechos Humanos— con el poder de dictar decisiones vinculantes sobre cuándo y cómo esas obligaciones puedan haber sido incumplidas. Y que el tribunal regional pueda dictar, en caso afirmativo, una decisión vinculante para reparar las responsabilidades e incumplimientos internacionales en que el Estado concernido hubiere incurrido.

En su jurisprudencia de la Corte ha ido desarrollando el contenido del “deber de garantía” y, en particular, los componentes esenciales de las políticas públicas. Que no buscan —ni podrían hacerlo— implantar un “modelo”, al estilo del “pensamiento único” del ya colapsado “consenso de Washington”. Sino ir estructurando un marco conceptual y normativo fundamental dentro del cual, por cierto, caben varias opciones ideológicas y de política económica. Son y seguirán siendo los gobiernos los que ejerzan la autoridad sobre las opciones políticas a seguir. Todas serán compatibles con el ordenamiento internacional en la medida en que la meta sea consistente con los estándares establecidos.

En ese orden de ideas, el desarrollo del derecho, en general, y del derecho internacional de los derechos humanos, en particular, ha ido decantando conceptos fundamentales de manera consistente. Ello ha permitido que en el espacio jurisdiccional interamericano se hayan ido precisando progresivamente conceptos esenciales en varias materias. Ello ha ido conectándose —con las luces y sombras consustanciales a los procesos históricos— con los procesos políticos en la región. Que han marchado en una perspectiva en la que, en líneas generales, se han afirmado sus componentes democráticos y valores esenciales que ella contiene. Dentro de cursos, por cierto, bastante heterogéneos, delineados en muy buena medida por las particularidades de cada realidad nacional.

Estos desarrollos y afirmación de principios trascienden los casos específicos y se van constituyendo en referentes fundamentales no sólo en la jurisprudencia nacional sino, en perspectiva, en la organización interna de los Estados y en el diseño y ejecución de sus normas jurídicas. No sólo porque la interpretación de la Corte Interamericana va en la dirección de establecer pautas que van más allá del caso concreto, sino porque los tribunales de la región empiezan a utilizar esta aproximación conceptual en el procesamiento y solución de casos bajo su conocimiento.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha ocupado ya un espacio relevante en procesar y resolver conflictos sobre aspectos muy diversos de los derechos humanos en América Latina. En una rica dinámica de interacción, tribunales y altas cortes (tribunales constitucionales y cortes supremas) de nuestra región, no sólo vienen aplicando las decisiones de la Corte en los casos concretos sino que se nutren de sus criterios para dictar sus propias decisiones jurisdiccionales. Se está avanzando, también, en la construcción de estándares que empiezan a servir de marco de referencia para contar con políticas públicas adecuadas.

Por la naturaleza de las materias que se tienen entre manos, en el resultado exitoso de ese proceso se juega, en buena medida, la gobernabilidad. Que no es otra cosa que la capacidad del Estado de procesar la demanda y el conflicto social con procedimientos y resultados democráticos. Ese es el camino para el progreso y el desarrollo.

Si bien la Corte Interamericana está fijando criterios y estándares fundamentales, el papel protagónico central lo tienen y seguirán teniendo, sin embargo, los Estados. Y dentro de ellos, además de las autoridades políticas, los jueces, que en cada uno de sus niveles tienen la relación cotidiana con la población. Garantes de los derechos humanos lo fueron siempre los jueces en primera línea, pero en ocasiones en un sentido meramente formal. Al acercarse a estándares internacionales y a criterios sustantivos que ponen por delante los derechos de la gente, los sistemas judiciales nacionales dinamizan y legitiman su papel y, con ello, el del Derecho como instancia revalorada.

Es alentador que los tribunales nacionales actúen crecientemente inspirados por el ordenamiento internacional y por los criterios jurisprudenciales del sistema interamericano. Sin que ello abra la puerta al llamado “gobierno de los jueces” es evidente que a los jueces nacionales corresponde la responsabilidad central en salvaguardar la presencia de las categorías de los derechos humanos en todas las acciones del Estado, incluidos los aspectos medulares de las políticas públicas.

Las mujeres y hombres de Derecho y, en particular, los jueces tienen una oportunidad y una responsabilidad histórica. Ello plantea cauces y rutas promisorias sobre los desarrollos democráticos futuros y, por cierto, retos muy grandes. La gobernabilidad y el desarrollo dependerán de que las políticas públicas sean eficaces y se inserten en un marco de respeto de los derechos fundamentales que den al traste con la exclusión y asuman que la democracia no es un invitado incómodo o de paso, sino que ha llegado para quedarse.

Las obligaciones internacionales lejos de ser un estorbo, pueden ser esa utopía inspiradora que sirva de guía para organizarse mejor y orientar las políticas públicas para acabar con toda forma de exclusión. Que nos ilumine la cara de Jano que mira hacia el futuro y con la visión de la política y el Derecho como el arte de prevenir y superar conflictos. Es lo que los pueblos y la historia esperan.

DIEGO GARCÍA-SAYÁN
*Presidente de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

A manera de prólogo

JORGE CARPIZO, incansable generador de diálogos

Este *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales* fue coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, y auspiciado por Jorge Carpizo, a quien con acierto los coordinadores identifican como un “incansable generador de diálogos”, y con cuya autorización utilizo tan afortunada expresión para encabezar el título de este prólogo.

En efecto, Jorge Carpizo fue un activo constructor de diálogos y, él mismo, un interlocutor excepcional. Su amplia cultura, su profunda inteligencia y su pasión, sí, pasión, por los derechos humanos y por la justicia lo convirtieron asimismo en un promotor de nuevas instituciones. Es, por ende, un reconocimiento muy merecido que esta obra se publique en su memoria. El volumen es digno de esa memoria porque resulta de los esfuerzos de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y de Alfonso Herrera García, cuyos afanes se inscriben en la misma dirección y con igual convicción que los de Jorge Carpizo. No hay mejor tributo a una ausencia, que una presencia también activa y creativa. El eminente e inolvidable jurista y humanista dejó una obra propia admirable y nos legó, asimismo, un formidable ejemplo de laboriosidad, de responsabilidad académica y de entusiasmo por la renovación institucional.

Este *Diálogo* está integrado por tres grandes conjuntos de ensayos referidos a los diálogos entre las cortes internacionales y los tribunales constitucionales en Europa y en América Latina, y al diálogo entre sí de los tribunales internacionales. Treinta y ocho estudios dan cuenta de esta ambiciosa empresa, con los resultados que podrá comprobar cada lector que se interne en las páginas que siguen.

El derecho comparado es, en esencia, un diálogo entre los sistemas. Más todavía: el derecho mismo es una expresión del gran diálogo social; su elaboración es producto de un proceso dialogante continuo. Contra la versión escéptica que ve en el derecho y en sus cultores un discurso inmovilista y por consiguiente conservador, la experiencia histórica muestra lo contrario: el derecho es un instrumento de cambio, porque permite consolidar todos los avances organizativos y reivindicativos de las sociedades y

porque su elaboración misma supone un ejercicio de racionalización de la vida y de las relaciones sociales.

Las objeciones al ordenamiento positivo están asociadas a las percepciones formalistas del derecho que, en efecto, hacen dudar acerca de los fines del derecho cuando su origen no es democrático y cuando sus funciones están referidas al ejercicio vertical del poder. En otras palabras, cuando se piensa en el derecho en términos negativos es porque se le ve como instrumento al servicio de un aparato opresivo. En cambio es obvio que en las sociedades abiertas el derecho tiene una función inversa al que desempeña en las sociedades cerradas. Esto no es una novedad, pero conviene tenerlo presente porque eludir la restauración del poder hermético y preservar las virtudes del poder abierto es un desafío continuo al que hace frente el derecho.

Esa no es una preocupación teórica; es una realidad de la que dan cuenta las decisiones de los Estados cuyas normas constitucionales a veces se ven desfiguradas por adiciones contradictorias, por intentos de manipular a los órganos jurisdiccionales o por su reluctancia a admitir las normas y los procedimientos internacionales para la garantía de los derechos fundamentales.

La fuerza del orden jurídico es tal que pone en movimiento acciones creativas incrementales capaces de conducir a la derogación de los órdenes cerrados y, en el caso de los abiertos, desencadena procesos también acumulativos que permiten ensanchar el horizonte de los derechos subjetivos. Esta función, a la que se puede denominar *nomopoiesis*, porque es el cambio de la norma que se origina en la norma misma, es especialmente acentuado en la actividad jurisdiccional nacional e internacional asociada a los derechos humanos.

Así sea un lugar común, se debe subrayar que no hay instituciones perfectas. En el diseño institucional, como en todas las decisiones, se tienen que ponderar las ventajas y las desventajas de cada modelo. En lo posible es pertinente aplicar al diseño institucional una versión ad hoc del óptimo de Pareto, de suerte que se consideren aceptables las instituciones cuyos efectos en la garantía y en el desarrollo de los derechos fundamentales excedan a las distorsiones que puedan ocasionar en el conjunto del sistema político.

Los tribunales constitucionales implican una excepción a dos de los constructos que sirvieron de base al constitucionalismo moderno: la separación de poderes y la soberanía popular. Desde una perspectiva ortodoxa, en las teorías de Montesquieu y de Rousseau no cabría la posibilidad de que los tribunales crearan derecho. En cuanto al *Espíritu de las leyes*, porque

esa creación contraviene el ejercicio separado de las funciones legislativa, gubernativa y jurisdiccional; en cuanto al *Contrato social*, porque la consecuencia del hipotético pacto fundacional está en la facultad imprescriptible e indelegable del pueblo para formular sus normas, que son la expresión de la voluntad general.

Los jueces constitucionales escapan a los modelos de los autores que más influyeron en la génesis del constitucionalismo moderno. Ahora bien, ¿es más valiosa la ortodoxia conceptual que el progreso institucional? La respuesta es un enfático ¡no! Al adoptar la figura de los tribunales constitucionales, y para auspiciar su desenvolvimiento, se tomó una decisión paretiana y se optó por las mayores ventajas de los tribunales frente a las menores ventajas de la intangibilidad de los dos viejos constructos. Los tribunales constitucionales no están exentos de defectos, pero en el balance son superiores sus bondades.

Poner la garantía de los derechos fundamentales en manos de un número reducido de personas, con relación a cuyas resoluciones no existen medios de control político, es también una excepción a la teoría de la democracia. La paradoja consiste en que sin un sistema eficaz de garantías la democracia quedaría confinada al juego de los partidos. En este juego la separación de poderes se vuelve un ejercicio mecánico y un conjunto de espacios exclusivos de influencia, usados por los agentes políticos para sustraerse a los controles políticos y jurisdiccionales. En ese contexto la elaboración de la norma queda sujeta a las transacciones entre los factores de poder, lo que tampoco coincide con los modelos ideales de los mencionados autores del periodo de la Ilustración.

La excepcionalidad representada por los juzgadores constitucionales es el ingrediente que los sistemas constitucionales contemporáneos han encontrado para impedir que un solo grupo, un solo partido o un sólo órgano del poder, tengan el monopolio de la función legiferante del Estado.

Rousseau aceptó con relucencia la presencia del sistema representativo cuando, una década después de publicar el *Contrato social* (1762), formuló sus *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia* (1771) y se vio obligado a admitir que en un Estado con la dimensión demográfica y territorial del polaco, era inevitable la representación política. De la misma forma, y en virtud de la complejidad del Estado contemporáneo, hoy se tiene que convenir en que las instituciones representativas tampoco son una panacea y que presentan limitaciones que es necesario compensar mediante la creación de otras instituciones. Ahí se inscriben los tribunales constitucionales.

La *nomopoiesis* traduce, en nuestro tiempo, la capacidad adaptativa de la norma para generar respuestas creativas a los nuevos problemas de la sociedad y del Estado. Una vez más confirma la idoneidad de las constituciones mixtas enunciada por Polibio en el célebre libro VI de sus *Historias*. La combinación, hoy, consiste en que los sistemas constitucionales conjunen y compatibilicen órganos democráticos por sus orígenes y órganos democráticos por sus efectos. Una adecuada integración de elementos de diferente oriundez e incluso con funciones que resultan exorbitantes para la ortodoxia del constitucionalismo ilustrado, produce una nueva modalidad de Constitución mixta. Lo esencial del pensamiento de Polibio se confirma, pues instituciones de diferente matriz conceptual se complementan cuando forman parte de un diseño bien balanceado. El modelo de constitución mixta sigue siendo funcional.

La presencia de los tribunales constitucionales, con la suma de potestades que la norma y la normalidad les están adjudicando, permite que en el Estado contemporáneo se haga viable también una de las claves del sistema platónico, pero sin producir una sociedad cerrada. Los jueces constitucionales son los elementos ilustrados y ajenos a las vicisitudes de la democracia, cuyas determinaciones resultan indispensables para la garantía de los derechos fundamentales, que a su vez son la base de la democracia. En una aparente paradoja, una institución no democrática se convierte en uno de los ejes de las libertades democráticas.

Por otra parte, el elenco de atribuciones de los jueces constitucionales permite una forma diferente de entender y de ejercer la democracia más allá de los procesos electorales y corresponde a lo que Peter Häberle identifica como la sociedad de intérpretes libres. Sin la libertad decisoria de los jueces, los ciudadanos no participarían en la exigencia de sus derechos en la forma que lo hacen ahora. La libertad de los jueces se traslada a los destinatarios de sus resoluciones, de manera que por esa vía es posible dar una dimensión diferente a la democracia: ya no consiste sólo en optar entre posibilidades políticas; es también una forma de optar entre posibilidades normativas.

Pero vuelvo a lo dicho con anterioridad: nada es perfecto y, más todavía, los éxitos de cada institución pueden llegar a ser una fuente de riesgos y de desafíos. En el caso de la justicia constitucional uno de esos riesgos consiste en los partidos y en sus agentes en los gobiernos y en los congresos, porque a veces tienden a buscar protagonistas afines a sus ideas para llevarlos a la judicatura. Este peligro puede ser tanto mayor cuanto más acentuado sea el ímpetu garantista de los juzgadores. Las cortes constitucionales tienden a hacerse más liberales o más conservadoras según las inclinaciones de la

mayoría política que elige a sus integrantes. Esto imprime una dosis de incertidumbre en el desempeño de los tribunales, que por lo mismo no son predecibles ni lineales pues en cierta medida dependen de una externalidad relacionada con el entorno político.

En una sociedad muy informada esos eventuales vaivenes se ven atenuados por la cultura jurídica. En la medida en que haya una actitud vigilante de la sociedad y en que el derecho forme parte relevante de la conciencia pública, los agentes del poder político se ven precisados a proceder con mayor cautela. Ahora bien, una sociedad muy informada controla más a sus agentes políticos pero en contraste depende más de los medios a través de los que se informa, y esto supone un mayor poder para las empresas de medios.

Todavía es temprano para anticipar el impacto en el diseño institucional de las nuevas redes electrónicas de comunicación. Las observaciones pioneras de Jürgen Habermas, y las más recientes aportaciones de Manuel Castells y de Tzvetan Todorov, por ejemplo, dan muchas pistas pero nada será conclusivo sino hasta que el siglo haya avanzado un poco más. Podemos suponer que el próximo Estado finisecular tendrá muchas notas distintivas que hoy apenas comenzamos a imaginar; las instituciones son muy sensibles a su contexto y los profundos cambios culturales que se producirán en el resto del siglo irán aparejados a otras tantas reconfiguraciones institucionales.

Además de la importancia que tiene una sociedad informada para el éxito de sus juzgadores constitucionales, otro factor relevante es el *diálogo jurisprudencial* del que ofrecen un fiel registro los trabajos recogidos en este volumen. Las acechanzas del partidismo, que pueden estragar la labor de esos jueces, se ven atenuadas en la medida en que ese diálogo se extiende.

Por eso mismo es deseable que el siguiente paso sea un diálogo global. Para ir hacia allá habrá que pensar en etapas sucesivas: un diálogo con el Caribe y con América del norte; un diálogo con África, donde la vitalidad de una nueva generación de juristas y de dirigentes sociales está impulsando la causa de los derechos humanos, y un diálogo con Asia.

Luego será necesario abordar otras formas de interacción. Puede no estar lejano el momento en el que instancias internacionales intervengan en la nominación para integrar las judicaturas nacionales. Las sociedades están a la búsqueda de mecanismos que aseguren tanto cuanto sea posible la objetividad de los juzgadores. En la actualidad son abundantes los ejemplos disruptivos de la mala política para la buena justicia. Tal vez en este momento suene descabellado sugerir que se internacionalicen los proce-

dimientos para la designación, o al menos para la nominación, de los juzgadores nacionales, pero no hay que olvidar que un diálogo como el que hoy recoge este libro también era inimaginable hace apenas unas cuantas décadas.

Por todo lo anterior, a los brillantes juristas que participan en este fecundo intercambio y a quienes lo hicieron posible: Jorge Carpizo, el incansable constructor de diálogos, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, infatigables también en esa misma actividad, como lector y como abogado les digo, simplemente, ¡gracias!

DIEGO VALADÉS
*Presidente del Instituto Iberoamericano de
Derecho Constitucional*

ESTUDIO INTRODUCTORIO

Trasplantes, injertos, diálogos.

Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado

LUCIO PEGORARO¹

SUMARIO: I. Premisa. II. “Trasplantes”, “legal borrowing”, “migración”, “turismo legal”, “cross fertilization”, “diálogo”: estado del arte. III. Los formantes implicados en el diálogo. 1. La doctrina. 2. Constituciones y leyes. 3. Jueces y tribunales constitucionales. 4. El diálogo inter-formantes: de la doctrina a los formantes “dinámicos” (pero sólo donde la doctrina no es formante dinámico). IV. “Clases dúctiles” entre la imposición y el prestigio. V. Diálogos y monólogos: horizontalidad y verticalidad en las relaciones entre las cortes. VI. El objeto privilegiado del diálogo: los derechos. VII. Conclusiones: doctrina y jurisprudencia frente a la globalización del derecho.

I. PREMISA

El volumen al cual está destinado este escrito tiene un título que circunscribe al objeto en manera bastante precisa: lo delimita desde el punto de vista del formante implicado —la jurisdicción— así como desde la perspectiva del objeto del “diálogo”: los derechos humanos.

Solicitado por los coordinadores a desarrollar algunas reflexiones introductorias, prefiero no estructurarlas como “presentaciones” de los ensayos publicados en este libro². Más bien, me parece útil encuadrar el tema del diálogo entre las cortes en el más amplio de la circulación de los institutos y de las ideas en el derecho comparado.

Mi interrogante principal es si en la esfera de la jurisdicción la modalidad de circulación del derecho comparte con otros formantes —el legis-

¹ Catedrático de Derecho Público Comparado, Departamento de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Bolonia.

El texto ha sido traducido al español por N. Katherine González Piñeros (§§ 1-3-3), Sabrina Ragone (§§ 3.4-4) y Grethell Aguilar Oro (§§ 5-7).

² Al revés, no casualmente éstas no se citan en el texto.

lativo y el doctrinal— causas justificativas, procesos y éxitos. Para tal fin, preliminarmente se aclarará el sentido de las palabras con las que algunos estudiosos definen este fenómeno, dado que el “diálogo”, como veremos, propone casi una posición paritaria entre las cortes implicadas, a veces sin tener en cuenta, quizás, que una cosa es la circulación *vertical*, y otra, aquella *horizontal*.

De otra parte no hay diálogo solo de las cortes entre ellas mismas, sino también entre legisladores y cortes, entre doctrina y cortes, entre legisladores y doctrina. La *fertilización* recíproca puede ayudar a superar el fenómeno frecuente de la disociación entre formantes, del que habla Sacco, para quien las soluciones de los problemas jurídicos no siempre son *conformes*, ni tampoco los formantes mismos, como se dice, “alineados”³.

Con frecuencia se señala, con relación sobretodo a la producción normativa, que los modelos circulan por imposición o por prestigio. ¿Esta dicotomía “dura” se aplica también al diálogo entre las cortes? ¿Igualmente, como he tratado de demostrar en relación con el fenómeno de “*import-export*” de las constituciones, se puede adoptar para la jurisdicción una lógica taxonómica débil, limando las asperezas de dos clases contrapuestas?

En suma, la materia privilegiada del diálogo —los derechos— presenta características particulares? ¿O por el contrario la uniformización de un cierto modelo impositivo, alimentada por los tratados, la legislación, la doctrina y la misma jurisprudencia (la idea occidental de los “derechos humanos”), atenúa y difumina en cierto modo las problemáticas de las exportaciones y de las recepciones de lenguajes, institutos y conceptos diferentes?

Me agrada pensar que Jorge Carpizo representa el lugar de encuentro de las abscisas y de las ordenadas de todas estas temáticas. Cultura y humanidad cruzadas con el derecho; intelectual y hombre que ha estudiado el

³ R. SACCO, “Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law”, en *Am. journ. comp. law*, 1991, n. 39, n. 2, p. 343 ss.; ID., *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Utet, Torino, 1992, en ID. (ed.), *Trattato di Diritto comparato*, p. 47 ss. Para infringir el mito de la “univocidad de la regla”, el derecho comparado «constitue une menace por toute la science juridique» y cumple con una «fonction subversive»: H. MUIR WATT, “La fonction subversive du droit comparé”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 3, 2000, p. 503 ss. En este sentido A. SOMMA, *Introducción crítica al Derecho Comparado*, Ara, Lima, 2006, p. 62 ss.; ID., *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2013, en proceso, *passim*, y R. SCARCIGLIA, *Introducción al derecho público comparado*, Dykinson, Madrid, 2010, cit., p. 123 ss.

derecho, producto el derecho, aplicado el derecho. Así como todo el libro, estas páginas son dedicadas a él.

II. “TRANSPOSITION”, “LEGAL BORROWING”, “MIGRATION”, “LEGAL TOURISM”, “CROSS FERTILIZATION”, “DIÁLOGO”: EL ESTADO DEL ARTE

Entre los estudiosos que se ocupan del derecho comparado⁴, desde siempre uno de los temas más controvertidos y difíciles ha sido aquel dedicado a la circulación del derecho.

Como es sabido, hay quien dice que «the transplanting of legal rules is socially easy»⁵. Otros en cambio, como P. Legrand, en su famoso artículo titulado “The Impossibility of Legal Transplants”, niega totalmente (refutando presupuestos positivísticos) la posibilidad de trasplantes, anclándose sobretodo en el rol disuasivo de la cultura. Esta, a diferencia de la norma, no puede ser “comprensiblemente” trasplantada: de hecho, en contextos diferentes, cualquier ley será siempre una ley distinta⁶. Se ha afirmado que «Comparison between the laws of national jurisdictions will remain superficial unless we seek to appreciate those laws in the contexts of their local cultures, and comparison between laws in their cultures will remain superficial unless we appreciate that law is not alien to other cultural arts, but is closely akin to them»⁷. Así también se ha dicho que «linking law

⁴ ... Y entonces no solo de un derecho extranjero, que tiene poco que ver con la comparación: *infra*, § 3.1 y nota 22.

⁵ A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edimburgh, 1974, 2ª ed., Un. of Georgia Press, Athens, 1993, p. 9, trad. it. *Il trapianto di norme giuridiche*, Esi, Napoli, 1984. p. 95 dell'ed. del 1974.

⁶ P. LEGRAND, “The Impossibility of Legal Transplants”, en *Maastricht journ. eur. and comp. law*, n. 4, 1997, p. 111 ss., y en *Ankara L.R.*, n. 2, 2007, p. 177 ss. Como es sabido para Legrand, el análisis comparativo es “diferencial”, y se desenvuelve a partir de la aceptación de la idea que «el derecho conoce solo la diversidad» y que los ordenamientos jurídicos, estudiados como “tradiciones”, son en sí mismos “incommensurables”: *vid. Id.*, *L'analyse différentielle des juriscultures*, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 51, 1999, p. 1053 ss. *Vid. además Id.*, “Against a European Civil Code”, en *Modern L.R.*, n. 60, 1997, p. 44, e *Id.*, *Fragments on Law-as-Culture*. WEJ TJEENK WILLINK, Schoordijk Inst., Deventer, 1999, espec. p. 5. Y además, acerca de los riesgos del *legal borrowing*, C.F. ROSENKRANTZ, “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, en *Int. journ. const. law*, n. 1, 2003, p. 269 ss.

⁷ G. WATT, “Comparison as deep appreciation”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 84 s.

to other societal and cultural phenomena of a specific country would be impossible»⁸. Se debate también —incluso en este caso de posiciones distintas— sobre las relaciones entre cultura y cultura jurídica, casi siempre dudando que la primera pueda ser objeto de trasplantes⁹.

Para quienes aceptan la posibilidad de los trasplantes, es frecuentemente usada la metáfora del jardín, que es definida por D.E. Cooper de la siguiente manera: «a feature which, in one garden, is relevant to a certain appreciation may, in another garden, either be irrelevant, or relevant to a very different appreciation»¹⁰; pero se podrían usar otras metáforas también, relativas a la música o a la comida: por ejemplo, un gazpacho bien frío tomado en España con el calor de agosto probablemente no tendría el mismo sabor en una tarde noruega... En el campo del derecho comparado, Cooper enfatiza en la necesidad de tener en cuenta los contextos, no solo jurídicos, hacia los cuales el trasplante opera. Particularmente atentos a dichas implicaciones debiesen ser los constitucionalistas, llamados —tal vez mucho más que los civilistas— a valorar las cualidades del terreno donde operan los trasplantes (en términos de cultura jurídica y también de la cultura en general)¹¹.

Es importante aclarar algunos aspectos semióticos de esta cuestión.

A menudo se habla genéricamente de “trasplantes” para indicar cualquier modalidad de circulación; como recuerda Chen Lei¹², si usan también otros términos, entre ellos (en inglés): “*transposition*”, “*borrowing*”,

⁸ J. SMITS, “The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolutionary Theory”, en *Georgia journ. int. comp. law*, n. 31, 2002, p. 80.

⁹ En crítica a Watson, G. WATT escribe en su artículo, “Comparison as deep appreciation”, cit., p. 87, que «He attends with great diligence to *legal* cultures and *legal* histories and *legal* language, but his method and scope of engagement implies undue confidence in our ability to separate that which is labelled ‘legal’ from that which is not labelled ‘legal’»; y, en crítica a B. GROSSFELD, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, trad. ingl. *The Strength and Weakness of Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 103, que «Grossfeld states that “the only sensible way to treat” comparative law is as “the comparison of legal cultures”. He would have done well to omit the word ‘legal’».

¹⁰ D.E. COOPER, *A Philosophy of Gardens*, Clarendon Press, Oxford, 2006, p. 57. Ver también A. WATSON, “Legal Transplants and European Private Law”, en *Electr. journ. comp. law*, n. 4, 2000 (<http://www.ejcl.org/44/art44-2.html>).

¹¹ Cfr. sobre este aspecto V.C. JACKSON, “The international migration of constitutional norms in the new world order: constitutions as ‘living trees’? Comparative constitutional law and interpretive metaphors”, en *Fordham L.R.*, n. 75, 2006, p. 921 ss.

¹² C. LEI, “Contextualizing legal transplant: China and Hong Kong”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 192.

“migration”, y hasta “legal tourism”¹³; se usan también “injerto”¹⁴ y “cross fertilization”¹⁵.

Se habla además de “diálogo”, ya sea con relación al formante dinámico por excelencia —por lo menos en gran parte de occidente— (la ley), y el sujeto que la produce (el parlamento)¹⁶, sea sobre todo para indicar la circulación de ideas entre cortes y tribunales¹⁷. Pero también “diálogo” la doctrina comparada, y existe también un dialogo trasversal y recíproco inter-formantes, es decir entre legisladores, jueces y doctrina.

¹³ Ver respectivamente: E. ÖRÜCÜ, “Law as Transposition”, en *Int. comp. law quart.*, n. 51, 2002, p. 51 ss.; el “Symposium: Constitutional Borrowing”, en *Int. journ. const. law*, n. 1, 2003, p. 177 ss.; S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge U.P., New York, 2006; J. SMITS, “Legal Tourism: Contract, Marriage and Citizenship Beyond the State”, Lecture: Oxford Inst. of Eur. and Comp. Law, Oxford Un., 29 April 2010.

¹⁴ O. CALLIANO, *Innovazione tecnica, neologismi e impianti giuridici*, en L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, Ed. Un. degli studi di Trento, Trento, 2012, p. 140 y nota 39, usa el vocablo “injerto” para designar la «transposición de lexemas de otras lenguas especialmente en el léxico jurídico y entonces transformados de artefactos técnicos a artefactos jurídicos», es decir cuando «un término, trasferido de un lenguaje, en el caso extra-jurídico, a un lenguaje especial, en el caso jurídico, después de un cierto tiempo se integra en el contexto y se transforma en lexema jurídico». La metáfora —explica el autor— es copiada de la implantología dental y de la técnica para compatibilizar los materiales utilizables.

¹⁵ S. CHOUDHRY, “Globalization in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, en *Indiana L.J.*, n. 4, 1999, p. 821 ss.

¹⁶ Sobre este punto ver L. SCAFFARDI (ed.), *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, Jovene, Napoli, 2011.

¹⁷ El vocablo aparece frecuentemente en los títulos o en el texto de las siguientes obras (además de aquellas citadas *passim* en las notas): M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et français. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, Paris, 1994, p. 165 ss.; ID., “Le recours à ‘l’argument de droit comparé’ par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques”, en F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (ed.), *L’interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005; G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds), *Comparative Law Before the Courts*, British Institute of International and comparative law, London, 2004; D. MAUS, “Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles”, en *Rev. fr. dr. const.*, n. 2, 2009, p. 675 ss.; B. MARKESINIS, J. FEDTKE, “The Judge as Comparatist”, en *Tulane L.R.*, n. 80, 2005, p. 11 ss.; ID., *Judicial Recourse to Foreign Law: a New Source of Inspiration?*, U.C.L. Press, London, 2006, trad. it., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, Bologna, 2009; A. SOMMA, *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2001; G. ALPA (ed.), *Il giudice e l’uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche dell’interpretazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006; y por último T. GROUPI, M.-CL. PONTTHOREAU (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart publ., Oxford, 2013.

“*Transplant*”, “*transposition*”, “*migration*”, y también “*legal tourism*” (aunque más relajante) evocan axiologías taxonómicas, la idea de dominación, de superioridad, de unidireccionalidad.

“*Cross fertilization*” y “diálogo” permiten pensar en situaciones paritarias, de intercambio recíproco. Por esto, se critica el uso de la palabra “diálogo” para designar la influencia recíproca entre las cortes¹⁸; en realidad, como veremos, existen algunas cortes que se consideran “importantes” que manifiestan parsimonia, discriminación y una cierta soberbia en el uso de la jurisprudencia extranjera. Para ellas, sin embargo, diferentemente del caso de los gobiernos y parlamentos, con base en los datos de la investigación empírica parece más difícil demostrar situaciones de subordinación unidireccional y unilateral.

En el plano terminológico, en su significado estricto, el vocablo más usado —“trasplante”— presupone primero una “explantación”, y en un sentido estricto sólo se da en caso de migraciones. La doctrina ha ampliado el sentido del término, prescindiendo del fenómeno de la extirpación del cuerpo originario¹⁹. Hoy en día, por otro lado, casi nunca se verifican migraciones de pueblos a otros territorios, tales que lleguen a cancelar todo el derecho preexistente. En clave *macro*, no pasa nunca que una migración tenga como consecuencia la superposición de una *entera* organización constitucional (aunque si ahora en vastas áreas del planeta, son difundidos fenómenos de cancelación de culturas jurídicas autóctonas a causa de colonizaciones económicas y culturales, si no a nivel estatal). Pero el trasplante puede registrarse a nivel *micro*, en relación con institutos singulares o valores o principios, como en el caso de una visión particular de igualdad hombre-mujer dentro de una comunidad de emigrantes, que llevan consigo sus derechos propios, reconocidos o aceptados como “estatuto personal” de la comunidad misma (en los límites de cuanto puede ser tolerado por el derecho constitucional del país de llegada)²⁰. Este conflicto —el conflicto entre valores constitucionales, y entre derechos individuales

¹⁸ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010.

¹⁹ Critica el concepto de “trasplante jurídico”, U. MATTEI, “Comparative Law and Critical Legal Studies”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006, p. 827 s.

²⁰ W.F. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, cit., p. 58 ss., usa la expresión “implante étnico”, como forma de injerto jurídico de normas híbridas del ordenamiento originario y de los grupos inmigrantes, que se añade a los conceptos de imposición y prestigio.

y derechos comunitarios o culturales— representa uno de los temas más delicados y sensibles del constitucionalismo moderno.

Siempre desde una perspectiva definitoria, otro vocablo usado a menudo —“*cross-fertilization*”— me parece un término enfático si se refiere al formante normativo, siempre y cuando se discuta de la importación de elementos de ordenamientos de familias culturalmente diferentes, e incluso a veces, si la tabla de valores es compartida como en el derecho occidental. El fenómeno hoy es bastante unidireccional, en el sentido de que generalmente son los ordenamientos con base tradicional u “orientales” los que imitan al Occidente, y los ordenamientos “menos desarrollados” imitan a los ordenamientos *leader*. No creo entonces que sea correcto usar el término “*cross-fertilization*” cuando se habla de circulación de soluciones normativas fuera de aéreas limitadas, incluso más pequeñas que las familias²¹. Sin embargo, vale la pena considerar si esto vale también en el ámbito doctrinal y jurisprudencial.

Ahora es necesario hacer algunas precisiones: una tiene que ver con los sujetos que “dialogan” (constituyentes y legisladores, doctrina, jueces); una segunda concierne a las causas que justifican la circulación del derecho (¿imposición? ¿prestigio?); la última respecto a la posición institucional de los sujetos implicados: en el caso de las cortes, una cosa es importar el derecho por libre elección, otra es valerse del derecho extranjero porque se debe.

III. LOS FORMANTES IMPLICADOS EN EL DIÁLOGO

1. La doctrina

Partamos justamente de la doctrina, de su circulación, de como ésta es utilizada por los legisladores y los jueces, y de como los formantes dinámicos — los que producen directamente derecho autoritativo — interactúan entre ellos y con los estudiosos²². Remito a otros artículos y ensayos la cuestión del uso del derecho extranjero en las obras de los comparatistas,

²¹ Sobre el diálogo entre parlamentos en un área homogénea (liberal-democrática), *vid.* L. SCAFFARDI (ed.), *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, Jovene, Napoli, 2011, y e C. DECARO, N. LUPO (eds), *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati*, Luiss U.P., Roma, 2009.

²² Pero no, sobre como los estudiosos usan leyes y sentencias: estos son de hecho el objeto de investigaciones jurídicas, también en el campo del derecho constitucional comparado y es obvio que el comparatista las tiene en cuenta. V. sobre este tema G.

y el problema conectado de como se compara, para señalar solo el uso de varios formantes²³.

Entender los ordenamientos, para un comparatista, no significa tener que usar siempre todos los formantes en sus investigaciones. Ello es indispensable en los estudios “macro”, pero no lo es siempre en los “micro”. Entender los sistemas para reagruparlos en familias o formas de Estado comporta estudiar el derecho de manera global —en su historia, y teniendo en cuenta los aportes de otros tipos de investigaciones—, buscar sus principios fundamentales y cómo están desarrollados en la ley, la jurisprudencia y la doctrina²⁴.

DANNEMANN, “Comparative Law: Study of similarities or differences?”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 408.

²³ Ver en particular mi libro *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Fundap, Querétaro, 2011, y Ed. Un. Libre, Bogotá, 2012, parte I. Entre lo críticos mas fuertes de la equiparacion entre derecho extranjero y derecho comparado se encuentra O. PFERSMANN, “Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2001, p. 275 ss., che in particolare a p. 280 sottolinea: «Rien n’empêche évidemment de conférer l’étiquette de ‘droit comparé’ à un cours ou un à ouvrage concernant le droit espagnol professé ou paru en France (ou l’inverse), à condition que l’on reconnaisse explicitement qu’il s’agit uniquement d’un synonyme strict du terme ‘droit étranger’ ce qui a pour consequence que tout ouvrage étranger devient un ouvrage de droit comparé dès qu’il subit un transfert géographique, un document stocké sur un serveur étranger devient du droit administratif ou commercial national, s’il apparaît sur un écran national ou s’il est imprimé sur un appareil situé sur le territoire du pays en question, il se transforme en droit administratif ou commercial comparé, dès lors que l’on fait appel à lui à partir d’un endroit extérieur à cette sphère». Como lo recuerda R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 17, nota 34, la diferencia entre un estudioso de derechos extranjeros y un comparatista es la que hay entre un políglota y un lingüista: «El políglota conoce muchas lenguas, pero no sabe medir las diferencias ni cuantificarlas, cosas que sí el lingüista sabe hacer. Así el comparatista posee un conjunto de nociones y datos de diferentes ordenamientos y sabe hacer una comparación, midiendo los elementos comunes y las divergencias». Además, no es verdad que cuando se trabaja sobre el derecho extranjero se hace comparación, porque se está obligado a traducir los conceptos: «L’équation selon laquelle ‘droit étranger = droit inconnu et droit interne = droit connu’ es contestada por M.-C. PONTHEAUX, “Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique”, en *Rev. int. droit comp.*, n. 1, 2005, p. 13. Según A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., parte II, § 1, § 6, en cambio, «La distinzione da operare non è (...) quella tra diritto straniero e diritto comparato, bensì quella tra una buona e una cattiva comparazione, la seconda stigmatizzata fin dagli albori del diritto comparato eretto a scienza autonoma».

²⁴ Indicaciones útiles sobre las fases de una investigación comparada —selección, descripción, análisis— se encuentran en G. DANNEMANN, “Comparative Law: Study of similarities or differences?”, cit., p. 406 ss.

Pero nada impide que en un estudio “micro” se pueda analizar sólo un formante: por ejemplo, una investigación sobre las técnicas de codificación de un derecho específico (asociación, reunión...) en un conjunto de ordenamientos; o investigaciones sobre la jurisprudencia “procesal” de tres Tribunales constitucionales, para descubrir los tipos de sentencias; o finalmente, se puede hacer también meta-investigaciones, es decir, investigaciones sobre las elaboraciones doctrinales (por ejemplo, investigaciones acerca de las posiciones doctrinales sobre la descentralización).

En particular, en algunos casos *no se puede* usar ningún otro formante aparte del legal, cuando se estudian sistemas nuevos o reformas introducidas en varios ordenamientos y todavía no presentes en la jurisprudencia²⁵.

Incluso en algunas investigaciones que denomino “globales” —es decir, que comprenden todos los ordenamientos o casi, pero con referencia a aspectos específicos— se puede usar un solo formante. Pasa, por ejemplo, en los estudios sobre el lenguaje de las Constituciones o las leyes, sobre las definiciones de los ordenamientos²⁶, sobre las técnicas de división del material en la estructura del texto legal²⁷; o, a nivel de formante jurispruden-

²⁵ Es este el caso de algunos estudios de los años 90 sobre las nuevas Constituciones de Europa del Este, a la espera de que la jurisprudencia y la doctrina determinaran su significado en detalle. [Ver de mi autoría “Il sistema delle fonti giuridiche nelle Costituzioni dell’Est europeo”, en *Eur. journ. of law, phil. and computer sc.*, 1995, n. 4, IV, pp. 233, trad. ingl. “The system of legal sources in the Constitutions of Eastern Europe”, en *Id.*, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, cit., p. 261 ss. (ed. peruana) y p. 363 (ed. colombiana)]. Podría ser el caso también de un estudio sobre las reformas constitucionales de Bolivia y Ecuador, casi contemporáneas, para averiguar cómo han sido enunciados los principios inspiradores parecidos con fórmulas a veces similares y otras diferentes. (Pero hay que decir que también en estudios de este tipo se deben de tener en cuenta los “criptotipos”, aunque no haya legislación y jurisprudencia todavía.)

²⁶ Como por ejemplo: L. PEGORARO, S. BALDIN, “Costituzioni e qualificazioni degli ordinamenti (Profili comparatistici)”, en L. MEZZETTI, V. PIERGIGLI (eds), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 1 ss. y en *Dir. soc.*, 1997, n. 1, p. 117 ss.; L. PEGORARO, “Autoqualificazioni ed eteroqualificazioni del federalismo: il linguaggio della Costituzione e delle proposte di riforma”, en S. BALDIN, L. PEGORARO, A. RINELLA, *Tre lezioni su federalismo*, Eut, Trieste, 1998, p. 19 ss.; *Id.*, “Las definiciones de los ordenamientos descentralizados en los estatutos de las Regiones italianas y de las Comunidades Autónomas”, en *Rev. vasca adm. públ.*, n. 86, 2010, p. 139 ss.

²⁷ Referencias en L. PEGORARO, A. PORRAS NADALES (eds), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali – Calidad normativa y técnica legislativa. Europa, Estados y entidades infraestatales*, Bonomo, Bologna, 2003.

cial, en los estudios acerca del uso de los trabajos preparatorios de la ley²⁸, del uso del derecho comparado²⁹ o del concepto de “derechos humanos” en la jurisprudencia.

Más allá de los casos mencionados, desde una perspectiva práctica cualquier investigación comparada conlleva, en mayor o menor medida, la necesidad de enfrentarse al diferente peso de los formantes y a su disociación. El tema concierne todo sistema, pero es más delicado cuando se estudia más de un sistema. Una comparación entre el sistema televisivo británico y el estadounidense, por ejemplo, tiene que evidenciar de forma diferente los principios constitucionales (presentes en la primera enmienda en los EE.UU., y en reglas no codificadas en el Reino Unido); la legislación (amplia en ambos casos); la jurisprudencia (determinante en los EE.UU., poco importante en el ordenamiento británico); si la comparación se amplía a sistemas de *civil law*, se encuentran fuertes disociaciones entre el texto de las Constituciones, los principios constitucionales, la legislación y la jurisprudencia (sobre todo la constitucional). Hay consecuencias sobre la organización del sumario, el énfasis dado a cada elemento, que puede ser diferente según el caso, con el riesgo de desequilibrios del texto.

2. *Constituciones y leyes*

En primer lugar aclaro que por “leyes” entiendo en general cualquier texto jurídico, incluidas las Constituciones. El interrogante planteado es: cuando para decidir el legislador (constitucional u ordinario, pero también los ejecutivos en la producción de normas primarias o secundarias) utiliza el derecho comparado, qué cita mayormente? cual es el formante más fructífero, que asegura ventajas más consistentes? La respuesta implica un análisis en dos niveles, que corresponden al *sein* y al *sollen* (aquello que es y aquello que debe ser)³⁰.

²⁸ Remito a mi artículo “Lavori preparatori della legge e sindacato di costituzionalità”, en *Giur. cost.*, 1988, II, n. 9, p. 1441 ss.

²⁹ *Vid. infra*, nota 81.

³⁰ Según J.M. SMITS, “Comparative Law and its influence on national legal systems”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 525 ss., las razones que inducen a legisladores y jueces a utilizar el derecho extranjero son sustancialmente dos: una conectada a la exigencia de tener una «source of fresh ideas and, particularly, in order to find a solution to a given problem»; y la otra de tener «a normative argument».

En la praxis, los trabajos preparatorios de las leyes de varios países evidencian una predilección marcada por el formante normativo. Los legisladores, en otras palabras, aman más (más, no exclusivamente) citar las soluciones *normativas* de otros sistemas, aunque algunas veces hacen referencia a categorías generales, otras veces a estudiosos de referencia (como se dice, “orgánicos” a la política del grupo en cuestión). La jurisprudencia extranjera es casi ausente, como si los textos normativos extranjeros no estuviesen afectados por ella. Esto es probablemente imputable —además de la escasa o inexistente cultura comparatística de gran parte de los parlamentarios— a la mayor facilidad a la hora de encontrar los meros textos normativos. Esta tendencia ocurre también en las oficinas de algún parlamento (como el francés o el italiano), que proveen datos en bruto, sin comentarios o clasificaciones. No se puede pretender de los parlamentarios abstracciones o profundizaciones del contexto en el que se cita una ley extranjera, sin ayuda de los asesores, y tampoco comprobaciones de su interpretación de parte de los jueces³¹.

La situación cambia —pero no mucho— cuando se trata de escribir o reformar las Constituciones. A menudo los órganos constituyentes tienen una composición *ad hoc* (distinta entonces a la ordinaria de la asamblea legislativa): se encuentran integrados por la élite de la sociedad civil, incluso constitucionalistas abiertos al mundo; algunas veces se manifiesta el aporte de la doctrina o de igual manera de la jurisprudencia. Otras veces la recepción se deduce implícitamente: representa un ejemplo válido de circulación transversal entre formantes el Art. 82 CE, una verdadera “verbalización” constitucional no solo del Art. 76 de la Constitución italiana, sino

³¹ Sobre la prohibición de hacer comentarios comparativos para los traductores y los funcionarios de tales parlamentos, en aras de preservar la autonomía de la política (!) véase F. MEGALE, “La traduzione delle legislazioni straniere nei Parlamenti italiano e francese”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3, 2011, p. 663 ss. y especialmente p. 669. Tales faltas podrían ser superadas por el uso de *hearings* en la sede de elaboración legislativa: aquí es emblemática la experiencia del Congreso de los Estados Unidos, pero la práctica es difusa en todo el mundo. En la sede de las audiencias legislativas, también pueden ser escuchados expertos en derecho comparado. Por este canal, puede entrar en el proceso legislativo, por medio de la doctrina en vía directa, también el formante jurisprudencial, con la condición que se consulten comparatistas. Sobre la introducción de las *hearings* en EE.UU. puede consultarse en la doctrina italiana a A. PREDIERI, *Contraddittorio e testimonianza del cittadino nei procedimenti legislativi*, Giuffrè, Milano, 1964.

sobretudo de la jurisprudencia de la Corte constitucional sobre las leyes delegadas³².

Cuando las Constituciones se escriben *ex novo*, con frecuencia el camino ya ha sido abierto por la doctrina, cuyo rol se enfatiza en el caso en que existan organismos auxiliares oficiales con base científica (comités, comisiones de estudio o similares)³³. El derecho comparado se encuentra entonces detrás de muchas decisiones constituyentes (o de reforma), como conjunto de normas, sentencias, doctrinas.

Para concluir: el constituyente, el poder de reforma, el legislador usan el derecho constitucional comparado; lo usan con frecuencia en un modo aproximativo, especialmente el legislador; prevalentemente se basan en la observación paralela y especular de textos normativos del mismo grado, otras veces de categorías generales (“derechos”, “federalismo”, etc.), de las cuales raramente perciben la complejidad. Ignoran generalmente (pero no siempre) la jurisprudencia. En algunas circunstancias se valen de la lectura de la doctrina. La legislación de todas maneras es influenciada, en algunas ocasiones justificada, por categorías comparatísticas. Detrás de cada una de las leyes, o de cada constitución, existe la cultura jurídica de un país; el grado de percepción de la utilidad de estudiar experiencias extranjeras depende también de las políticas de la universidad, de la selección del personal que asiste a los legisladores, del prestigio adscrito al poder judicial; en definitiva, de factores internos que influyen en la homogeneidad o heterogeneidad del derecho en su conjunto, incluyendo la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

3. *Jueces y tribunales constitucionales*

Por su naturaleza la jurisprudencia usa el formante legislativo, que representa el objeto de su actividad, en las resoluciones de antinomias y en la interpretación de los enunciados.

³² Remito a mi artículo “Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978: recezioni ed ‘esportazioni’”, en F. FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context – La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 523 ss., trad. esp. “El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la “exportación” de modelos”, en *An. iberoam. just. const.*, n. 9, 2005, p. 287 ss. y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, Ciudad de México, 2006, p. 29 ss.

³³ Todos conocen la importante misión cumplida por la llamada Comisión de Venecia, constituida en el ámbito del Consejo de Europa, para soportar la redacción de las Constituciones de los países del este europeo.

La cuestión es si los jueces hacen referencia a *leyes* extranjeras, y si la hacen, en qué medida, no porque deben interpretarlas y aplicarlas —como en el caso del derecho internacional o europeo—, sino para reforzar o fundamentar sus interpretaciones o hacer un balance entre valores; por consiguiente, en este contexto, la legislación no sería muy diferente a los otros formantes: leyes, jurisprudencia y doctrina serían utilizadas por los jueces de la misma manera, como *argumentum quoad auctoritatem*. Desde este punto de vista, entonces, la interacción entre el formante legislativo y el formante jurisprudencial no es nada obvia.

También para los jueces, constitucionales y ordinarios, valen las consideraciones ya expresas en otros estudios³⁴, relativas a las influencias culturales, la formación universitaria, etc. Que usen categorías comparadas para resolver los casos, y si lo hacen de qué tipo, con qué frecuencia o peso, todo ello depende de la *mentalidad jurídica* global propia de cada ordenamiento.

La influencia del derecho extranjero no se manifestaría solo a través de una comparación efectuada directamente por los jueces, sino también mediante el reenvío a obras de doctrina, que a su vez analizan el derecho interno con una lente comparativa³⁵. Tal influencia indirecta sobre las cortes sería incluso más intensa que aquella determinada por la cita consiente a la doctrina y la jurisprudencia extranjera, y la doctrina tendría la misión de preparar el terreno para la recepción, por parte de la jurisprudencia interna, de soluciones usadas en otros ordenamientos³⁶.

Los jueces del *common law* están habituados a inclinarse fuera del derecho nacional, y es natural que se valgan de precedentes extranjeros buscados en el ámbito de la familia. Esta actitud ha abierto su mentalidad, al punto que es frecuente que, además de sus precedentes judiciales, citen también *leyes* extranjeras para justificar su *reasoning*³⁷. Salvo el valor diferente, en efecto, la *ratio* de las citas extra-estatales jurisprudenciales y las que atienen a los textos normativos parece la misma: buscar en los elementos de derecho extranjero fundamentos para la afirmación de una decisión o una elección interpretativa. O mejor: en aquellos supuestos donde el precedente (ya sea *binding* o ya sea *persuasive*) constituya un vínculo para el

³⁴ Entre otras, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 159 ss.; *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 131 ss.

³⁵ A. GERBER, “Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgericht”, en AA.AA, *Perméabilité des ordres juridiques*, Publ. de l’Isdc, n. 20, Zürich, 1992, p. 141 ss.; F. WERRO, “La jurisprudence et le droit comparé”, *ivi*, p. 165 ss.

³⁶ F. WERRO, “La jurisprudence et le droit comparé”, *cit.*, *loc. cit.*

³⁷ *Infra*, § 5.

juez, obviamente, la referencia al derecho extranjero persigue un objetivo adicional que, cualitativamente, es diverso al que confiere *autoridad* a la decisión adoptada. Sin embargo, por un lado, en los sistemas de *civil law*, la trama de la jurisprudencia ofrece la base argumentativa para dotar de racionalidad al sistema³⁸; y por otro lado, incluso en los sistemas de *common law* la referencia comparativa siempre no está incardinada en la *ratio decidendi*. (Únicamente, este hecho sucede cuando un punto de derecho, solamente, se decide en base al precedente judicial por parte de otra corte de *common law*.)

Acerca de los formantes evocados, ha sido desmentido, aunque podría parecer plausible, que en los ordenamientos de matriz anglosajona o mixta, el recurso a la comparación se limite a las citas de jurisprudencia. Asimismo, tampoco es verdad el fenómeno opuesto, es decir que, en los ordenamientos *civilian*, los reclamos se circunscriban únicamente a las leyes, y no alberguen también a las sentencias³⁹.

Acerca del uso de la doctrina por parte de los jueces, existen ordenamientos en donde para el juez es normal reforzar las argumentaciones con citas de trabajos monográficos, artículos, ensayos, voces enciclopédicas, e incluso tesis de doctorado (es el caso, de dar un par de ejemplos, Canadá y Suiza); y existen ordenamientos donde esto es considerado, si no sacrílego, por lo menos inútil para los fines perseguidos por el juez: piénsese en la ausencia de referencias doctrinales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, por el influjo de específicas disposiciones de leyes⁴⁰, o de la praxis que prohíbe citar la doctrina jurídica en las sentencias, disposiciones que condicionan a los jueces —inclusive los constitucionales, a causa del *continuum* entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucio-

³⁸ Remito a mis volúmenes *Giustizia costituzionale comparata*, cit., p. 159 ss. y *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, cit., p. 131 ss. En España, la importancia del precedente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es analizada por M. GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, espec., p. 50 ss. Sobre el riesgo de asonancias en el uso de los precedentes v. C. SAUNDERS, “Use and Misuse of Comparative Constitutional Law”, en *Indiana Journ. global legal st.*, n. 13, 2006, p. 37 ss.

³⁹ *Roe vs Wade* (en tema de aborto) fue citada por varios Tribunales europeos, y *Missouri vs Holland* (1920, 252 US 416), por ej, por la Corte constitucional italiana en una sentencia del 1980 sobre competencias regionales.

⁴⁰ En Italia, se trata del art. 118 de las disposiciones de actuación del Código procesal civil. Además G. GORLA, “I ‘Grandi Tribunali’ italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d’Italia”, en *Quad. de Il Foro it.*, 1969, columna 639 ss., demuestra que el origen de la prohibición remonda a edictos reales del siglo XVIII, para contrastar la autoridad de los doctores.

nal— en la búsqueda de los materiales seleccionados para la solución de un caso (Francia, España). La prohibición aleja al juez, una vez inmerso en la profesión, de los estudios teóricos realizados en la Universidad los cuales prestan bastante atención a la doctrina, y lo induce a buscar dentro de la casuística el precedente útil. En los últimos tiempos, ha crecido el interés hacia el derecho comparado por parte de la doctrina, sin embargo este hecho no ha alcanzado al juez lo suficientemente⁴¹.

Los jueces constitucionales continentales europeos, salvo raras excepciones (por ejemplo, en Alemania o Portugal), hacen muy pocas referencias a la doctrina, salvo contadas ocasiones: por tanto, se separa vistosamente del estilo de los pronunciamientos anglosajones, y en particular del realizado por la Corte Suprema de Canadá, cuyas decisiones están precedidas de las referencias doctrinales, las cuales no sólo contempla los estudios de derecho sino que abarca también campos como la antropología y la sociología.

En América Latina, al contrario, el uso es muy frecuente, independientemente del país, desde Perú a Argentina a Brasil, Colombia y México (donde el fenómeno está muy presente incluso en los tribunales electorales). Lo es también en algunos sistemas africanos de *civil law*, como Marruecos (pero se citan casi solo autores franceses, y casi solo sus comentarios de jurisprudencia), y en Asia (Filipinas, influenciadas por autores americanos más que europeos, mientras que casi no hay españoles). El uso de doctrina extranjera en las sentencias es amplio en ordenamientos mixtos como Israel (que importa mucho de los Estados Unidos y bastante de Alemania) y Sudáfrica (donde paradójicamente a pesar del componente de *Roman-Dutch Law*, es ausente en concreto el derecho germánico). Si se excluye a Marruecos (y a lo mejor otros casos aislados), la doctrina francesa está desapareciendo de las sentencias (¡hasta en la jurisprudencia de derecho civil de Quebec!), como la italiana, de la cual a veces se recuerdan los grandes maestros del pasado —sobre todo procesalistas—, pero pocas veces los actuales. Ello es un indicio sobre el peso de Universidades antiguas, que viven gracias al prestigio pasado, pero no consiguen ofrecer ahora a

⁴¹ La influencia que ejercen los estudios realizados en la Universidad ha sido enfatizada por U. DROBNIG, “The Use of Comparative Law by Courts”, en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, Actas del XIV Congrès international de droit comparé, Kluwer Law Int., The Hague-London-Boston, 1999, p. 13, en relación a los ordenamientos de Luxemburgo, Brasil, Québec, y ha sido explicada a través de la influencia ejercida por las codificaciones y los subsiguientes contenidos de las materias impartidas en las Universidades. Sobre los procedimientos metodológicos de los estudiantes, profesores, abogados y jueces v. el volumen de A. GORDILLO, *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Civitas, Madrid, 1988, rist. 1999.

los formantes dinámicos productos vendibles, como lo hacen Institutos de cultura que han sabido actualizarse, modernizarse e internacionalizarse⁴².

Además del estilo tradicional de las sentencias, la apertura no solo a la doctrina interna sino también a la extranjera depende de elementos objetivos (globalización del derecho) y subjetivos, relacionados con la selección de los magistrados en un personal que hoy viaja mucho y realiza estancias en el extranjero en Universidades prestigiosas, desde donde vuelve con actitudes jurídicas y culturales importantes.

Sin contar las citas textuales, el formante doctrinal tiene de todas formas influencia sobre el jurisprudencial. En las Facultades de Derecho del mundo, donde se forman los jueces (no solo “nacionales”), a menudo se manifiestan orientaciones doctrinales diferentes. La cultura jurídica del juez, en otras palabras, puede variar según el lugar donde se formó principalmente y donde pudo profundizar y especializarse⁴³.

4. El diálogo inter-formantes: de la doctrina a los formantes “dinámicos” (pero sólo donde la doctrina no es formante dinámico)

La distinción entre formantes dinámicos (o activos) y los otros es una variante de familias y época, y solo en la interpretación más estricta del positivismo legal la ley es la única fuente, el juez *bouche de la loi*, la doctrina el conjunto de los comentaristas.

Lo que precede no explica la circulación entre formantes donde la doctrina representa una fuente del derecho: en suma, es un formante dinámico.

Es el caso del derecho dhármico indio, que no es derecho legislativo ni derecho jurisprudencial, sino —como se ha escrito— «*Juristenrecht*, derecho jurisprudencial en el sentido de doctrinal (término que no excluye a los jueces, si están dotados de doctrina jurídica e influyentes justamente por el

⁴² Anticipo algunos resultados de un proyecto a nivel mundial en el que participan catorce Universidades italianas y numerosos grupos de investigación extranjeros, sobre el uso de la doctrina por parte de los Tribunales Constitucionales. Una parte de los resultados provisionales se encuentra en mi ensayo “Los jueces y los profesores: la influencia de la doctrina sobre las decisiones de los Tribunales y Cortes constitucionales”, en las futuras *Actas del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (en homenaje a Jorge Carpizo)*, Tucuman, 2013.

⁴³ Remito a mi escrito “Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes”, en las *Actas del V Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, 7-13 de octubre de 2012, al *An. iberoam. just. const.*, n. 17, 2013, a la *Rev. iberoam. der. proc. const.*, n. 19, 2013, en proceso.

valor doctrinal de las motivaciones o *rationes decidendi*», con lo cual «legisladores y jueces tienen un peso reducido en su formación o producción»⁴⁴. Al intérprete (es decir, al derecho jurisprudencial en sentido estricto) le corresponde especialmente coordinar el *dharma* con las reglas reales y la costumbre, unificando el pluralismo de los usos dentro de los mismos textos sagrados⁴⁵.

La alineación de los formantes —se podría decir usando las categorías de Sacco— es el resultado de la interpretación doctrinal en el Islam también, donde el sistema de reglas jurídicas no se basan en la voluntad política de los gobernantes, sino la revelación divina⁴⁶. Por lo que se refiere a las

⁴⁴ L. LOMBARDI VALLAURI, “Presentazione” a R. LINGAT, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l’Inde*, Mouton & Co., La Haya, 1967, trad. it. *La tradizione giuridica dell’India*, Giuffrè, Milano, 2003, p. XII s.

⁴⁵ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, “Presentazione” en L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato* (a cura di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, R. FAVALE), trad. it., Giappichelli, Torino, 1996, p. XXXV: «La nozione occidentale di diritto si rivela insufficiente a promuovere un’indagine effettivamente macro-comparatistica, idonea ad individuare gli archètipi categoriali». Y, comentando un caso decidido por un tribunal de *common law*, en el que estaban implicados el concepto de amistad y la simbología de la sangre en la escritura de un contrato, P. GOODRICH, “*Interstitium* and non-law”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 227: «The Western concept of friendship does not seem directly applicable and so immediately, straight off, first line of the opinion, the juridical paradigm, the legal decision, has to be supplemented, confronted, aligned to disciplines and knowledges other than law».

⁴⁶ Como lo recuerda M. OLIVIERO, voz “Derecho islámico”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, ed. mexicana coordinada por E. FERRER MAC-GREGOR, M. NÚÑEZ TORRES, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA, Porrúa, México, 2012, p. 120 ss., «La ciencia del Derecho islámico (*ilm’al-fiqh*) se divide en dos grandes partes. Por un lado, se compone por las ‘raíces’ (*usūl al-fiqh*) que explican por medio de qué procedimientos y qué fuentes ha sido hallado el conjunto de disposiciones que constituyen la *Shari’a*. Son consideradas ‘raíces’: el Corán (*Qur’ān*), la sunna (*sunnat al-nābī*), el consenso (*iğmā*) y la analogía (*qiyās*). Por otro lado, se encuentra constituida por las ‘ramas’ (*funū al-fiqh*) de la jurisprudencia. Los *funū*, considerados por los doctos de las leyes (*‘ulamā*) como derivados de la primera división, comprenden algunas materias que, utilizando las modernas categorías jurídicas occidentales, constituyen el Derecho privado, el Derecho penal, el Derecho procesal y parte del Derecho público». Bibliografía actualizada sobre el Islam en M. IQBAL, *The Reconstruction of religious thought in Islam*, 2.^a ed., Oxford U.P., London, 1989; ‘A.A. NA’IM (ed.), *Islamic Family Law in a changing World. A global resource book*, Zed Books, London, 2002; M.H. KAMALI, *Shari’a Law: An Introduction*, Oneworld, Oxford, 2008; C. MALLAT, “Comparative Law and the Islamic (middle eastern) legal culture” en M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 610 ss; T.W. BENNETT, “Comparative Law and African Customary Law”, *ivi*, p. 641 ss. Sobre las transiciones y la denominada primavera árabe *vid.* el número monográfico 11/2012 de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, titulado “El mundo árabe”.

“raíces” de la ciencia de este derecho (*usūl al-fiqh*), el Corán representa sin duda la fuente principal del derecho islámico⁴⁷. Las costumbres no pueden ser contrarias al texto revelado y la jurisprudencia de los tribunales es conforme a las opiniones de la doctrina⁴⁸.

Bastante diferente se presenta la situación en el derecho chino, influenciado todavía en los fundamentos por la doctrina de Confucio y su aversión hacia las normas legales (*fa*), a favor de los ritos y costumbres (*li*), interpretados a lo largo de los siglos por los seguidores del maestro y luego las familias, las tribus, los grupos y las corporaciones mercantiles⁴⁹.

En las familias occidentales, la doctrina no representa hoy un elemento dinámico de producción jurídica. En el *common law*, no lo era tampoco en el pasado, y no ha tenido mucha influencia en la jurisprudencia: el *common law* inglés, en particular, es el producto de los jueces del Rey, y el papel de los profesores/juristas ha sido siempre marginal, como lo ha sido la ciencia jurídica que ellos han creado en otras partes. La producción jurídica universitaria no es tan amplia como en otros sitios; los profesores citan a los jueces, en sus motivaciones de mayoría o minoría, pero raramente

⁴⁷ Como es sabido, contiene la colección escrita en forma definitiva de las revelaciones que el arcángel Gabriel hizo a Mahoma: en el Corán cada una de las palabras es sagrada en cuanto representa la exacta traducción del “Libro sacro que está en el cielo junto a Dios”.

⁴⁸ Para profundizar, F. CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 3 ss. «Traditional Islamic Law —afferma P.G. MONATERI, “Methods in comparative law: an intellectual overview”, en ID. (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 19— has been essentially based on the prestige of a caste of scholars in law and divinity (but not professional lawyers), in an institutional setting where judges were not delivering opinions and little or no room was left for legislation».

⁴⁹ Cfr. R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Franco Angeli, Milano, 1999, p. 34 ss.; ID., “Cina”, en ID. (ed.), *Diritto dell’Asia orientale*, Cafoscarina, Venezia, 2008, p. 16 s.; sintéticamente M. TIMOTEO, “Derecho chino”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 92 ss., e ID., voz “Cina”, en *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, actualización, Utet, Torino, 2009, p. 197 ss.; R. PEREMBOOM, *China’s Long March Towards the Rule of Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2002; J.A.G. ROBERTS, *A History of China*, 3a ed., Macmillan, New York-London-Basingstoke, 2011; LIN FENG, *Constitutional Law in China*, Sweet & Maxwell Asia, Hong Kong, 2000; A. CHEN, *An Introduction to the Legal System of the People’s Republic of China*, 3ª ed., Lexis-Nexis-Butterworths, Hong Kong, 2004; A. RINELLA, *Cina, il Mulino*, Bologna, 2006. Antes del cambio de los años 2000 Samuel Krislov propuso distinguir en términos jurídicos entre la sociedad china “character oriented”, y otras de Oriente Extremo basadas en obligaciones contractuales mutuas: v. S. KRISLOV, “The Concept of Families of Law”, en A. PODGÖRECKI, CH. J. WHELAN, D. KHOILA, *Legal Systems & Social Systems*, Croom Helm, London-Sydney-Dover, 1985, p. 37.

pasa lo contrario⁵⁰. Lo que ocurre (incluso en los EE.UU. y en otros ordenamientos de la familia), las referencias se hacen a obras que a su vez son sistematizaciones de los casos, en un *continuum* donde el perdedor (desde el punto de vista cultural) es la doctrina. En la esfera del derecho público, además, la creciente pervasividad del derecho legislativo⁵¹ ha favorecido la entrada de los doctores en el circuito de producción jurídica, siendo ella (un poco) más reacia a los esquemas mentales anclados en el uso del sistema casuístico y del precedente judicial.

En el continente europeo, desde el inicio del milenio pasado los profesores han sido los verdaderos creadores de las grandes construcciones jurídicas. La codificación les ha quitado el poder de decidir, que tenían antes, pero no el de comentar, criticar, sistematizar, influir, recomendar; muchas veces los llaman en gobiernos y parlamentos, en los tribunales supremos, ordinarios o administrativos, o constitucionales o internacionales. Las sentencias son anónimas, no son los jueces en su individualidad los que crean derecho, ni siquiera donde existen los votos particulares⁵². Non hay fractura entre academia y formantes activos, sino solo diferentes percepciones subjetivas de su papel. En muchos casos, los profesores se conciben como exegetas del derecho legislativo o jurisprudencial, y producen obras donde el derecho que explica es el resultado de legisladores y tribunales (especialmente constitucionales). A veces esperan reconstruir los sistemas, ofreciendo interpretaciones o visiones globales (que pueden no tener en cuenta lo que dicen los legisladores o los jueces). Por lo general, participan en el circuito de la producción del derecho, insertando sus obras en los debates jurídicos en curso, uniformando los formantes y dando un papel parecido a leyes, sentencias y doctrina. En particular, en el derecho constitucional, legisladores y jueces “usan” (aunque poco, o no siempre) los profesores, y éstos hacen referencia a aquellos (siempre). Los profesores lo hacen siempre de forma expresa, legisladores y jueces más de forma crítica, pero no solo.

⁵⁰ Cfr. A. PATERSON, *The Law Lords*, MacMillan, London, 1982, p. 10 ss., donde se demuestra la falta de interés de la autoridad jurisdiccional suprema británica hacia las obras académicas, incluso notas y comentarios jurisprudenciales.

⁵¹ G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), y en general R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge U.P., Cambridge, 1987, trad. it., *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Giuffrè, Milano, 1991, espec. cap. I (y p. 78 de la edición italiana).

⁵² R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, cit., p. 51 de la edición italiana.

En este contexto (sumariamente delineado), los comparatistas tienen una ventaja: los estudiosos de los derechos positivos, los legisladores y jueces nacionales pueden interactuar (en medida diferente y con diferente peso mutuo) entre ellos, dentro de cualquier ordenamiento, pero no tienen los instrumentos para ir más allá. Los filósofos, los historiadores, los estudiosos de doctrinas políticas, los teóricos generales aseguran las necesarias conexiones entre hechos y reconstrucción de los fenómenos. Pero solo los comparatistas alimentan en el formante doctrinal conocimientos verticales (entre doctrina, legislación y jurisprudencia), y horizontales, entre ordenamientos, empezando con los datos positivos —los derechos por lo que son— y conectándolos y deduciendo clasificaciones y modelos⁵³. Al final del razonamiento, usan sus resultados no solo los profesores, sino también los formantes dinámicos.

En materia constitucional, esta labor —si se hace bien— puede ser especialmente útil, por la mayor permeabilidad a los aportes externos de los institutos del derecho público, menos dependientes (¡pero no siempre!), respecto de los privatistas, del peso de tradiciones, religiones, costumbres.

IV. “CLASES DÚCTILES” ENTRE LA IMPOSICIÓN Y EL PRESTIGIO

El segundo punto que deseo afrontar concierne las causas justificativas de la circulación del derecho (¿imposición? ¿Prestigio?).

En el derecho constitucional comparado, la existencia de “modelos” que se configuran como *formas ejemplares* postula de por sí la circulación de los modelos mismos: las llamadas Constituciones “modelo” se conside-

⁵³ Véase O. PFERSMANN, “Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit”, cit., p. 277: «Les ordres nationaux sont des illusions, le droit véritable est déjà unique et il revient au droit comparé de le présenter. Elle résulte d’une confusion conceptuelle. Il n’y a pas de système transnational. Le droit comparé n’est pas un ordre juridique du tout, mais une discipline». Crítica ferozmente los límites del jurista “municipal” A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, “Presentazione”, cit., p. LVI y *passim*, pues él «tende a contaminare i risultati della sua ricerca, sia ricostruendo fin dall’inizio i problemi in maniera infedele e caotica, sulla base dell’arbitrio individuale e nel segno di una pretesa “originari età”, sia azzardando giudizi e pareri che, inevitabilmente, allontanano la sua analisi dalla realtà». Los que no quieren o no saben usar el método comparado «sono costretti a rifugiarsi negli anfratti della dogmatica più obsoleta, inventando in via ermeneutica e ricostruttiva un “sistema” assiomaticamente chiuso e compiuto, all’interno del quale trovare la panacea per tutti i mali» (p. LVIII).

ran tales justamente porque han sido largamente imitadas. Quien prestase atención a las mutaciones jurídicas de los ordenamientos no tendría dificultad en constatar que dichos cambios se deben generalmente a experiencias de imitación-recepción de modelos jurídicos surgidos en otros lugares, siendo el nacimiento de un modelo original un fenómeno algo extraño⁵⁴, aunque en el derecho constitucional no faltan casos de creaciones *ex novo* de modelos, sobre todo después de revoluciones. Ahora bien, el fenómeno de imitación-recepción constituye por lo general la vía ordinaria para la circulación de los modelos constitucionales, de forma similar a lo que normalmente ocurre para los modelos jurídicos de derecho privado. La mayoría de las veces, la comparación permite comprender el conjunto de intuiciones y de ideas que están detrás de las formulaciones normativas asumidas como modelo⁵⁵.

Ello vale sobre todo a nivel normativo, pero se puede aplicar también para la jurisprudencia (y la doctrina).

En la experiencia aparecen justamente: *imitaciones legales*, cuando el legislador imita directamente el modelo producido por otro legislador (ejemplo típico es la frecuente imitación de las codificaciones francesas y alemanas⁵⁶); *imitaciones doctrinales*, que operan en el plano exquisitamente teórico. No es extraño, además, que estas dos formas de imitación se combinen en el mismo ordenamiento⁵⁷. Finalmente se encuentran las *imitaciones judiciales*, directas o por medio de intermediarios, como las juris-

⁵⁴ Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., p. 83; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 134. Ello vale incluso cuando un nuevo modelo surge (con elementos originales) de la fusión de varios modelos anteriores: piénsese en la Francia de la Quinta República, que une en algo nuevo algunos rasgos del presidencialismo y del parlamentarismo, ofreciendo un producto original (el semipresidencialismo).

⁵⁵ A. WATSON, "Legal Change: Sources of Law and Legal Culture", en *Un. of Pennsylvania L.R.*, n. 131, 1983, p. 1154, habla de «enormous power of the legal culture determining the timing, the extent and the nature of legal change», aunque niegue el nexo necesario de los *transplants* con la cultura jurídica, no siendo necesariamente el derecho un espejo de la sociedad. En este sentido también A. RILES, "Comparative Law and Socio-Legal Studies", en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 795.

⁵⁶ Cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Las Fuentes en el Derecho Comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, ed. peruana al cuidado de J.F. PALOMINO MANCHEGO, Grijley, Lima, p. 103 ss. y la bibliografía citada.

⁵⁷ Por ej., en los países romanistas es posible hallar, en diferentes periodos, «el encuentro de modelos legales franceses y de modelos doctrinales alemanes»: R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 137.

dicciones supranacionales o la doctrina⁵⁸. Naturalmente, las imitaciones de un modelo pueden ser *globales* o *parciales*: las Constituciones, como es notorio, tienen frecuentemente más de un modelo de referencia, combinando sus aspectos más interesantes. Ello puede dar lugar, según el caso, a hibridaciones incompatibles, con consecuentes inaplicaciones o rechazos, o a adaptaciones exitosas coherentes con las exigencias políticas y culturales del sistema que imita⁵⁹.

En la perspectiva que aquí interesa conviene ahora detenerse, aunque sea brevemente, sobre dos aspectos de la problemática que estamos examinando: a) de un lado, el problema de las “malas” imitaciones; b) de otro, las causas que, en general, determinan la circulación de los modelos.

a) Acerca del problema de las “malas” imitaciones, a veces es el cuadro normativo referencial en el que el modelo jurídico opera dentro del sistema de origen el que se escapa a la recepción, determinando malos entendidos o equivocaciones en el sistema imitador. Naturalmente, no hay que limitarse a aclarar, «caso por caso, que la solución extranjera considerada superior haya tenido óptimos resultados en el ordenamiento de origen, sino que sea igualmente apropiada para el propio país. En particular, puede suceder que las soluciones desarrolladas en el extranjero y que han demostrado buenos resultados no puedan ser trasladadas a nuestro derecho —o por lo menos no lo puedan ser permaneciendo inmutadas (...)»⁶⁰. No

⁵⁸ Cfr. sobre este tema a G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 543 ss.; V. GREMENTIERI, “La circolazione dei modelli normativi nel sistema giuridico europeo: il contributo delle Corti europee”, en *Riv. dir. civ.*, n. 5, 1990, p. 547.

⁵⁹ La imitación puede determinar como efecto un fenómeno de *aculturación*, si la sociedad imitante pierde su identidad o, viceversa, de mera *asimilación*. Para profundizar en el argumento y para la bibliografía respectiva, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 13 ss. R. SACCO, “Rapport de Synthèse”, en AA.Vv., *La circulation du modèle juridique français* (Journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant, Nice et Gênes, 1993, Travaux de l'Association Henry Capitant, XIV), Litec, Paris, 1994, p. 8 s., señala incluso que a menudo las limitaciones no son conscientes: «C'est-à-dire —recuerda P.G. MONATERI, “Critique et différence: le droit comparé en Italie”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 4, 1999, p. 997— «les importations que personne n'a consciemment dessiné, ou projeté, mais qui ont profondément marqué le caractère d'un système». Sobre las diferentes tipologías de recepción, L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007, p. 92 ss.; ID., *Introducción al Derecho Público Comparado*, Unam, México, 2006, p. 101 ss, y Palestra, Lima p. 89 ss.

⁶⁰ K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlagen*, Mohr Siebeck, Tübingen (1ª ed., 1971), trad. ingl. *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, trad. it. de la 3ª ed. (Tübingen, 1984), *Introduzione al diritto comparato. 1: Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 19. Para el tema de

es casual que la “sumisión” del modelo jurídico acogido dependa de un conjunto de factores políticos y ambientales y, además, del correcto análisis comparativo conducido por los órganos legislativos; un análisis que hubiese considerado únicamente el dato formal de los textos normativos y excluyese su concreta actuación en el ordenamiento de referencia, abriría el camino a serios riesgos de ineficacia del trasplante⁶¹, incluyendo el peligro de su probable rechazo. Lo mismo vale para las imitaciones (y las citas) jurisprudenciales.

Se ha observado que las influencias e imitaciones son mucho más frecuentes entre sistemas parecidos; aunque, en realidad, la circulación de los modelos puede tener lugar también entre sistemas profundamente diferentes⁶². En los procesos de imitación-recepción, entre las demás circunstancias, resultan particularmente importantes las condiciones de comprensión y conocimiento de los modelos a imitar. Un rol determinante compete al conocimiento de la lengua en la que el modelo se expresa.

Por último, en cada sistema operan criptotipos. Por lo que, mientras puede resultar fácil imitar una norma explícita, parece muy poco probable imitar un criptotipo, esto es, un modelo jurídico implícito del cual, en ocasiones, el mismo sujeto que lo observa no es plenamente consciente. Así, “criptotipos” particularmente renuentes a la circulación son aquellos vinculados a la mentalidad y a los hábitos implícitos de los juristas. Por otro lado, la presencia de criptotipos puede desvelar ocasionalmente que lo que a primera vista aparecía como recepción de un modelo jurídico (*recepción aparente*), en realidad no era otra cosa que la reviviscencia de un criptotipo radicado en el ordenamiento que parece ser el imitador.

b) Las *causas* que determinan la divulgación de los modelos jurídicos por imitación se presentan bajo diferentes naturalezas y capacidades; pién-

los presupuestos de una recepción fructífera cfr. además: O. KHAN-FREUND, “On Uses and Misuses of Comparative Law”, en *Modern L.R.*, n. 37, 1974, p. 1 ss.; A. WATSON, “Legal Transplants and Law Reform”, en *Law quart. rev.*, n. 1, 1976, p. 79 ss.; E. STEIN, “Uses Misuses and Nonuses of Comparative Law”, en *Northwestern Un. L.R.*, n. 1, 1977, p. 198 ss.

⁶¹ Acerca de los condicionamientos de la eficiencia de un modelo normativo importado, ver a N.S. MARSH, “Comparative Law and Law Reform”, en *Rebels’ Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1977, p. 661 ss.; J.B. OJWANG, “The Application of the Comparative Method in the Domain of the Public Law: Some Reflections”, en *Rev. dr. int.*, n. 1, 1982, p. 207 y ss.

⁶² Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., p. 83, según el cual «el trasplante de normas jurídicas es, desde un punto de vista social, fácil (...). Esto es verdad incluso cuando las normas provienen de un tipo de sistema muy diferente».

sese en la afinidad de condiciones culturales, ambientales, sociales y económicas. Todos ellos representan factores de influencia innegable sobre el proceso de imitación de un modelo jurídico. No cabe duda que la recepción de un modelo responde a una necesidad, a la exigencia de colmar una laguna del ordenamiento, o bien, de hacer propias las soluciones de otros por ser más racionales o parecer más idóneas⁶³.

La doctrina comparatista ha destacado que los fenómenos de recepción voluntaria de modelos jurídicos, que son los más difundidos de esa experiencia, tienen como base un factor no-jurídico que consiste en el «deseo de apoderarse de las atribuciones ajenas, cuando esas atribuciones están cargadas de una calidad que no sabemos como llamar sino es con el adjetivo “prestigio”»⁶⁴. En otras palabras, el prestigio podría constituir el postulado indispensable, aunque tal vez no suficiente, para explicar la circulación de los modelos.

En relación a la cuestión del prestigio del modelo imitador, podríamos estar tentados a considerar que, en el mismo momento en el que atribuimos al modelo el significado de “forma ejemplar”, reconocemos con ello mismo el *prestigio* y, en consecuencia, la capacidad intrínseca de ejercitar una significativa influencia sobre otros ordenamientos. En realidad, bajo una consideración adecuada, sí por un lado es verdad que la expresión “prestigio” lleva una carga positiva y una valoración de excelencia referida a un fenómeno y, en ese sentido, algo digno de imitación, es también verdad, por otra parte, que la expresión “forma ejemplar” no siempre es indicativa de un fenómeno positivo⁶⁵.

⁶³ Cfr. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Breitkopf und Härtel, I, Leipzig, 1852, p. 8 ss. (cit. en la reimprección de 1955 en K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, cit., p. 19), según el cual «la cuestión de la recepción de instituciones jurídicas extranjeras no es una cuestión inherente a la nacionalidad, sino simplemente es una cuestión de finalidad, de necesidad. Nadie se preocupa por buscar en un lugar lejano algo de lo que dispone en casa; por eso, solamente un loco refutaría la quinaquina por no haber crecido en su propio huerto».

⁶⁴ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 148. Consúltese además, G. AJANI, “By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe”, en *Am. Journ. comp. law*, 1995, n. 43, p. 93 ss. Sobre la necesidad de considerar otros elementos, aparte de las imposiciones de textos jurídicos, para explicar la circulación de modelos, v. M. GRAZIADEI, “Comparative Law as the study of transplants and recepcions”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 463 ss.

⁶⁵ De este modo, podría considerarse “ejemplar” el modelo de la forma de Estado nacionalsocialista en relación a la categoría de Estado autoritario; pero es evidente que la ejemplaridad, a ese propósito, es una característica que responde a finalidades comparativas y que carece de todo valor axiológico. A. RAPACZYNSKI, “Bibliographical Essay:

A veces los dos elementos que en la visión dicotómica más recurrente son la causa de las imitaciones a nivel normativo —*imposición y prestigio*— se confunden, creando monstruos, híbridos donde es difícil entender dónde termina el prestigio y dónde empieza la imposición. Si en el derecho privado comparado la distinción resulta bastante neta⁶⁶, no me parece que así sea en el derecho constitucional, donde los perfiles de la ciencia jurídica a veces tienen que ver incluso con la política y la fuerza. No hay texto constitucional, así como cualquier enmienda a la Constitución, aunque limitada, que sea completamente inmune a influencias externas, difícilmente dependen *solo* de la imposición o del prestigio⁶⁷.

En cuanto a la primera (imposición) se debe subrayar, ante todo, que la divulgación de modelos *rationae imperii*, debida a actos de pura fuerza militar, es un fenómeno relativamente raro en la historia. Sin embargo, la imposición no implica necesariamente meros actos de fuerza; de hecho, es posible que la divulgación de un modelo derive de la capacidad de influencia política, social, cultural, económica —que a veces puede ser *dominante*—, como incluso de presiones de un determinado ordenamiento

The Influence of US Constitutionalism Abroad”, en L. HENKIN, A.J. ROSENTHAL (eds), *Constitutionalism and Rights: The Influence of US Constitution Abroad*, Columbia U.P., New York, 1990, p. 94 ss., limitadamente al contexto estadounidense habla de “positive influence” (cuando el ejemplo estadounidense es evaluado e imitado) y de “negative influence”, cuando es evaluado pero no considerado idóneo a ser importado.

⁶⁶ Por otra parte, la ibridación es reconocida incluso entre los privatistas: por ejemplo, M. GRAZIADEI, “Comparative Law as the study of transplants and receptions”, cit., p. 458, ammette che «dominance and prestige are often joined», aunque «there are many examples of legal imitation driven by prestige alone», y pone como ejemplo el papel de los profesores alemanes en la academia estadounidense; O. KAHN-FREUND, “On Uses and Misuses of Comparative Law”, cit., p. 1 ss., explica en términos de adaptación (“*fit*”), entre ley “trasplantada” y contextos locales, la existencia de instituciones autónomas o semi-autónomas, y de injertos “self-contained” o “non self-contained”.

⁶⁷ Véase por ej. el n. 3/2008 de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, con las comunicaciones presentadas al Congreso celebrado en Caserta el 29-30 de mayo de 2008: “2007-2008. Buon compleanno, Costituzioni (La circolazione di principi e istituzioni tra Europa e America: influenze reciproche tra le Costituzioni di Stati Uniti, Messico, Brasile, Italia, Francia, Spagna)”. Y también, entre otros, L. PEGORARO, “Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978: recezioni ed ‘esportazioni’”, en F. FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context – La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 523 ss., trad. esp. “El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la ‘exportación’ de modelos”, en *An. iberoam. just. const.*, n. 9, 2005, p. 287 ss., y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., pp. 29 ss.

estatal sobre otro. Además, no es extraño que una recepción coactiva cese bruscamente al modificarse las relaciones de fuerza.

Es útil profundizar en este tema con un ejemplo, relativo justamente a la relación entre imposición y prestigio en el nacimiento o reforma de las Constituciones.

Muchos recuerdan que la imposición originaria puede transformarse en aceptación voluntaria, si desaparecen las condiciones de las dominaciones⁶⁸. Acerca del prestigio, la historia del constitucionalismo (y la inmensa bibliografía que lo ha acompañado) demuestra la influencia cultural que ha caracterizado el principio de las Constituciones, en todas las épocas y lugares. Podríamos decir que su misma historia es la historia de la circulación de las ideas, por el prestigio de los modelos dotados de más autoridad.

No es sencillo distinguir siempre las decisiones autónomas de las presiones internacionales o de potencias específicas, como resulta claramente en el caso de las Constituciones del Este de Europa adoptadas entre el final de los 80 y el 2000. Las dos categorías —imposición y prestigio— no resultan nada definidas, como resulta de las reformas en materia de equilibrio presupuestario introducidas en muchas Constituciones europeas entre 2010 y 2012⁶⁹.

Para clasificar las Constituciones —como cualquier otro acto o hecho jurídico, incluso jurisprudencial— desde el punto de vista de su origen de legitimación interna o externa (o, en la óptica del derecho comparado, para entender si se trata de una recepción por imposición o por prestigio), en el campo del derecho privado, A. Trabucchi da una pista importante⁷⁰:

«Tomemos como ejemplo la violencia moral. Tizio suscribe un contrato porque se le amenaza de un grave daño. La decisión se presenta en la mente de Tizio así: o afrontar el peligro de la amenaza o adherir a la contratación, y Tizio prefiere, entonces *quiere*, hacer el contrato; *etsi coactus*, decía el antiguo jurista, *tamen volui*. El derecho interviene concediendo a la víctima la acción de nulidad porque esta voluntad se formó en un modo equivocado, pero no porque una voluntad faltaba. Y lo mismo

⁶⁸ Por ejemplo el mismo M. GRAZIADEI, “Comparative Law as the study of transplants and receptions”, cit., p. 456 s.

⁶⁹ Un caso emblemático se dio con las reformas constitucionales en materia de equilibrio presupuestario: véanse E. ÁLVAREZ CONDE, C. SOUTO GALVÁN (eds), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Idp, Madrid, 2011 [y allí, p. 45 ss., mi ensayo (en colaboración con E.D. COSIMO), *La constitucionalización del equilibrio presupuestario. Reflexiones críticas*]; E. ÁLVAREZ CONDE, “La reforma constitucional del 2011”, en AA.Vv., *Constitución y Democracia: Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Ed. Universitas, Madrid, 2012, I, p. 239 ss.

⁷⁰ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 18ª ed., Cedam, Padova, 1971, p. 157.

pasa con el error o el dolo, que influyen, en lugar de la libertad, sobre los elementos que inducen el sujeto al contrato».

El derecho civil considera entonces anulables los contratos donde hay un vicio del consentimiento. ¿Pero esto vale también para el derecho constitucional? ¿En qué medida, por lo menos para la clasificación, los vicios del consentimiento son observados por la ciencia constitucionalista? Cuáles sean las plausibles motivaciones “ideológicas” de la indiferencia o al menos la escasa atención de las Constituciones (pero también del legislador, de la jurisprudencia y de la doctrina) por un fenómeno —la formación del consentimiento— que también concurre a diferenciar la forma de Estado liberal democrático de aquella totalitaria, cada reflexión queda consignada en los aportes de otras ciencias, a las cuales los juristas tal vez debieron confiarse en tentar de concebir soluciones diversas de aquella habitual.

En el derecho civil, el juez evalúa prudentemente (con eventual asistencia de asesores técnicos) si la coacción psicológica fue tan fuerte como para determinar un comportamiento no libre. Así, en el derecho penal el juez puede, mejor debe, evaluar el elemento psicológico del delito. En el derecho constitucional, la pregunta no es si nos encontramos ante Constituciones nulas o anulables (o las reformas) cuando están impuestas o condicionadas “desde fuera”, aunque, en casos extremos, puede haber consecuencias hasta en los formantes dinámicos⁷¹. Sin embargo, hay al menos que preguntarse si estas categorías meramente empíricas de las Constituciones, como las que se han dado hasta ahora de las Constituciones impuestas, pueden ser satisfactorias o exhaustivas.

⁷¹ Piénsese en el caso de Constituciones de Estados que son tales sólo de nombre, como por ejemplo la República social italiana sostenida en el Norte de Italia al final de la Segunda guerra mundial, por el Tercer Reich (véase ahora A. REPOSO, *Storia e critica comparata della Costituzione italiana*, Bup, Bologna, 2012, cap. I, § 1.7), o en las reformas realizadas durante los regímenes de emergencia, de guerra u ocupación, donde esté expresamente prohibido, como en Portugal, España, Francia o Bélgica. (Véanse los artículos 284 de la Constitución de Portugal; 169 de la Constitución española; 94 de la Constitución francesa de 1946 y 89 de la Constitución de la Quinta República; 196 de la Constitución belga.) Véase también el preámbulo de la Constitución húngara (2011), donde declara la invalidez de la anterior: «We do not recognise the suspension of our historical constitution due to foreign occupations. We deny any statute of limitations for the inhuman crimes committed against the Hungarian nation and its citizens under the national socialist and communist dictatorships. – We do not recognise the communist constitution of 1949, since it was the basis for tyrannical rule; therefore we proclaim it to be invalid».)

¿Cuándo de verdad una Constitución (o reforma) puede definirse “impuesta”, además de en caso de *debellatio* o de construcción por parte del Estado colonial? ¿Y una Constitución (o reforma) puede decirse “condicionada” sólo en presencia de actos internacionales formales, que implican una cesión de soberanía, o la categoría merece ser ampliada a otras hipótesis?

Las respuestas se pueden encontrar en ciencias que estudian el poder (la ciencia política), sobre la base de los resultados alcanzados, porque tienen que ver, en la génesis de una Carta fundamental, con la fase de transformación de la política en derecho y, en caso de reformas que afectan a los principios fundamentales del sistema, con el ejercicio de un nuevo poder constituyente (o, mejor, constituyente/constituido). Más allá del dato formal (que les corresponde a los juristas), la medición no pueden hacerla solo los constitucionalistas. El riesgo es que procedan por impresiones o con datos aproximados.

La aplicación de lógica de clasificación débil (que deriva de la lógica *fuzzy*)⁷² sugiere entonces disponerlas, según los elementos adquiridos, en una escala dividida en grados, donde en un extremo lado se encuentran textos *casi* inmunes de influencias externas diferentes del prestigio, y en el otro, textos incluso formalmente privados de legitimación interna (popular o incluso autoritaria)⁷³. Los elementos que las caracterizan son típicos de otros textos también, y tampoco faltan en los que podríamos definir “condicionados”: a su vez, estas no serían sólo las Constituciones cuyo origen fue limitado con acuerdos internacionales (como Weimar), sino también

⁷² Vid. S. BALDIN, “Riflessioni sull’uso consapevole della logica *fuzzy* nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2011, p. 3 ss. Per alcune applicazioni pratiche della teoria nel campo della comparazione, C. CASONATO, “Il fine-vita nel diritto comparato, fra imposizioni, libertà e *fuzzy sets*”, en A. D’ALLOIA (ed.), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Esi, Napoli, 2012, p. 523 ss.; L. PEGORARO, J.O. FROSINI, “Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification”, en *Journ. comp. law*, n. 2, 2009, p. 39 ss. y en A. HARDING, P. LEYLAND (eds), *Constitutional Courts. A Comparative Study*, Wildy, Simmonds & Hill Publ., London, 2009, p. 345 ss. (trad. esp. “Tribunales constitucionales en Latino América: ¿un campo de prueba para nuevos parámetros de clasificación?”, en L. PEGORARO, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, cit., p. 263 ss. y p. 329 ss.).

⁷³ Las Constituciones “impuestas” no resultarían así sólo las que han sido definidas tales de forma pacífica (Japón, Alemania, Afganistán. Iraq). La Constitución en vigor de Iraq, por ejemplo, ha sido adoptada formalmente por una asamblea específica; nadie duda de las fuertes presiones occidentales, y especialmente de los EE.UU., para imponer algunos contenidos (en particular, los derechos, la estructura federal del Estado, concepto del todo ajeno a la mentalidad y cultura del país).

aquellas (o partes de ellas) nacidas o reformadas en sus partes indefectibles tras sanciones (pienso en la génesis de la Constitución sudafricana, o en las recientes iniciativas en Siria), o condiciones de la comunidad internacional o de la Unión Europea (Este de Europa, Grecia).

La pregunta que hay que ponerse es esta: ¿estas categorías —imposición y prestigio—, como la crítica que se acaba de hacer a la dicotomía, se pueden aplicar a la circulación *jurisprudencial* del derecho?

Mutatis mutandis, diría que sí, y no solo porque por las razones evidenciadas *supra* entre los formantes principales hay siempre una intensa circulación recíproca. En la jurisprudencia también hay casos de “imposiciones” y de imitaciones (mediante las citas) por el prestigio. Ello depende de la verticalidad u horizontalidad del diálogo.

V. DIÁLOGOS Y MONÓLOGOS: HORIZONTALIDAD Y VERTICALIDAD EN LAS RELACIONES ENTRE LAS CORTES

La doctrina ha señalado cómo la circulación de las soluciones jurídicas (y de los principios y las ideas) se produce hoy, en gran medida, por vía jurisprudencial, gracias sobretodo a las aportaciones de las Cortes constitucionales y de las Cortes internacionales y trasnacionales⁷⁴. Por una parte, estas reciben, a través de los jueces de diverso origen geográfico y cultural, las aportaciones de las distintas doctrinas y culturas nacionales, unificándolas en el veredicto; de otra, las devuelven, por así decir, a los distintos ordenamientos nacionales a los cuales se aplican obligatoriamente o sobre los cuales tienen un fuerte efecto persuasivo. Las citas referidas al derecho de la Unión Europea o internacional o de los principios enunciados por la Corte Interamericana u otras en la jurisprudencia nacional a veces simbolizan un referente cultural al igual que las referencias que se hallan sobre el derecho comparado en la jurisprudencia comunitaria o internacional.

⁷⁴ Véanse por ej.: AA.Vv., “The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation”, en *Harvard L.R.*, n. 114, 2001, p. 2049 ss.; A.-M. SLAUGHTER, “40th Anniversary Perspective: Judicial Globalization”, en *Virginia journ. int. law*, n. 40, 2000, p. 1103 ss.; ID., “A Typology of Transjudicial Communication”, en *Un. of Richmond L.R.*, n. 29, 1994, p. 99 ss.; ID., “A Global Community of Courts”, en *Harvard int. L.J.*, n. 44, 2003, p. 191 ss.; CL. L’HEUREUX-DUBÉ, “The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, en *Tulsa L.J.*, n. 34, 1998, p. 15 ss.; M. CLAES ET AL. (eds), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012.

Sin embargo, la *ratio* de las referentes “internacionales” respecto a las comparativas es evidentemente diferente, pues no es lo mismo argumentar la decisión en función de la observancia a un tratado, una convención o una directiva de la Unión Europea (en efecto, ¿cómo puede el juez ordinario o constitucional ignorar tales fuentes, en sede interpretativa o aplicativa, para decidir un caso que le implica?) que citar la normativa extranjera como *argumentum quoad auctoritatem* para sustentar o rechazar una determinada solución⁷⁵. Más bien, las normas y sentencias internacionales (y también extranjeras) adquieren interés a nivel comparativo si el juez de cada país puede adoptar la decisión prescindiendo de éstas aun cuando las tome en consideración dentro del propio *reasoning* para fortalecer con argumentos de autoridad el propio *iter* argumentativo⁷⁶.

El uso de Derecho Internacional o Europeo pone en evidencia un problema de circulación “vertical” de la actividad interpretativa, porque frecuentemente, aunque no siempre, cuando un Juez nacional lo usa lo hace solo porque *debe* hacerlo, en cuanto que debe resolver problemas de compatibilidad entre diversas normas. Se trata de un uso *ratione imperii*, coesencial a su actividad no haciendo ni más, ni menos que cuando usa la Constitución nacional para detectar la contradicción entre la misma y una

⁷⁵ Conformemente, V. VIGORITI, “L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica”, en AA.Vv., *L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Quad. della Riv. trim. dir. proc. civ., n. 7, Giuffrè, Milano, 2004, p. 14. Contra U. DROBNIG, “The Use of Comparative Law by Courts”, cit., p. 5 ss. Análogamente distingue entre «recours obligatoire au droit comparé» y «l’utilisation libre du droit comparé» M.R. LEGEAIS, “L’utilisation du droit comparé par les tribunaux”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 1994, pp. 347 ss. Por M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE, “Intent on making mischief: seven ways of using comparative law”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 29, «Comparative law has been seen to provide courts with persuasive and non-binding arguments. At the current stage, there is an argument about the consequences of a call for more consistency. One question is whether courts are ever bound to make use of comparative law sources, for instance in certain situations when an authority is based on comparative law sources».

⁷⁶ Se destaca en la doctrina que el derecho extranjero no es capaz por sí solo de determinar una orientación jurisprudencial respecto a las cortes; éste es utilizado como un soporte para reforzar una ya determinada toma de posición (A. GERBER, “Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgericht”, en AA.Vv., *Perméabilité des ordres juridiques*, Schulthess, Zürich, 1992, p. 141 ss.). Señalamos que el contenido sustancial del derecho extranjero prevalece más que sus efectos prácticos dentro de la jurisprudencia que alude al derecho comparado. Cfr. al respecto U. DROBNIG, “The Use of Comparative Law by Courts”, cit., p. 17, donde se cita una decisión del *Bundesverfassungsgericht* en sentido contrario. La praxis belga parece prestar más atención a los efectos.

fuente subordinada, o cuando resuelve conflictos de competencia entre normas de distintos ordenamientos sobre la base de una *lex superior*. Se trata entonces de un monólogo, pero no sucede así cuando el juez, sea nacional o internacional (e europeo), no está obligado a citar y a usar material de un ordenamiento distinto; en resumen, cuando la circulación es horizontal (así por ej.: entre la Corte interamericana y las Cortes europeas), o cuando una Corte usa el derecho extranjero porque *quiere* y no porque *debe*⁷⁷.

Para negar que existe “diálogo”, sería útil emplear otros elementos, en particular, demostrar que las Cortes “importantes”, o que sirven como “modelo”, son las únicas citadas por las Cortes de los países “receptores”, y que en sentido contrario no existe ningún efecto de retorno de éstas sobre aquellas. Solo el análisis empírico, estadísticamente demostrable, puede testimoniar que las cosas son verdaderamente así.

Los cultores del derecho privado comparado, quienes están consolidados por una fuerte tradición, han dedicado diversos ensayos, libros, artículos, reseñas, notas y convenios a la «utilización complementaria del derecho extra-estatal»⁷⁸, y, particularmente al uso de las sentencias extranjeras en la jurisprudencia.

Los estudios sobre derecho extranjero en la jurisprudencia, que han sido desarrollados por los cultores del derecho privado, insisten sobre el comportamiento de las cortes y los tribunales ordinarios, los cuales, solo en parte (es decir, en los ordenamientos de *common law* y mixtos y donde la Corte Suprema se juez de constitucionalidad) también tienen que afrontar los problemas de constitucionalidad. Los resultados alcanzados atestiguan

⁷⁷ Sobre diferencias véase la Constitución de Sudáfrica, donde coexiste una abertura hacia el derecho internacional y extranjero como instrumentos interpretativos de la Carta de los derechos formulados en estos términos: el Ch. 2, s. 36, y espec. s. 39, afirma que al interpretar el *Bill of Rights* cada Corte, Tribunal o forum «(b) must consider international law», y «(c) may consider foreign law».

⁷⁸ Acerca de esta terminología, v. A. SOMMA, “Le corti italiane e l’uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario”, en AA.Vv., *L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, cit., p. 25 ss. Acerca de la finalidad del uso, M. TARUFFO, “The Use of Comparative Law by Courts”, en AA.Vv., *Italian Reports to the XIVth Congress of Comparative Law*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 51 ss.

que: las cortes de *common law*⁷⁹ y mixtas⁸⁰ utilizan bastante el argumento comparado; se ha emprendido una evolución alternativa en otros ordenamientos la cual ha sido explicada con razones disparatadas, pues se han apoyado, preponderantemente, en razones de orden histórico-cultural⁸¹; se ha asistido a una progresiva expansión de las citas extra-estatales en todos los ordenamientos.

Semejantes investigaciones son de gran utilidad para los comparatistas que se encauzan hacia el derecho constitucional y público, pues excavan en las raíces de los comportamientos culturales que justifican la apertura hacia el derecho extranjero, realizan reconstrucciones históricas y confrontaciones al igual que construyen modelos. En los últimos años, también los constitucionalistas han estudiado el uso del derecho comparado por parte de Cortes y Tribunales Constitucionales⁸². En los Estados Unidos,

⁷⁹ En particular, véase los siguientes ensayos, los cuales se encuentran en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, cit.: J. CHEN, "The Use of Comparative Law by Courts: Australian Courts at the Crossroads", p. 25 ss.; H.P. GLENN, "The Use of Comparative Courts by Law Courts in Canada", p. 59 ss.; P. VIAU, "L'Utilisation du droit comparé par les Tribunaux – Rapport Canadien", p. 79 ss.; U. DROBNIG, "The Use of Foreign Law by German Courts", p. 127 ss.; E. ÖRÜCÜ, "Comparative Law in British Courts", p. 253; D.S. CLARCK, "The Use of Comparative Law by American Courts", p. 297 ss.; A.A. LEVASSEUR, "The Use of Comparative Courts by Courts", p. 315 ss.

⁸⁰ Una vez más en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, cit., v. R. SANILEVICI, "The Use of Comparative Law by Israeli Courts", p. 197 ss.

⁸¹ Cfr. en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, cit., los ensayos de P. AGALLOPOULOU, C. DELIYANNI-DIMITRAKOU, "L'Utilisation du droit comparé par les Tribunaux Helléniques", p. 149 ss.; H.E. SIGURBJRNSSON, "Application of a Comparative Method by Icelandic Courts", p. 197 ss.; K. NISHINO, "The Use of Foreign Law by Courts in Japan", p. 223 ss.; M. ELVINGER, "Le recours, par les juridictions luxembourgeoises, aux techniques de droit comparé dans l'interprétation et l'application du droit luxembourgeois", p. 231 ss.; S. VAN ERP, "The Use of Comparative Law Method by the Judiciary – Dutch National Report", p. 235 ss.

Sobre las raíces históricas que condicionan el comportamiento de los jueces, véase dentro de la inmensa literatura, por lo menos P.G. MONATERI, *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino, 1997, espec. p. 29 ss.; acerca de la formación de los operadores jurídicos en los Estados Unidos, v. sintéticamente J. CUETO RUA, *El "common law". Su estructura normativa – su enseñanza*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1957, p. 289 ss. En general, U. MATTEI, *Il modello di common law*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2004, espec. p. 27 ss. y 69 ss., y R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, cit., *passim* (e *ivi*, p. 135 de la edición italiana, apuntes sobre la aversión, madurada en Inglaterra como en Francia, por parte de los respectivos pueblos hacia los juristas).

⁸² G.F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Esi, Napoli, 2006, y por la bibliografía *ivi*, p. 477 ss.; L. PEGORARO, "L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana"; *Id.*, *La Corte costituzio-*

algunos autores han llegado a afirmar que la atención hacia el derecho extranjero puede distraer a los jueces de la comprensión del derecho interno⁸³. La visión *narrow minded* de la corriente originalista americana (que con flagrante contradicción pretende que los derechos defendidos por su Constitución sean “universales”) es desmentida por la praxis de numerosos Tribunales⁸⁴.

nale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica, Clueb, Bologna, 2006; Id., “La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80”, en *Quad. cost.*, n. 3, 1987, p. 601 ss.; L. PEGORARO, P. DAMIANI, “Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 1999, p. 411 ss., trad. ingl. “Comparative Law in the Judgments of Constitutional Courts”, en A. M. RABELLO, A. ZANOTTI (eds), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 131 ss., trad. esp. “El Derecho comparado en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales”, en *Rev. jur. Castilla-La Mancha*, 1999, n. 26, p. 209 ss. y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., pp. 145 ss. Además N.P. SAGÜES, “El recurso al derecho y al intérprete externo en la interpretación e integración de la Constitución nacional”, en AA.Vv., *Memoria del X Congreso iberoamericano de Derecho constitucional*, Inst. Iberoam. de Der. Const. et al., Lima, 2009, I, p. 95 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit.; A.M. SLAUGHTER, “A global community of Courts”, en *Harvard L.R.*, n. 1 (44), 2003, p. 191 ss.

⁸³ C.N. LLEWELLYN, “Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules of Canons About Statutes Are To Be Construed”, en *Vanderbilt L.R.*, n. 3, 1950, p. 395. El tema, como todos saben (porque la polémica ha sido registrada por los estudiosos en todas partes, más allá de su efectivo interés), ha representado el objeto de una violenta controversia entre los jueces Brewer —favorable— y Scalia, que en nombre del originalismo de la Constitución estadounidense demoniza el derecho extranjero. Las repercusiones son importantes incluso a nivel parlamentario, con propuestas de prohibir expresamente las referencias al derecho comparado [Senate 520 (2005), House of Representatives 1070 (2005)]. Al contrario para sostener la tesis de que el uso de derecho comparado representa un “método universal de interpretación”, se expresa K. ZWIEGERT, “Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode”, in (*Rabels*) *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, n. 15, 1949-50, p. 5 ss. Afirma M. REIMANN, “The End of Comparative Law as an Autonomous Subject”, en *Tulane eur. and civil law forum*, n. 11, 1996, p. 53, que algunos causes de la formulación estadounidense sobre el derecho comparado «lie in the intellectual and cultural predisposition of the majority of American lawyers, as is widely known and much bemoaned. Among them are parochialism, belief in the superiority of the American Way (i.e., arrogance), the lack of language skills, etc.». Otro ejemplo es aquel de L. EPSTEIN, J. KNIGHT, “Constitutional Borrowing and Nonborrowing”, en *I. Con.*, n. 2, 2003, p. 196 ss., que tratando el tema de los trasplantes desde una perspectiva general (Este de Europa-occidente), no renuncia a dedicar varias páginas a la polémica entre Brewer y Scalia.

⁸⁴ T.L. GROVE, “The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation”, en *Harvard L.R.*, n. 114, 2001, p. 2064, observa que «The U.S. Supreme Court has been notably absent from the international judicial

El hecho de que, dentro del área de *common law*, los jueces recurran al derecho comparado más que los colegas de *civil law* es una constatación difusa por parte de los comparatistas-privatistas⁸⁵, que explican el fenómeno apoyándose en la sustancial irrelevancia de las barreras lingüísticas⁸⁶,

dialogue. Even as its opinions are cited by constitutional courts all over the world, the U.S. Supreme Court continues to look inward».

El análisis de los constitucionalistas demuestran que el *Conseil constitutionnel* francés se apoya en los argumentos comparados menos que la *Corte costituzionale italiana*, el Tribunal Constitucional español y la *Cour d'Arbitrage* (ahora *constitutionnelle*) belga, por no decir que se apoya menos en la comparación que las cortes restantes, bien sean de *common law* o bien sean expresión de los sistemas mixtos. Asimismo se incluye a la Corte estadounidense, al *Bundesverfassungsgericht* alemán y al Tribunal federal suizo, por citar algunos de los tribunales especializados de los ordenamientos que gozan de una democracia estabilizada. También otras cortes o tribunales constitucionales han realizado apelaciones bastante importantes en relación al derecho comparado, inclusive los países de la Europa del Este [ver varios ensayos en G.F. FERRARI, A. GAMBARO (eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit.]; en particular, sobre las referencias extra-estatales del *Bundesverfassungsgericht* alemán v. además A. WEBER, "The Role of Comparative Law in Civil Liberties Jurisprudence of the German Courts", en A. DE MESTRAL *et al.* (eds) *The limitation of human rights in comparative constitutional law – La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Éditions Yvon Blais, Cowansville (Québec), 1986, p. 525 ss. Acerca del *gap* que se encuentra en las citas de los tribunales ordinarios («extremely poor» dentro de la esfera privatista, y casualmente en la penalista), y respecto a las apelaciones comparadas por parte del *Bundesverfassungsgericht* («almost only on the top»), v. U. DROBNIG, "The Use of Foreign Law by German Courts", cit., p. 140 s. Sobre el Tribunal suizo cfr. G. WALTER, "L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica: il caso della Svizzera", en AA.Vv., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, cit., p. 47 ss y espec. p. 48 s., donde el autor recuerda que las cortes evocadas con mayor frecuencia son el Tribunal constitucional y la Corte suprema alemana.

⁸⁵ U. DROBNIG, "The Use of Comparative Law by Courts", cit., p. 12 s., además de todos los autores de los Países de *common law* (Australia, Canadá, Reino Unido, Estados Unidos) cuyas contribuciones aparecen en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, cit., *passim*. Además, A. SOMMA, "Le corti italiane e l'uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario", cit., p. 31 s. e *ivi* ulteriores referencias a la doctrina. Adde A.S. ZUCKERMAN, "The sensitivity of English courts to the jurisprudence of other States within the European union", en AA.Vv., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, cit., p. 61 ss. Señalan M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE, "Intent on making mischief: seven ways of using comparative law", cit., p. 25: «Across the national borders dividing the Commonwealth, the seamless nature of the common law, from its origins in English law, through its permutations across to former colonies and beyond, provided a reason and justification for courts to look to each other's jurisprudence, exchange solutions and thereby create a network of persuasive authority».

⁸⁶ Resalta que están aventajados los ordenamientos en los cuales se utilizan lenguas difusas A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*,

o en el rol político y cultural que ha asumido la praxis aplicativa, porque los jueces están «acostumbrados a ejercitar concientemente el role de protagonistas en la evolución de los ordenamientos»⁸⁷. Igualmente, ha sido subrayado que existe una mayor propensión a usar la comparación en los ordenamientos de dimensiones reducidas (empero, el ordenamiento belga desmiente la propia tendencia de la jurisdicción ordinaria, la cual ha sido señalada por la doctrina⁸⁸), en los ordenamientos donde conviven más sistemas⁸⁹, en los que son “democráticamente jóvenes”⁹⁰, o en los multiculturales como Suiza⁹¹. Dentro de estos últimos —además de Canadá, se incluye a Israel y a Sudáfrica— la jurisprudencia constitucional contiene ricas citas comparativas, la cual no sólo presta atención a las sentencias de *common law* invocadas como precedentes sino también a la legislación y a la doctrina, sea anglófona o sea de cualquier otra procedencia⁹².

cit., p. 58. Acerca de la importancia de la lengua también insisten B. MARKESINIS, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publ., Oxford-Portland, 2003, trad. it., *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 99 ss.; É ZOLLER, “Qu’est-ce que faire du droit constitutionnel comparé?”, en *Droits*, 2000, n. 32, p. 131; M.-C. PONTTHOREAU, “Le recours à ‘l’argument de droit comparé’ par le juge constitutionnel”, cit., pp. 172 y 180.

⁸⁷ A. SOMMA, *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 273. En general, sin embargo, las justificaciones se fundamentan en la íntegra diferencia que existe entre las sentencias de *common law* y las sentencias de *civil law*. (Sobre esta diferencia, el primer supuesto se vincula a las discusiones de *rationes y opiniones* que justifican en cada caso la racionalidad de la elección que ha sido adoptada, v. al respecto P.G. MONATERI, *Pensare il diritto civile* reimpresión., Giappichelli, Torino, 1997, p. 63.)

⁸⁸ H. KÖTZ, “Der Bundesgerichtshof un die Rechtsvergleichung”, en *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. II, Beck, München, 2000, p. 873.

⁸⁹ U. DROBNIG, *The Use of Comparative Law by Courts*, cit., p. 13; G. ALPA, *L’arte di giudicare*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 42 ss.

⁹⁰ ... como por ejemplo, Hungría y Sudáfrica: cfr. M.-C. PONTTHOREAU, “Le recours à «l’argument de droit comparé» par le juge constitutionnel”, cit., p. 182, y C. DUPRÉ, *Importing the Law in Post-Communism Transitions*, Hart Publishing, Oxford 2003, *passim*; A. RINELLA, “La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia”, en G.F. FERRARI, A. GAMBARO (eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., p. 379 ss.

⁹¹ Vid. G. WALTER, “L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica: il caso della Svizzera”, cit., p. 49; S. GEROTTO, “L’uso della comparazione nella giurisprudenza del Tribunale federale svizzero”, en G.F. FERRARI, A. GAMBARO (eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., p. 281 ss.

⁹² Sobre la circunstancia de que (todas) «las Cortes constitucionales de hoy dan indirectamente vida a un dialogo cerrado acerca de las cuestiones de particular actualidad e importancia (...), influenciándose recíprocamente (y suscitando el fenómeno de la

La tendencia a utilizar el derecho comparado por parte de los países exportadores de modelos no es menor con respecto a los Países importadores, los cuales, en teoría, son los primeros, que prestan atención a la experiencia extranjera. Sin embargo esta aseveración tiene que ser demostrada: Francia, país “exportador”, se apoya muy poco en la comparación, mientras los Estados Unidos la utilizan bastante, a diferencia de Italia, Bélgica y España, los cuales son Países receptores de modelos⁹³. Por otra parte, dentro del área de *common law* y del área mixta, Canadá, Israel y Sudáfrica importan en el *reasoning* de sus jueces tanto los modelos como el resultado de los estudios de derecho comparado — las clasificaciones, las definiciones, etc.-.

Las reconstrucciones constitucional-comparatistas son de utilidad para que las Cortes elijan con conocimiento de causa tanto las referencias específicas como las categorías generales. La subsunción de un caso en una categoría general es, en efecto, un argumento clásico del derecho comparado, que favorece la intención de resaltar elementos diferentes o analógicos. La referencia a un modelo comporta consecuencias prescriptivas, y la percepción de que una determinada disciplina (como la que es objeto de juicio) sea conforme o disconforme en relación a la clasificación otorgada representa un “fuerte” argumento para desarrollar la comparación⁹⁴.

Con mayor frecuencia de los jueces ordinarios, las cortes constitucionales deberían invocar, tanto el derecho comparado (los resultados de la doctrina) como la jurisprudencia de otros jueces constitucionales. Al contrario, existe doquiera un *continuum* cuantitativo y cualitativo en la utilización de las referencias extra-estatales. En los ordenamientos donde los jueces comunes utilizan bastante las referencias comparadas, igualmente

conocida “cross fertilization” y de las “reciprocal influences”)» v. G. WALTER, “L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica: il caso della Svizzera”, cit., p. 49.

⁹³ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 256 ss.; A. GAMBARO, “Il diritto comparato nella aule di giustizia ed immediati dintorni”, en AA.VV., *L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, cit., p. 8; A. SOMMA, *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 66.

⁹⁴ Por M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE, “Intent on making mischief: seven ways of using comparative law”, cit., p. 50, «Comparative law can be used in the following cases: (1) to provide support for a rule or an outcome; (2) for normative models in comparative law where national law is undetermined; (3) to review factual assumptions about the consequences of legal rules; (4) to review assumptions about the universal applicability of a particular rule; (5) to overturn authority in domestic law; (6) to develop principles of domestic law; and (7) to resolve problems of the application of European and international law, including European Human Rights law».

los jueces constitucionales se apoyan en ella. Empero, en los ordenamientos donde los jueces de legitimidad y de merito son reacios a indagar sobre las soluciones ajenas, las cortes constitucionales también siguen el mismo camino. La continuidad se percibe vistosamente en los sistemas donde la corte suprema es un órgano del poder judicial, y por tanto el juicio de último grado se confunde con el juicio de constitucionalidad (a pesar de que existe la tendencia hacia la especialización por parte de la corte suprema).

En otras palabras, por un lado, se confirma la transferencia de estilos desde los *reasoning* de los jueces ordinarios hacia los *reasoning* de los jueces constitucionales, inclusive el belga y el francés, aunque su extracción ostente un matiz marcadamente político y el procedimiento de control de constitucionalidad se inserte dentro del procedimiento de aprobación de las leyes, y por otro lado, se atestigua la importancia del formante cultural respecto a los otros. Con independencia de otros elementos, los cuales caracterizan la jurisdicción constitucional (extensión del parámetro, “politización” de la elección o nombramiento de los magistrados, la exigencia de efectuar el juicio de ponderación, etc.), sin embargo, lo que sella la diferencia entre ordenamiento y ordenamiento, verdaderamente, es el hábito mental, el uso más o menos consolidado de la comparación dentro de la costumbre de los jueces⁹⁵.

¿Pero, verdaderamente, las únicas cortes citadas son aquellas consideradas “modelos”, como por ejemplo las de los Estados Unidos o de Alemania?

Por razones de espacio, no se pueden exponer en esta sede las estadísticas (que están todavía en proceso) que hasta este momento he recopilado. Pero, al menos, puedo sintéticamente señalar algunos de los datos que han salido a la luz.

En primer lugar, al menos, a nivel de jurisprudencia constitucional, en los sistemas de *common law* (y mixtos) respecto a las citas de derecho extranjero no se observa una prevalencia de las Cortes inglesas respecto de

⁹⁵ El derecho comparado —nos recuerda G. ALPA, “L’Arcadia del comparatista. Un saggio di storia e di metodo”, ubicado en la introducción de B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, cit., p. XVI— «no es un juego para confinar en los museos académicos, pues absorbe tareas de naturaleza social. Está expuesto al mundo de los operadores, los legisladores, los profesionales, los clientes, y sobre todo los jueces los cuales deben escoger la opción, y para hacer esto deben estar asistidos, orientados, anticipados, y también tienen que tomar en consideración lo que sucede en otras experiencias diversas a las suyas propias. A esta nueva realidad no se puede adaptar el viejo método de la comparación, que privilegia el modelo nacional de pertenencia, con alguna incursión hacia el exterior».

las otras. La causa se podría encontrar en la ausencia de una jurisdicción especializada en la antigua madre patria, aunque ni siquiera la Corte Suprema estadounidense tiene un papel particularmente privilegiado. En sentido contrario, no es inusual encontrar sentencias de Israel que citan Chipre, o sentencias sudafricanas que citan a India o Canadá, pero también sentencias canadienses que miran más allá del vecino que está al Sur. Las citas encontradas guardan relación con leyes, sentencias, doctrina.

Esto es cierto también para la América latina, donde los referentes utilizados son tanto (recíprocamente) del área latina, como de la experiencia estadounidense, canadiense y europea (con alguna invasión en otros países).

En otro contexto clasificatorio, en cambio es cierto que la jurisprudencia estadounidense y europea occidental, frecuentemente, no hace referencia a universos fuera del suyo propio (con algunas esporádicas excepciones). Con las precisiones vistas *supra*, prevalentemente las referencias se encuentran dentro de esta área, con una cierta primacía del Derecho alemán (tanto en términos de soluciones legislativas como en términos de jurisprudencia, como de doctrina).

También es cierto que, normalmente, las *new entries* del Este de Europa en el *club* de la liberal democracia toman como referencia las experiencias consolidadas (pero no ocurre lo mismo en sentido contrario), y esto me parece imputable a la ausencia de un consolidado *back-ground* jurisprudencial del cual extraer nuevas experiencias.

No existen, por cuanto está en mi conocimiento, datos relativos al uso de la comparación, por parte de las Cortes, en el área africana y asiática, y tampoco de la que está a cargo de la antigua Unión Soviética (áreas altamente heterogéneas desde el punto de vista cultural y de cultura jurídica).

La circulación del Derecho por vía jurisprudencial, especialmente sobre algunos temas al menos parcialmente homogéneos en el constitucionalismo, tienden a hacer referencia a los modelos hegemónicos, pero no desprecian las referencias transversales, ni carecen por completo de acertamientos cautelosos de las Cortes *leader* sobre la jurisprudencia innovadora de países emergentes, como Sudáfrica.

Aunque la convicción de autosuficiencia permanece arraigada en las Cortes occidentales, que en sintonía con las visiones predominantes resuelven en globalización la imposición de modelos (especialmente los estadounidenses, aunque no solo), no me parece adecuado no emplear la palabra "diálogo" para definir este perfil de la circulación del Derecho.

La posición del *pater familias* en una comunidad familiar no significa ausencia de diálogo, sino solo prevalencia de una voz, que la emancipación de los hijos, o lo *Schlusseemacht* —el poder de administración de la casa— puede aminorar, dando equilibrio a las relaciones, en espera de una evolución posterior hacia la potestad compartida.

VI. EL OBJETO PRIVILEGIADO DEL DIÁLOGO: LOS DERECHOS

Debido a la ampliación de las fronteras de la Ley, de la jurisprudencia y de la doctrina y como consecuencia del fenómeno de la globalización y a los nuevos retos a los que nos enfrentamos, el diálogo entre las Cortes aporta algunos problemas, mientras que otros se disuelven cuando el diálogo es en materia de derechos. Los problemas del derecho comparado en el tratamiento jurisprudencial de los derechos son incluso más delicados de los que se encuentran en otros campos; sin embargo, excluyendo de los casos de conflictos entre derechos individuales y derechos culturales (como los de los pueblos indígenas), la jurisprudencia de las Cortes internacionales y de las nacionales lo tienen uniformados en cuanto al sentido, y al nivel de las diferencias, apoyándose tanto en la doctrina, como en la filosofía para los caos más comunes. Esto pone de manifiesto la circulación de las soluciones compartidas (y por tanto, las referencias a jurisprudencia extranjera), aunque con gruesos riesgos de malvadas ideas y de “trasplantes” infructuosos o dañinos para el ordenamiento receptor.

Los problemas para las Cortes se relacionan con la vaguedad de la palabra —“derechos” subjetivos— empleada en el lenguaje jurídico (y común) de occidente, para ser aplicada a sistemas, familias y *comunidades* (como las autóctonas), donde por el razones jurídico-culturales no pueden tener sentido análogo. Estamos en presencia, quizás, del caso más flagrante de un vago y polisémico uso de una palabra importante en el derecho constitucional moderno⁹⁶. Están implicadas las doctrinas de distintos ordena-

⁹⁶ Reenvío a mi artículo “Direito constitucional comparado y uso conotativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham)”, en *Rev. brasil. est. const. – RBEC*, n. 12, 2009, p. 93 ss., trad. esp. “Derecho Constitucional Comparado y uso connotativo de la palabra “derechos” (y de los adjetivos que la acompañan)”, en *An. iberoamer. der. const.*, n. 14, 2010, p. 347 ss. y en L. GONZÁLEZ PLACENCIA, J. MORALES SÁNCHEZ (eds), *Derechos Humanos en perspectiva: actualidad y desafíos en el siglo XXI*, Fontamara, México, 2012, p. 39 ss. Véase O. PFERSMANN, “Le droit comparé comme interprétation et comme théo-

mientos, tanto del derecho europeo como del internacional. Un mal uso de la palabra determina una degeneración de la misma en el mundo jurídico, como en aquel de la cultura política (nacional o internacional), de la geopolítica, de la economía⁹⁷.

Razonar científicamente sobre los “derechos” desde una óptica interna es menos complejo que razonar sobre otros referentes (objetos) del lenguaje jurídico (como “federalismo”, o también “control político”⁹⁸), principalmente porque la base común de estudio y de aceptación del contenido de la palabra es mucho más amplia de lo que lo es respecto a otras categorías. (Hay un léxico común internacional, y también universal, por lo menos en las acepciones que le dan los tratados.)

Sin embargo los condicionantes de la cultura jurídica de pertenencia se hacen patentes. Esto es una consecuencia directa de las relaciones entre los distintos formantes. En la construcción de un ordenamiento nacional, el legislador está influenciado por la doctrina. Y cuando interpretan el sistema normativo propio, el juez y el estudioso nacional, ya se muevan desde el formante normativo estudiado, ya se mueven desde la doctrina inspiradora, tenderán a extraer un juicio de coherencia entre el esquema y las medidas adoptadas por el legislador y los principios inspiradores de la doctrina de referencia. En el campo de los derechos, al contrario que en otros, el “*primo noto*” (el derecho de pertenencia) tiende a ser supranacional, de “área cultural”. Para definir los “derechos” el investigador se apoyará sobre elaboraciones de área más amplia, sobre un “patrimonio cultural común” a investigadores (y a sistemas jurídicos) del mundo occidental (a pesar de sufrir la influencia del derecho interno). Se presupone que los derechos tienen una sola *Grundnorm* (según lo cual la comparación sería más fácil).

rie du droit”, cit., p. 286: «La science du droit dira que les ‘human rights’ sont ceux qui sont définis comme tels dans le statute ‘Human Rights Act’ dans l’ordre juridique du Royaume-Uni; le droit comparé interprétera ces human rights comme des libertés publiques ou des droits subjectifs protégés par le législateur contre des violations résultant de normes infra-législatives par la voie de recours juridictionnels ou par d’autres concepts généraux que l’on jugera plus fins».

⁹⁷ Observan que los estudiosos de los derechos humanos dedican escasísima atención a los problemas metodológicos. A.P.M. COOMANS, F. GRÜNFELD, M.T. KAMMINGA, “Methods of Human Rights Research: A Primer”, en *Hum. rights quart.*, n. 32, 2010, p. 180 ss.

⁹⁸ Reenvío para profundizar, a mi estudio “Semántica de ‘control político’ (elementos reconstructivos para un análisis comparado)”, en J.L. PRADO MAILLARD (ed.), *El control político en el Derecho Comparado*, Comares, Granada, 2010, p. 137 ss.

Sin embargo la influencia de desarrollos diferenciados entre macroáreas culturales impide razonar desde un *idem sentire* y elaborar una definición completamente compartida incluso entre los estudiosos nacionales de un mismo e idéntico ordenamiento. A su vez, el entrelazado de formantes contribuye a complicar el juego hasta el infinito, con influencias recíprocas de nuevas elaboraciones doctrinales y nuevas soluciones normativas y jurisprudenciales, que se influyen una a la otra⁹⁹. Por otra parte, el pluralismo definitorio y clasificatorio —dentro de cualquier ordenamiento (o área)— es dilatado por la pluralidad de los acercamientos empleados: el relieve dado a las ciencias no jurídicas en la definición y clasificación, la predilección por perspectivas estructurales o funcionales, la consideración por el hecho textual o por la actuación practica... Se pueden, de esta forma, encontrar diferencias de planteamiento (y por tanto también de definiciones y de clasificaciones de “derechos”): a) dentro de cualquier ordenamiento; b) y a mayor escala, entre estudiosos continentales europeos, británicos y estadounidenses.

Se evidencia pues, que, en algunos contextos lingüísticos, la palabra “derechos” es a veces fungible con otra igualmente impregnada de connotaciones positivas (“libertad”), y no resulta infrecuente, como en los lenguajes y metodologías del derecho italiano y español, que los dos términos figuren en *endiadis* (“derechos y libertades”) sin que a menudo se clarifique el significado, o sentido, en el cual los dos fragmentos lingüísticos son utilizados, salvo que se considere el segundo de ellos en términos de “facultad» (*“faculties”*), como en Hart¹⁰⁰.

Una última precisión: no siempre, en el formante normativo, una situación jurídica de favor viene indicada con un sustantivo, al cual corresponde un preciso *nomen iuris* (derecho, poder, facultad, interés legítimo, etc.) acompañado eventualmente de una calificación (cívico, político, humano, social, fundamental, etc.). A veces, de hecho, la aserción que un sujeto tiene a un derecho viene determinada a través de conexiones entre fragmentos de normas; frecuentemente, las fórmulas utilizadas son del tipo «nadie

⁹⁹ Basta pensar en la distinción entre situaciones jurídicas subjetivas protegidas en modo directo y aquellas protegidas de manera mediata, fruto de elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales, después recibidas (pero solo en algunos ordenamientos) a nivel normativo, o bien en la distinción entre *procedural rights* y *substantive rights* formulada en las cortes y por los juristas anglosajones y especialmente por los constitucionalistas estadounidenses.

¹⁰⁰ H.L.A. HART, “Are there any Natural Rights?”, in *Phil. rev.*, n. 64, 1955, p. 175 ss.; al respecto véase también A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958, cap. VI.

puede ser privado del juez asignado por las leyes», o «ninguna pena puede ser dada si no es en base a las leyes», o «el secreto de la correspondencia es inviolable», o similares. Incluso: a veces se utiliza el “definidor básico” de “derecho”, es decir “deber”, como donde estuviese escrito: «es un deber del Estado asegurar una instrucción adecuada a todos los ciudadanos». En este caso, compete a la doctrina y a la jurisprudencia cualificar la situación protegida como derecho, individualizar —donde ocurra— las correspondientes situaciones jurídicas desfavorables (deberes, obligaciones) determinar si el “derecho” en cuestión está adscrito a una particular tipología y extraer las consecuencias en cuanto al nivel de protección y tutela, la eficacia inmediata (o menos) etc.

La imprecisión con la cual el término es frecuentemente usado por los constitucionalistas denuncia la confusión del lenguaje técnico con el común.

Presuponer derechos innatos, adscribirles un valor universal, sea tanto sincrónicamente como diacrónicamente, e incluso buscarlos en los improbables “núcleos duros”, válidos más allá de las prescripciones normativas o jurisprudenciales de cada ordenamiento en cada época histórica, supone precisamente traducir la idea común que de “derechos” tiene el profano, influenciado por la cultura de una sociedad específica, dentro de una estructura científica en la cual la *pretensión* o el *interés* por la tutela de una posición subjetiva equivale a su efectiva protección en cada ordenamiento¹⁰¹.

Por otro lado, es cierto que el uso de la palabra “derechos” en este sentido los empuja hacia la positivización subjetiva, contribuye a «influir el derecho positivo a favor de clases de sujetos»¹⁰².

¹⁰¹ Por ej., según R. GARGANELLA, C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Cepal, Santiago de Chile, 2009, p. 11, una de las principales preocupaciones de las nuevas Constituciones latinoamericanas es solucionar el problema de la desigualdad social.

¹⁰² V. U. SCARPELLI, “Diritti positivi, diritti umani: un’analisi semiotica”, en S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (eds), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, p. 39. Si el inmigrante reivindica el derecho a la asistencia médica diciendo «tengo derecho a curarme sin correr el riesgo de ser denunciado», o el homosexual afirma que tiene derecho a vivir su propia sexualidad y a casarse como cualquier otra persona, en realidad están declarando justamente lo contrario, es decir que no ostentan dicho derecho. Manifiestan pretensiones de ventaja no reconocidas, en nombre de una cultura/sociedad que parece ya madura y preparada para ampliar la esfera de reconocimiento. De hecho podrán hacerlo solo si este es el presupuesto. En otros climas y otros lugares y en otros tiempos, probablemente ni siquiera se hubiese soñado plantear tales reivindicaciones.

Los estudiosos de formación ius-naturalista e idealista, como la jurisprudencia, le dan cuerpo con sus teorías a tales reivindicaciones, que parten de la historia, de la geografía, de la política, de la sociología, de la economía, sirviendo como base para reivindicaciones de “derechos”, los cuales no existen en sentido positivo, afinados en un ordenamiento ideal, que todavía, ¡ay de mí!, son en realidad hijos de particulares influjos culturales, generados por la larga y fatigosa historia de las luchas y las doctrinas políticas occidentales que los han acompañado. No existen en sentido positivo, al menos hasta que el legislador o las cortes, recurriendo también a otras experiencias, sancionan su exigibilidad.

Para entender las diferencias, y sobretudo para reconocer visiones distintas de las relaciones entre el hombre y la sociedad, un *diálogo* jurisprudencial bidireccional (no por tanto un monólogo desde el occidente hacia otras culturas distintas) puede acudir a la positivación de tales reivindicaciones¹⁰³.

VII. CONCLUSIONES: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

La globalización — vocablo particularmente ambiguo¹⁰⁴ — no es sólo un fenómeno económico, y comprende o implica múltiples facetas jurídicas: «el *crecimiento* constante del listado universal de los derechos mediante interacciones recíprocas de las sucesivas declaraciones de derechos [...]; la revisión de la idea de *soberanía nacional* [...]; una suerte de nuevo *Derecho de gentes* (*law of nations, ius gentium*) [...]; una estrategia de *prevención de las*

¹⁰³ «Le pluralisme et le relativisme: tels sont les premiers enseignements qu'un cours de droit comparé doit dispenser» – ci ricorda B. FAUVARQUE-COSSON, “L'enseignement du droit comparé”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2002, p. 308, quien añade: «Il est essentiel que les étudiants découvrent d'autres systèmes juridiques et d'autres manières de penser le droit. Ainsi feront-ils l'expérience de la variété et de la contingence du droit; ainsi apprendront-ils la tolérance à l'égard d'autres cultures; ainsi développeront-ils le recul nécessaire pour mieux comprendre leur propre système juridique. L'étonnement nourrira la critique; celle-ci ne peut plus se fonder exclusivement sur la comparaison entre deux, trois ou même plusieurs systèmes juridiques nationaux. Elle doit aussi prendre appui sur les sources de droit internationales, transnationales, supranationales; à défaut, la vision serait tronquée et la critique faussée car toutes ces sources font désormais partie des systèmes juridiques».

¹⁰⁴ Lo ricorda A. BARICCO, *Next. Sobre la globalización y el mundo que viene*, Anagrama, Barcelona, 2002.

violaciones de derechos mediante diversas organizaciones supranacionales [...]; se reclama incluso por algunos autores una “*dimensión transnacional del Derecho Procesal Constitucional*” [...]»¹⁰⁵; a ella se asocia una globalización cultural. Sin embargo, los diferentes “formantes” no viajan normalmente a la misma velocidad. Sobre todo, la economía es rápida; el derecho, lento; la cultura, lentísima; y cuando, para seguir a la economía, el derecho humilla a las culturas ajenas, las recepciones son bastante difíciles.

El tema relativo a la muerte del derecho comparado en el mundo globalizado, presupuesto por las visiones de Fukuyama¹⁰⁶, es un *refrain* común¹⁰⁷: el riesgo que se teme es que la globalización extinga las diferencias, y que, por este motivo, la ciencia comparada esté destinada a morir, como más de uno imagina, poniendo de relieve una presunta irrelevancia de frente a fenómenos como la globalización, la conexión de la convergencia trans-

¹⁰⁵ J. GARCÍA ROJA, “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”, en *Rev. iberoam. der. proc. const.*, n. 5, 2006, p. 168 ss. Para un estudio de las causas y las opiniones al respecto, C.A. ESPINO, “El Estado constitucional y su soberanía en un mundo globalizado”, en *Memoria del X Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional*, cit., I, p. 713 ss., e J.E. ROMERO, “Soberanía y globalización en las Constituciones”, *ivi*, p. 821 ss.; R. ARNOLD, “Identidad constitucional y poder supranacional: relativización de soberanía estatal en integración europea”, y F. BALAGUER CALLEJÓN, “Derecho constitucional e integración supranacional en el contexto de la globalización”, ambos en AA.Vv., *Constitución y Democracia: Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Ed. Universitat, Madrid, 2012, I, p. 2997 ss. y 3039 ss.; F. DE SOUZA DE BRITO, “Motivações e tendências pós-modernas do direito comparado e as filosofias da globalização”, en J.M. SERNA DE LA GARZA (ed.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Unam, México, 2005, p. 421 ss., y J. RUIPÉREZ, “Estado social versus ‘aldea global’”, *ivi*, p. 453 ss.

¹⁰⁶ Parece una utopía la visión de F. FUKUYAMA, “The End of History?”, in *The National Interest*, n. 16, 1989, p. 3, che «What we may be witnessing is not just the end of the Cold War, or the passing of a particular period of post-war history, but the end of history as such: that is, the end point of mankind’s ideological evolution and the universalization of Western liberal democracy as the final form of human government».

¹⁰⁷ Cfr. M. SIEMS, “The End of Comparative Law”, en *Journ. comp. law*, n. 2(2), 2007, p. 133 ss. Y (citado por el mismo Siems) M. REIMANN, “The End of Comparative Law as an Autonomous Subject”, en *Tulane eur. and civil law forum*, n. 11, 1996, p. 49 ss. Además P. GOODRICH, “*Interstitium* and non-law”, cit., p. 213: «If there is a modus, a method and melody to the angst of comparative law, a theme that conjoins the grand and merry men of situated difference, it is that of the singular universal, the unhappy consciousness of the particular instance.1 As thus staged, the problem with comparison is not the *comparata* but rather, and this will be my thesis here, my emblem and end, it is the collapse of law. The agony of indistinction, the erasure of boundaries, the becoming virtual of borders and identities spells the universalization of comparison and the advent of non-law».

nacional, la así llamada armonización y el progresivo compartimiento de un solo derecho común¹⁰⁸. En particular, la globalización corroe la misma idea de derecho: los centros de producción jurídica se fragmentan, y esto es solo en parte mitigado por los fenómenos de concentración, como la Unión Europea¹⁰⁹; caen las barreras entre público y privado, y este último se sustrae a los imperativos de la época de Westfalia y a las reglas de un derecho internacional que vale, allí donde vale, solo para la esfera pública; las normas internacionales no están acompañadas de sanciones eficaces; la *soft-law* lo deja a discreción y abre incógnitas; los legisladores nacionales y supranacionales son incapaces de reducir a un sistema la pluralidad de las normas; está difuminada la aceptación al menos epidérmica, por parte de los sistemas jurídicos no occidentales, de principios y reglas ajenas a las bases jurídicas y culturales, y se multiplican las consecuentes fracturas entre

¹⁰⁸ Sobre el debate, véase H. MUIR WATT, “Globalization and Comparative Law”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 579 ss., la cual subraya el nexo entre papel de la comparación en el mundo globalizado y los esfuerzos para uniformizar empezados en el siglo XX, desde el Congreso de París (p. 581), preguntándose si la comparación será todavía posible en el mundo globalizado (p. 583 ss.). Véase también O. PFERSMANN, “Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit”, cit., p. 277: «S’il n’existe qu’un seul, le problème ne se pose pas, s’il en existe plusieurs, la solution proposée (un système transnational et par conséquent unique) est par hypothèse exclue», y M.M. SIEMS, “The End of Comparative Law”, cit., p. 133 ss., donde anticipa el fin del derecho comparado como disciplina académica [*contra*, C. COSTANTINI, “The iconicity of space: comparative law and the geopolitics of jurisdictions”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 230: «Comparative law is not at its intellectual end»]. Criticando leyes universales (teológicas y jurídicas), y en contraste con G. AGAMBEN —citado en la edición francesa *Le Règne et la gloire*, Seuil, Paris, 2008, p. 56 ss.— v. P. GOODRICH, “*Interstitium* and non-law”, cit., p. 225 s.: «There is a system of legality, a purportedly universal law, a mythology associated with modernity and the West that believes that God and law are unitary, One, and should logically therefore proceed *ad similia*, towards the same, as a brotherhood, identified and identifying only with and in respect of similarity and the singularity of the Cross. That is a somewhat reductive reading, and as Agamben nicely shows, the doctrine of the Trinity, of a triune deity, in fact absorbs an element of polytheism into the grand schema and penetrative mode of Christian law». Véase también el análisis de S. CASSESE, *Il diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009; ID., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

¹⁰⁹ Cuya institución, también, ha añadido una posterior nivel y varios elementos de complicación, imputables por otro lado a la vaguedad o al excesivo detalle y fragmentación de sus disposiciones, a las frecuentes antinomias internas y en la relación a los derechos nacionales, a las dificultades del multilingüismo, a la escasa estaticidad, a los problemas de justiciabilidad, etc.

los distintos formantes; ni las fuentes privadas, ni las públicas consiguen disciplinar la actividad de los actores privados en la economía global¹¹⁰.

Pero el temor a que el derecho comparado muera es probablemente infundado si solo se tiene en cuenta la oposición al cambio, generada por la resistencia de las culturas jurídicas (y de las culturas), y —con reflexiones importantes en el campo constitucional— la reivindicación de modelos de organización constitucional alternativos al occidental¹¹¹, incluyendo la recuperación de los derechos autóctonos: por ejemplo, en cuanto al cauce del Estado del Bienestar (o *Welfare State*) una reciente propuesta sugiere separar el llamado *Caring State*, identificado por la introducción de valores comunitarios tradicionales a nivel constitucional, y en el programa político, como se registra por ejemplo en el Sudáfrica, Ecuador, Bolivia, Bután¹¹². Con referencia a la cultura jurídica, como la luz de una supernova

¹¹⁰ H. MUIR WATT, “Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide”, cit., p. 270 s. y espec. p. 274: «Thus, neoliberalism requires and induces ‘désordre public’ or private-interest-driven public policy – in fact a scheme of governance that is a far cry from its liberal predecessor; but its basic tenets are made to appear to fit into a spontaneous continuum, leading as if quite naturally to the neutralization of those checks, balances and other mechanisms of self-restraint, which, in the liberal model, subordinate private interests to those of the polity».

¹¹¹ Según G. SAMUEL, “Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences”, en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publ., Portland, 2004, p. 35 ss., el *common law* está mejor preparado para recoger los retos de la complejidad respecto a las más sistemáticas ciencias del Derecho civil, en cuanto producto de una cultura a-científica. Una profunda crítica sobre el tema se encuentra en A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., parte II, cap. 2, § 3.

¹¹² S. BAGNI, “Dal Welfare State al ‘Caring State’? en ID. (ed.), *Dal Welfare State al “Caring State”*. *Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013, en proceso de impresión. *Ante litteram*, algunas peculiaridades señaladas por S. Bagni parecen coincidir en M. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Bari, 2000, p. 176 s., para el cual la asimilación de nativos, al menos formalmente pares con los conquistadores, habría favorecido el desarrollo de algunas formas, aunque débiles de pluralismo jurídico, que consentirían trazar una identidad latinoamericana. También por A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., parte II, cap. 2, § 6, «il diritto latinoamericano è peculiare rispetto al diritto occidentale in quanto si configura come commistione di tratti identificativi del secondo con elementi della tradizione indigena. Per alcuni proprio questa caratteristica autorizza a invocare lo schema del rapporto tra centro e periferia: se la modernità occidentale si definisce essenzialmente come superamento dell’elemento tradizionale o comunque premoderno, la componente indigena restituisce il livello di arretratezza del diritto latinoamericano. È invece possibile ribaltare questo schema, discutere di modernità al plurale e considerare l’intreccio tra diritto indigeno e sviluppo della democrazia e del

ardiente permanece visible, en la distancia, por millones de años, así las reconstrucciones doctrinales y los modelos por ellas creados, continúan produciendo efectos (y a ser evocados) en los formantes dinámicos (y a menudo también en el mismo formante).

Sobretudo, el eclipse de la política (y por tanto del legislador) en la economía, me parecen privilegiar, en todo el mundo, el papel de la jurisprudencia en la producción del Derecho.

Existe una crisis en la legitimación de los Gobiernos, y los Parlamentos nacionales y supranacionales, que en parte saca fuera del circuito las decisiones políticas; las decisiones legislativas son del caso concreto, las excepciones sobrepasan la regla. Pero no he venido a hablar de anomia, porque los conflictos son compuestos, y las lagunas, son llenadas por la jurisprudencia. Tanto la jurisprudencia de los sabios, como en algunos sistemas del Este o el Sur del planeta, como la jurisprudencia de los jueces, y sobretudo esta, en la solución de los singulares conflictos traza las líneas uniformes para solucionar problemas. Líneas inciertas porque la jurisprudencia no tiene un centro unificador (a excepción de, en algunos sistemas, el papel que desempeña el precedente), aunque la interacción entre cortes nacionales e internacionales intenta —aunque con mucho trabajo— suplir esta carencia.

Allí donde no sea posible hacerlo de manera autónoma, la jurisprudencia (hipótesis residual teniendo en cuenta también los sistemas orientales y del Islam), y donde el legislador no lo consiga (hipótesis más concreta), le corresponde entonces a la doctrina dar uniformidad a la fragmentación. Además de a nivel interno, esta misión se desarrolla en la dimensión transnacional. Es la doctrina la que alimenta bases comunes de la jurisprudencia constitucional en los distintos lugares del planeta, con mayor razón cuando el objetivo es la investigación de reglas y principios comunes.

Estoy de acuerdo con Claudio Luzzati cuando dice que es la doctrina el verdadero Hércules dworkiniano¹¹³: a esta corresponde leer y releer el derecho jurisprudencial (además del legislativo/constitucional), encontrar las líneas de desarrollo, las concordancias y antinomias, y en un proceso

capitalismo come il tratto distintivo della modernità latinoamericana rispetto a quella occidentale».

¹¹³ C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 59. Véase también «The foundation of the modern social order is not the executioner, but the professor», E. GELLNER, *Nations and Nationalism*, Cornell U.P., Ithaca, 1983, p. 34.

circular construir esquemas de lectura y devolverlos a la jurisprudencia. La doctrina es el guardián del legislador, y el juez de los jueces.

Con mayor razón esto es cierto en el derecho constitucional comparado: aquí la doctrina busca dar una nueva lectura global a los fenómenos, buscando los elementos unificadores. «Comparison becomes the law» —diría P. Goodrich¹¹⁴. Las nuevas teorías nacen a veces, desde lo alto, como en el neo-constitucionalismo, y no del análisis empírico. En resumen, *antes* viene la individualización de los elementos irrenunciables (dignidad, persona, procesos, derechos humanos, etc.), propuestos en clave marcadamente occidental, *después* su aplicación a los casos. La “irresistible expansión del constitucionalismo”, señalada por casi todos los estudiosos, es tal también porque la doctrina soporta la idea de la superioridad respecto a otras formas de organización constitucional (en sentido sustancial)¹¹⁵.

Hay quien dice que el Derecho constitucional es solo el occidental, y el resultado a veces es el uso como parámetro de comparación no de modelos reales (*recte*, inseparables de la realidad), sino de modelos ideales. La comparación asume entonces, una función estrictamente ética, en vez de un papel científico, ético intrínsecamente.

El desafío será entonces —más allá de la unificación o armonización formal— para aceptar y si es el caso enfatizar las diferencias, por parte de los formantes dinámicos, y analizar la disociación entre formantes, por parte de la doctrina¹¹⁶.

¹¹⁴ P. GOODRICH, “*Interstitium* and non-law”, cit., p. 229.

¹¹⁵ En general, sobre la superioridad de tal modelo de desarrollo, G. CRESPI REGHIZZI, “La comparazione giuridica estrema: L’Est europeo, l’Estremo Oriente, l’Africa e l’India”, en L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, cit., espec. p. 255 ss. Véase también H. MUIR WATT, “Globalization and Comparative Law”, cit., 579 ss.

¹¹⁶ Véase G. WATT, “Comparison as deep appreciation”, cit., p. 90: «It is true, indeed it is a truism (and one that Siems would accept), that if all nations ever reach a state of total legal identity we will have no need for comparative law scholarship, but this only goes to show that comparative law is, as it self-evidently must be, a scholarship concerned with difference. We can surely find some comfort in the fact that the closer we approach a totalitarian state of unification the more apparent will become the cultural differences between nations and the cultural interdependence of law and culture. When one hopes to press a plant into a standard sized pot, it is not at the stage of theoretical planning, nor even at the start of the practical attempt, but at the latter stages of pressing that one is most aware that the roots will not fit».

PARTE I

**EL DIÁLOGO ENTRE LAS
CORTES INTERNACIONALES
Y LOS TRIBUNALES
CONSTITUCIONALES EN MATERIA
DE DERECHOS HUMANOS EN
EUROPA**

¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática¹

ARMIN VON BOGDANDY²

INGO VENZKE³

SUMARIO: I. Planteamiento. II. La jurisdicción internacional como demanda clave. III. Problemas de justificación. 1. Interpretación y aplicación como ejercicio de autoridad. 1.1. Cognición y decisión. 1.2. El papel de los argumentos. 1.3. Legitimación en el discurso jurídico. 2. El ejercicio de autoridad pública. 3. Poder judicial sin poder legislativo funcional. 3.1. El desacoplamiento del derecho y la política parlamentaria. 3.2. El argumento constitucionalista. 3.3. La fragmentación como un problema para la democracia. IV. Elementos de estrategia de respuesta. 1. Legitimación procesal y politización. 1.1. La ineludible democracia. 1.2. Procedimientos. 1.3. Politización. 2. Independencia, imparcialidad y elección de los jueces internacionales. 2.1. La importancia de la independencia y la imparcialidad. 2.2. Elección y foro democrático. 2.3. Parlamentarismo internacional. 3. ¿Interpretación sistemática como estrategia democrática? V. El papel facilitador de los órganos estatales. VI. ¿En nombre de quién entonces?

Resumen

Las sentencias de los tribunales son epítomes de poder público. ¿Cómo fundamentan su autoridad los poderes judiciales? Muchos tribunales estatales dictan sen-

¹ Traducción al español de un artículo ya publicado en el *European Journal of International Law*: von Bogdandy y Venzke, “In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification”, en *Eur. J. Int’l L.*, núm. 23, 2012. Traducido por Carla Trujillo. Los autores agradecen la corrección y revisión de estilo de José María Serna, Ximena Soley y Mariela Morales Antoniazzi.

² Director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (MPIL), Heidelberg, Profesor en la Universidad Goethe, Frankfurt, y Presidente del Tribunal de Energía Nuclear de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Email: bogdandy@mpil.de

³ Investigador post-doctoral y Profesor en la Universidad de Amsterdam. En un principio nuestra contribución fue elaborada como una presentación en la Conferencia titulada “Obsolete Democracy? Problems and Possibilities of Democratic Self-determination in the Post-national Constellation”, dedicada a Jürgen Habermas en la celebración de su cumpleaños número 80 en el 2009. Email: i.venzke@uva.nl

tencia en el nombre del pueblo, y por lo tanto invocan la autoridad del soberano democrático, literalmente, al inicio de sus decisiones. Los tribunales internacionales, por el contrario, no mencionan en nombre de quién actúan y aplican el derecho. Esta omisión hace surgir la pregunta central de este artículo: ¿cómo se relaciona la autoridad de los tribunales internacionales con el principio democrático? En este trabajo primero se desarrolla el entendimiento que tenemos de la jurisdicción internacional, la cual entendemos como ejercicio de autoridad pública. Se pone énfasis en la asimetría que existe entre la jurisdicción internacional y la política parlamentaria, se examinan los problemas de legitimidad en la práctica de los tribunales internacionales a la luz del principio democrático, y se esboza cómo interpretar y desarrollar las normas del derecho internacional en respuesta a esta problemática. Algunas estrategias que dan respuesta al poder ejercido por medio de las decisiones judiciales, como lo son la incorporación de reformas procesales dirigidas a mejorar la participación y la transparencia, la adecuada elección de los jueces internacionales, la interpretación sistemática así como el diálogo entre tribunales, podrían coadyuvar a la legitimación de las cortes internacionales. Sugerimos que los órganos constitucionales domésticos conservan un papel central ya que alivian a los tribunales internacionales de tener que asumir toda la carga de legitimación. Finalmente afirmamos que la idea de una ciudadanía transnacional y posiblemente cosmopolita debería guiar la justificación democrática del ejercicio de autoridad pública por parte de los tribunales internacionales.

I. PLANTEAMIENTO

Jorge Carpizo siempre apoyó la idea de un poder judicial internacional. Su pensamiento en este sentido fue firme y encontró expresión sobre todo en lo concerniente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Refiriéndose a la obligación de los Estados parte de cumplir con las resoluciones de este tribunal internacional, afirmó: “responde a lógica pura: si no esa Corte de tribunal nada tendría [...]”, en caso contrario “[...] dicho sistema serviría únicamente de oropel”⁴. La lucha librada a favor de éste y otros tribunales internacionales ha rendido frutos y hoy afortunadamente podemos afirmar que sus contribuciones a la judicatura internacional son de suma relevancia. No obstante, un poder judicial internacional fuerte hace surgir nuevos temas, y en este sentido el presente estudio versa sobre la cuestión de su legitimidad democrática. Desde siempre, las sentencias

⁴ J. Carpizo, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, p. 838.

de los tribunales han sido epítomes de autoridad pública⁵. ¿Cómo fundamentan su autoridad los poderes judiciales? Muchos tribunales nacionales lo hacen en el nombre del pueblo, y por lo tanto invocan la autoridad del soberano democrático, literalmente, al inicio de sus sentencias⁶. Los tribunales internacionales⁷, por el contrario, no dicen en nombre de quién dictan sentencia. Esta omisión nos lleva a plantear la pregunta central de este artículo: ¿cómo se relaciona la autoridad de los tribunales internacionales con el principio democrático?

Los tribunales internacionales forman parte de un entramado institucional que está diseñado para contribuir a la resolución de algunos de los más apremiantes problemas globales. Son parte de las herramientas de las que se dispone para conseguir objetivos compartidos, superar los obstáculos para la cooperación y solucionar las deficiencias de la acción social colectiva. Como pocas otras instituciones, están al servicio de la promesa del derecho internacional: contribuir a la justicia global. Son un logro de indudable importancia. Al mismo tiempo, cada nueva institución da lugar a nuevas preocupaciones. En este trabajo nos ocupamos de investigar su justificación democrática ya que no quisiéramos que los tribunales internacionales se conviertan en víctimas de su propio éxito.

Concebimos a la práctica judicial internacional como un ejercicio de autoridad pública y deseamos transmitir la idea de que tal actividad no puede ser suficientemente justificada mediante el criterio tradicional del consentimiento estatal o bien a través de una narrativa funcionalista que exclusivamente atiende a los objetivos o valores a los que supuestamente sirven los tribunales. El hecho de que controlen la autoridad pública ejercida por otras instituciones, ya sean estas Estados o burocracias internacionales, tampoco basta para conferirles suficiente legitimidad⁸. Como actores autónomos dotados de autoridad pública sus acciones requieren una au-

⁵ G. F. W. Hegel, *Philosophie des Rechts* (1970), §219; J. Habermas, *Between Facts and Norms* (1997), p. 196; N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1995), p. 321. Cfr. M. Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (1986), p. 17.

⁶ Véase por ejemplo la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal (alemán), §25; (sobre la frase “en el nombre del pueblo” véase a) J. Limbach, *Im Namen des Volkes* (2006), pp. 108-113.

⁷ Usamos el término “Corte” en el sentido amplio para incluir los tribunales de arbitraje como por ejemplo los paneles de la OMC o los tribunales internacionales de inversión. Compárese Romano, “The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle”, en *NYU J Int'l & Politics*, núm. 31, 1999, pp. 712-715.

⁸ En tal sentido S. Cassese, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale* (2009), p. 103.

téntica justificación basada en el principio democrático. En las palabras de Martti Koskenniemi “es hora de que la jurisdicción internacional sea objeto de análisis crítico y no de fe religiosa”⁹.

Este estudio es parte de una investigación más general relativa a los mecanismos de gobernanza y a la legitimidad más allá del Estado-nación. Encuentra su origen específicamente en la observación de que, en ocasiones, la práctica judicial internacional ha tenido considerables repercusiones sobre las potestades de autodeterminación democrática. Algunos tribunales internacionales se han convertido en instituciones de enorme poder¹⁰. Un ejemplo claro se constata en el vibrante campo del arbitraje comercial internacional. La protección internacional de las inversiones extranjeras se basa, entre otras cosas, en Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), cuyas vagas obligaciones no sólo son aplicadas por los tribunales arbitrales en casos individuales sino que también cobran forma y son fomentadas por medio de la interpretación creativa propia de la práctica jurisdiccional¹¹. De hecho, esto no es solamente un efecto colateral de la práctica judicial, sino que desde el inicio fue parte de un plan deliberado. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) se originó gracias a la visión política del entonces Secretario Ejecutivo del Banco Mundial, Aron Broches, quien ante las fallidas negociaciones internacionales acerca del derecho aplicable en la materia, planteó una fórmula pragmática: “procedimiento antes que sustancia”¹². La sustancia, argumentó, seguiría a la práctica jurisdiccional. Y así lo hizo pues como derecho creado por los jueces, y profundamente imbuido con la lógica funcional predominante en el régimen de protección de las inversiones. En lo peor de sus crisis económicas, Argentina tuvo que darse cuenta de cuán estrecho se había convertido su margen de maniobra para mantener el orden público

⁹ Koskenniemi, “The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference” en *Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Conference*, Y. Daudet (ed.) (2008), p. 152.

¹⁰ Shany, “No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary”, en *Eur. J. Int'l L.*, núm. 20, 2009, p. 73; Treves, “Judicial Lawmaking in an Era of ‘Proliferation’ of International Courts and Tribunals: Development or Fragmentation of International Law?”, en *Developments of International Law and Treaty Making*, R. Wolfrum y V. Röben (eds.) (2005), p. 587; Zangl, “Das Entstehen internationaler Rechtstaatlichkeit?”, en *Transformationen des Staates?*, S. Leibfried y M. Zürn (eds.) (2006), p. 123; Alter, “Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation”, en *L & Contemp Probs*, núm. 98, 2008, p. 37.

¹¹ Schill, “System-Building in Investment Arbitration and Lawmaking”, *German LJ*, núm. 12, 2011, p. 1083.

¹² R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2008), p. 18.

sin correr el riesgo de tener que pagar cuantiosas sumas por daños a los inversionistas extranjeros¹³. También Alemania fue demandada y podría terminar pagando 1.4 mil millones de euros a raíz de las elecciones en la ciudad de Hamburgo. Al menos esa fue la cantidad que la compañía de energía de origen sueco Vattenfall demandó por las pérdidas que tuvo que asumir derivadas de los altos estándares ecológicos que el nuevo gobierno había prometido durante la campaña electoral. La democracia en esta ciudad ahora tiene un precio¹⁴.

Aunque crítico, nuestro estudio no tiene el objetivo de calificar a las sentencias de los tribunales internacionales como ilegítimas, y mucho menos como ilegales¹⁵. El propósito es más bien desarrollar un marco conceptual útil para debatir el tema. Además, no compartimos en absoluto la visión de negar, a priori, la cualidad democrática de la autoridad internacional por no responder al *input* de los Estados democráticos¹⁶. Esta vertiente crítica pierde el foco central del tema porque la actividad internacional es también un mecanismo para subsanar el déficit democrático que resulta de la proyección del poder de un Estado sobre el pueblo de otra comunidad política o hasta para subsanar déficits democráticos dentro del mismo Estado. Desmantelar a la autoridad internacional generalmente no resulta en una solución convincente.

Partiendo de una postura crítica, este artículo presenta una visión con miras al futuro. En este sentido, primeramente traeremos a colación el reclamo que se ha hecho de contar con una jurisdicción internacional obligatoria como parte de una política jurídica progresista (Sección 2) y seguidamente se elabora una explicación de la jurisdicción internacional como autoridad pública (Sección 3). Después nos ocuparemos de algunas estrategias que responden a la necesidad de justificar la autoridad internacional (Sección 4). No obstante, parece que los tribunales internacionales no siempre están en posición de llevar toda la carga de justificar su autoridad.

¹³ Álvarez y Khamsi, "The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime", en *Yrbk Int'l Investment L & Policy*, 2009, p. 379.

¹⁴ *Vattenfall v. Federal Republic of Germany*, ARB/09/06 (CIADI). Nota: el procedimiento fue suspendido después de que las partes llegaron a un acuerdo el 15 de marzo de 2010. Los detalles del acuerdo no son públicos.

¹⁵ Para una argumentación muy vehemente y poco convincente en este sentido véase: E.A. Posner, *The Perils of Global Legalism* (2009); Murswiek, "Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2009), p. 484.

¹⁶ Cfr. Posner y Yoo, "Judicial Independence in International Tribunals", en *California L. Rev.* núm. 93, 2005, p. 1.

Por eso es importante que los órganos constitucionales nacionales decidan, desde su perspectiva, qué efectos tienen las sentencias internacionales en el orden jurídico doméstico (Sección 5). Nuestra crítica, finalmente, plantea que el punto clave para el futuro desarrollo de la jurisdicción internacional debe girar en torno a la idea de una ciudadanía transnacional y posiblemente cosmopolita (Sección 6).

II. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL COMO DEMANDA CLAVE

Si nuestra aproximación sorprende y a lo mejor choca es porque la creación de una jurisdicción internacional fuerte ha sido por mucho tiempo una demanda central de varios movimientos pacifistas, y también de muchos internacionalistas progresistas¹⁷. La Asociación de Derecho Internacional adoptó en su primera conferencia una resolución que reafirmaba su convicción de que el arbitraje es: *“le moyen essentiellement juste, raisonnable, et même obligatoire, pour les nations, de terminer les différends internationaux”*¹⁸. El Instituto de Derecho Internacional formuló un proyecto de procedimiento para el arbitraje internacional en su segunda sesión en 1875¹⁹. De igual manera, la Unión Interparlamentaria se comprometió a trabajar para conseguir un acuerdo para la solución pacífica de controversias y produjo un “Proyecto para la organización de una Corte Permanente de Arbitraje”, que se discutió en la Primera Conferencia de Paz de La Haya en 1899²⁰. El desarrollo de una jurisdicción internacional en los albores del siglo XX sería difícil de imaginar sin el impulso del movimiento pacifista y sin el compromiso político de prominentes internacionalistas.

No obstante, en 1898 el Zar Nicolás II de Rusia sorprendió al mundo entero con su invitación a una conferencia internacional que tendría el objetivo de poner en práctica la gran idea de la paz mundial y de hacerla

¹⁷ Wehberg, “Die internationale Friedensbewegung”, en *Staatsbürgerbibliothek*, núm. 22, 1911; H. Lammasch, *Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange* (1914), pp. 36-37.

¹⁸ Citado en C. Denfeld, *Hans Wehberg (1885-1962). Die Organisation der Staatengemeinschaft* (2008), p. 115.

¹⁹ “Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale”, Sesión de La Haya, 1875, disponible en: www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1875_haye_01_fr.pdf.

²⁰ A. H. Fried, *Handbuch der Friedensbewegung* (1905), pp. 262-265; R. P. Anand, *International Courts and Contemporary Conflicts* (1974), p. 27; J. H. Ralston, *International Arbitration from Athens to Locarno* (1929), p. 140.

triunfar sobre todos los elementos de conflicto y de resentimiento²¹. Se suponía que originalmente el tema central de la conferencia trataría sobre el desarme, pero el énfasis pronto cambió hacia la jurisdicción internacional. A pesar de sus moderados resultados la Conferencia de Paz de 1899 en La Haya entró en la historiografía de la jurisdicción internacional y se convirtió en un hito en el camino hacia una corte permanente internacional²².

En algunos aspectos, la Segunda Conferencia de Paz de La Haya en 1907 pudo sobrepasar los resultados de su antecesora en 1899, pero no consiguió la creación de un verdadero tribunal internacional con carácter permanente. Las grandes potencias europeas argumentaron que la solución de conflictos internacionales es, en esencia, parte del campo de la política y naturalmente inadecuado para ser objeto de una resolución judicial. Dichas potencias sostuvieron que también en los procesos judiciales debería hacerse sentir una fuerte influencia política²³. En este tenor, fue el renombrado internacionalista Friedrich von Martens quien argumentó que la jurisdicción internacional meramente se ocupaba de la exitosa solución de una disputa. Según su opinión, el razonamiento jurídico tenía solamente una importancia secundaria para este propósito²⁴. Con una perspectiva contraria el Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Elihu Root, puso sus esperanzas en la lógica del derecho. Root planteó una comparación con la Corte Suprema de Estados Unidos y afirmó que sólo los jueces independientes y su resolución imparcial de conflictos podrían ganar la confianza de las partes: “lo que necesitamos para el futuro desarrollo del arbitraje es la sustitución de la acción diplomática por la acción judicial, la sustitución del sentido diplomático de responsabilidad por el sentido judicial de responsabilidad”²⁵.

A pesar de que el proyecto de un tribunal permanente no se hubiera concretado, importantes internacionalistas se sintieron reivindicados por las Conferencias de Paz en La Haya en su búsqueda por lograr la re-

²¹ Fried, nota superior 17, p. 163; J. B. Scott, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907* (1909), p. 736.

²² Caron, “War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference”, en *Am. J. Int'l L.*, núm. 94, 2000, p. 4. Anand, nota superior 17, p. 33.

²³ P. Zorn, *Die beiden Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907* (1914); Brower II, “The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement under Private and Public International Law”, en *Duke J Int'l & Compl L*, 2008, p. 259.

²⁴ Wehberg, “Friedrich von Martens und die Haager Friedenskonferenzen”, en *Zeitschrift für internationales Recht*, núm. 20, 1910, p. 343.

²⁵ Citado por H. Wehberg, *Das Problem eines internationalen Staatengerichtshofes* (1912), p. 55.

solución judicial de los conflictos internacionales²⁶. Hans Wehberg, por ejemplo, sostuvo que un tribunal internacional permanente debía ser establecido con el fin de evitar que los Estados invocaran violaciones a sus derechos como pretexto para la guerra. Además argumentó que los laudos arbitrales eran completamente inadecuados para tal efecto, ya que ellos no podían contribuir al desarrollo del derecho general aplicable. En su opinión, el arbitraje presentaba carencias de peso en lo referente a los estándares de razonamiento jurídico que consideraba absolutamente necesarios para que la jurisdicción internacional cumpliera con su promesa de paz. Para Wehberg, el camino hacia la paz mundial inevitablemente pasaba por un tribunal internacional con carácter permanente, y de esta manera pidió “¡mayor desarrollo del derecho internacional a través de sentencias internacionales!”²⁷ La típica narrativa de legitimidad de los tribunales internacionales es muy visible en sus argumentos: los tribunales son los siervos predilectos de la paz.

Las aspiraciones de un tribunal internacional permanente se materializaron después de la Primera Guerra Mundial. En 1920 la Corte Permanente Internacional de Justicia (CPIJ) se erigió dentro del nuevo marco internacional de la Liga de las Naciones²⁸. James Brown Scott expresó su beneplácito en el *American Journal of International Law*: “deberíamos arrodillarnos y dar gracias a Dios porque nuestras esperanzas de muchos años están en proceso de realización”²⁹. También Nicolás Politis dio la bienvenida a la nueva corte: “*l'avènement d'une ère nouvelle dans la civilisation mondiale*”³⁰.

Un número considerable de internacionalistas complementaría el trabajo de la nueva corte con tratados doctrinales, teóricos y filosóficos. Manley O. Hudson, por ejemplo, tuvo éxito en desarrollar un plan muy destacable para la paz en el orden internacional que se basaba en una jurisdicción internacional fuerte. Él sostuvo que:

²⁶ Por ejemplo, véase: W. Schücking (ed.), *Das Werk vom Haag* (1912); Schücking, “Die Organisation der Welt”, en *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum 50. Jahrestage der Doktor-Promotion*, W. van Calker (ed.), (1908), p. 533.

²⁷ Wehberg, nota superior 22, p. 11.

²⁸ Solamente había sido precedido por la Corte de Justicia Centroamericana, que existió durante 10 años a partir de 1908.

²⁹ “Editorial Comment”, en *Am. J. Int'l L.*, núm. 15, 1921, p. 55; Koskenniemi, nota superior 6, p. 127.

³⁰ N. Politis, *La justice internationale* (1924), p. 182.

“Ningún sistema jurídico puede depender únicamente de la legislación para su desarrollo; por ello, la aplicación día-a-día del derecho debe proporcionar uno de los elementos de crecimiento y es de esta manera que las cortes hacen su contribución”³¹.

Después de estos primeros y tímidos pasos, parecía que las altas expectativas que se tenían de la corte podrían ser cumplidas³². Hersch Lauterpacht, en 1934, revisó un ya rico cuerpo de precedentes para resaltar la dimensión de creación de derecho de la práctica judicial de la corte. Sostuvo, al igual que Hudson, que la creación judicial del derecho era una característica inevitable de toda comunidad constituida jurídicamente³³. A diferencia de Hudson, no obstante, Lauterpacht no veía el proyecto de un poder judicial fuerte como parte de un gran paquete que eventualmente también incluiría un órgano legislativo internacional centralizado. Hudson y otros plantearon la centralización del órgano jurisdiccional como un primer paso hacia un orden político internacional con un órgano político centralizado. En este sentido la *Paz Perpetua* de Emmanuel Kant fue desempolvada y sirvió como fundamento teórico para los proyectos de un orden internacional fuerte³⁴.

Hans Kelsen retomó el proyecto kantiano de paz poco después con asombrosa agudeza. En su explicación, la continua centralización de los poderes públicos y la separación institucional de la creación del derecho y de su aplicación, son productos tardíos de la evolución del derecho. Es el simple devenir de las cosas, observó Kelsen, que la aplicación del derecho se centraliza primero y que el poder legislativo se queda atrás³⁵. Por tanto, la ausencia de un poder legislativo internacional no es una objeción válida

³¹ M. O. Hudson, *Progress in International Organization* (1981 [1932]), p. 80. Cfr. Hudson, “The Permanent Court of International Justice – An Indispensable First Step”, en *American Academy of Political and Social Science Annals*, núm. 108, 1923, p. 188.

³² O. Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice. The Rise of the International Judiciary* (2005), pp. 14-23.

³³ H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice* (1934), capítulo III.

³⁴ F. Bodendiek, *Walther Schückings Konzeption der internationalen Ordnung* (2001), pp. 179-182; Cfr. Fried, nota superior 18, pp. 20-22. Sin embargo, compárese con Lammasch, nota superior 14, p. 37. (Donde hace referencia al proyecto de paz perpetua de Kant, como una “mera decoración”).

³⁵ H. Kelsen, *Law and Peace in International Relations* (1942), pp. 146-148, Jabloner, “Verrechtlichung und Rechtsdynamik”, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, núm. 54, 1999, p. 261.

para negar una jurisdicción obligatoria³⁶. Este argumento ha sido inspirador por mucho tiempo, pero hoy necesita ser reconsiderado.

III. PROBLEMAS DE JUSTIFICACIÓN

La práctica de los tribunales internacionales ha cambiado en calidad y cantidad en los últimos 20 años. En nuestros días esta práctica entra en campos que durante mucho tiempo fueron considerados únicamente como domésticos, y en muchas ocasiones su jurisdicción, que en algún momento fue débil, hoy es extraordinariamente fuerte. Para entender bien la autoridad de los tribunales internacionales primero recordaremos que la teoría jurídica se ha movido más allá del paradigma que caracterizaba a las decisiones judiciales como un momento de cognición (Sección A), después desarrollaremos una comprensión de su práctica como un ejercicio de autoridad pública internacional (Sección B), y finalmente señalaremos que las asimetrías entre el poder judicial y los procesos político-legislativos es uno de los principales problemas para su justificación democrática. (Sección C).

1. Interpretación y aplicación como ejercicio de autoridad

1.1. Cognición y decisión

Evidentemente cualquier trabajo que se destine a indagar la justificación de las sentencias internacionales sería claramente inútil si la naturaleza de las sentencias correctas fuera la cognición. La balanza que en sus manos porta la Dama de la Justicia no sería más que un instrumento meramente técnico para producir respuestas correctas. Aceptando esta premisa, algunos autores todavía favorecen una concepción cognoscitivista de la interpretación y aplicación judicial, tal como lo expresó Montesquieu en su famosa metáfora que caracterizaba al juez o al tribunal como: “bouche de la loi”³⁷. Aún prevalece la visión según la cual la correcta interpretación

³⁶ H. Kelsen, “International Peace – By Court or Government?”, en *Am J Sociology*, núm. 46, 1941, p. 571; También véase a Wehberg, “Die Organisation der Staatengemeinschaft nach dem Kriege – Das Problem einer wahren Repräsentation der Völker”, en *Friendens-Warte*, núm. 44, p. 49.

³⁷ En detalle véase von Bogdandy y Venzke, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, en *German LJ*, núm. 12, 2011, p. 979. Cfr. Lege, “Was Juristen

debe ser derivada de las disposiciones pertinentes, enmarcadas en la integralidad del tratado internacional respectivo, anclado en el orden jurídico internacional y aplicado al caso concreto de acuerdo con la lógica intrínseca del discurso jurídico³⁸. Ciertamente, los tribunales no contradicen esta visión de su labor. Esta concepción de sus acciones forma parte de un intrincado y prevaeciente autoreforzamiento del ethos judicial. Cuando crece la percepción de que no es esto lo que hace un tribunal, generalmente éste se encuentra en problemas³⁹.

Desde la época de la *Crítica* de Kant ya no ha sido posible sostener que las decisiones judiciales pueden ser deducidas de conceptos abstractos⁴⁰. Los estudiosos del derecho se ocupan desde entonces de las consecuencias prácticas de esta postura teórica⁴¹. Consideremos, por ejemplo, el famoso argumento de Hans Kelsen según el cual todo acto de aplicación del derecho es también un acto de creación del mismo, precisamente porque una norma no puede ser determinativa de su interpretación concreta⁴². El significado concreto de una norma no puede ser *descubierto*, sino solamente *creado*⁴³. Kelsen desestimaba las teorías de la interpretación que pretendían que una norma jurídica, aplicada al caso concreto, siempre proveía una decisión correcta, como si la interpretación fuera un acto de clarificación o de comprensión que sólo requería del intelecto pero no de la voluntad del intérprete⁴⁴.

Más recientemente, el *giro lingüístico* ha puesto a prueba la relación entre la apariencia textual y los significados de las expresiones⁴⁵. Basado so-

wirklich tun. Jurisprudential Realism”, en *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, W. Brügger, U. Neumann, y S. Kirste (eds.) (2008), pp. 207, 216; R. Christensen y H. Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens* (2001), p. 26.

³⁸ Compárese con la Comisión de Derecho Internacional, “Third Report on the Law of Treaties”, en *Yrbk ILC*, vol. 2, 1964, p. 53; R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public* (2006), pp. 412-413.

³⁹ J. N. Shklar, *Legalism* (1964), pp. 12-13; L. Baum, *Judges and their Audiences* (2006).

⁴⁰ I. Kant, *Critique of Pure Reason* (traducción de W. Schwarz, 1982), p. 59; Cfr. Koskenniemi, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization”, en *Theoretical Inquires in Law*, núm. 8, 2007, p. 9.

⁴¹ R. Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? (1986).

⁴² H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), pp. 82-83, 91.

⁴³ Véase a Merkl, “Das Doppelte Rechtantlitz”, en *Juristische Blätter*, núm. 47, 1918, p. 425.

⁴⁴ Kelsen, nota superior 39, pp. 74, 95; Cfr. Raz, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, en *The Authority of Law*, J. Raz (ed.) (1979), p. 122; A. Jakab, “Probleme der Stufenbaulehre”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm 91, 2005, pp. 333-334.

⁴⁵ R. Rorty (ed.), *The Linguistic Turn* (1967).

bre la variante dominante del pragmatismo semántico cuyo principal postulado es que el significado de las palabras tiene que encontrarse en su uso, Robert Brandom, uno de los recientes adherentes a esta corriente de pensamiento, ha demostrado que toda decisión relativa al uso o interpretación de un concepto contribuye a crear su contenido. Los elementos creativos y discrecionales en la aplicación del derecho hacen al derecho⁴⁶. Él refina esta posición sugiriendo que este momento de decisión está atemperado por el hecho de que los jueces en su decisión están vinculados a las prácticas anteriores ya que consideran la futura recepción de sus sentencias. El pragmatismo no significa que todo valga. La aplicación del derecho en el presente tiene que conectarse con el pasado de manera que sea convincente en el futuro⁴⁷. Ello puede permitir que haya solidez discursiva en las decisiones judiciales, lo que a su vez puede constituir un elemento relevante en la legitimación democrática de la creación judicial del derecho.

1.2. El papel de los argumentos

Este hilo de pensamiento no difiere por sí mismo del modelo deductivo de argumentación jurídica. El modo deductivo de argumentación, tan apreciado por muchos juristas, no presupone la creencia en la absoluta determinación de los conceptos jurídicos. Más bien se basa en el principio de que las decisiones judiciales deben ser justificadas. El tema central es el modo de justificar las decisiones y no el proceso de cómo se hace⁴⁸. El modelo deductivo de argumentación establece que siempre que una norma es controvertida, la decisión a favor de una u otra interpretación debe hacerse de manera razonada⁴⁹. Se advierte así como un instrumento determinante para el control del poder judicial.

⁴⁶ Brandom, "Some Pragmatist Themes in Hegel's Idealism: Negotiation and Administration in Hegel's Account of the Structure and Content of Conceptual Norms", en *European J Philosophy*, núm. 7, 1999, pp. 164, 180; Müller, "Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert", en *Richterliche Rechtsfortbildung, Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*, Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (eds.) (1986), pp. 64, 78.

⁴⁷ Brandom, nota superior 43, p. 181.

⁴⁸ Neumann, "Theorie der juristischen Argumentation", en Brugger, Neumann, y Kirste (eds.), nota superior 34, pp. 233, 241. Cfr. Derrida, "Force of Law. The Mystical Foundation of Authority", *Cardozo L Rev*, núm. 11, 1990, p. 919; Luhmann, nota superior 2, p. 308.

⁴⁹ Brandom, *Making it Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment* (1998).

Los tribunales, al menos aquéllos que hacen públicos sus razonamientos y sus decisiones, participan en un discurso jurídico general, y lo hacen a través de la justificación que determina la decisión (*ratio decidendi*) así como de los demás postulados contenidos en la misma (*obiter dictum*)⁵⁰. De hecho parece que muchas sentencias tienen el franco objetivo de influir en el discurso jurídico general cuando contundentemente establecen declaraciones categóricas y abstractas que sirven como puntos de referencia para la práctica jurídica posterior. No obstante, sería claramente miope identificar categóricamente al momento de creación del derecho contenido en la justificación de las sentencias como una abusiva expansión de competencias e incluso una usurpación de poder. La creación judicial del derecho es una parte inevitable de la función jurisdiccional y la justificación de las decisiones es incluso un requisito normativo⁵¹. La alternativa, estos es, abstenerse de justificar las sentencias o de no hacerlas públicas, no es viable. El discurso jurídico, concebido de manera amplia, cesaría de funcionar como mecanismo de control y se sacrificaría igualmente la seguridad jurídica. Los argumentos que dan soporte a una decisión judicial son parte de la legitimación de los órganos judiciales.

Un ejemplo lo ilustra la constelación expuesta. El Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio (OMC), el cual con fundamento en el artículo 3(2) del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) que regula que el mecanismo de solución de controversias tiene por objetivo “proveer seguridad y predictibilidad al sistema multilateral del comercio”, sostuvo que los informes previos deben ser tomados en cuenta en casos posteriores⁵². Recientemente ha ido más allá al sugerir que cuando un panel no actúa de conformidad con tal afirmación ello podría significar una violación a la obligación de conducirse con objetividad en la valoración previa del objeto de la disputa⁵³. Aunque los informes del panel y el Órgano de Apelación

⁵⁰ Oellers-Frahm, “Lawmaking Through Advisory Opinions”, en *German LJ*, núm. 12, 2011, p. 1033; A. Höland “Wie wirkt Rechtsprechung?” en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, núm. 30, 2009, pp. 23, 35-39.

⁵¹ Véase por ejemplo el Art. 56 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; Art. 41 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal Europeo de Energía Nuclear. También véase A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen* (1929), p. 283; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung* (1976), pp. 167-171.

⁵² Reporte del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos a Bebidas Alcohólicas*, WT/DS8, 10 y 11/AB/R, 4 ct. 1996, pp. 15 y 31.

⁵³ Esto en referencia al Art. 11 ESD. Cfr. Reporte del Consejo de Apelación, *E.U.A – Medidas Finales Anti-Dumping en Acero inoxidable de México*, WT/DS344/AB/R, 30, Apr. 2008,

no tienen fuerza vinculante más allá del caso decidido, ellos crean expectativas que deben ser tomadas en cuenta en procedimientos arbitrales posteriores. Por tanto resulta desconcertante que en el marco del CIADI se cuente con laudos contradictorios, sin que exista ningún mecanismo para controlar estas contradicciones. Frecuentemente la fundamentación de los laudos no se relaciona con otras decisiones de la misma materia y es difícil imbricarlos entre sí, reflejando un grave problema de legitimación⁵⁴. La estabilización de las expectativas normativas es una de las funciones centrales del derecho⁵⁵. Un tribunal internacional que falla en esta función incumple una de sus principales tareas.

1.3. Legitimación en el discurso jurídico

Todo esto indica la importancia para la legitimación que tiene la justificación de las decisiones judiciales de manera acorde a los estándares de la profesión. Las reglas de interpretación establecidas en el artículo 31 *et seq* de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados tienen un importante potencial para la legitimación. Un buen número de cuestiones controvertidas pueden ser convincentemente tratadas y decididas dentro de la lógica intrínseca al discurso jurídico. ¿Pero en qué medida se pueden legitimar las decisiones por la vía de su justificación jurídica?

Es destacable que muchas teorías jurídicas, incluida la obra de Kelsen, no responden esta pregunta sino que quedan atrapadas en un callejón sin salida donde el intérprete es dejado a su suerte. ¿Cómo debiéramos abordar la cuestión de la elección que se tiene entre interpretaciones alternativas? Jürgen Habermas distingue entre discursos de justificación normativa (el trabajo de la legislatura) y discursos de aplicación normativa (el trabajo de la judicatura)⁵⁶. Sólo el poder legislativo disfruta de un ilimitado acceso a argumentos de tipo normativo, pragmático y empíricos, mientras que el segundo tiene que permanecer dentro de los límites de lo que está permitido en el discurso jurídico⁵⁷. La separación de poderes se refleja en “la distribu-

en párr. 162.

⁵⁴ Hirsch, “Conflicting Obligations in International Investment Law: Investment Tribunals’ Perspective”, en *The Shifting Allocation of Authority in International Law*, T. Broude e Y. Shany (eds.) (2008), pp. 323, 344; Schill, nota superior 8.

⁵⁵ Habermas, nota superior 2, p. 427; Luhmann, nota superior 2, p. 151; Cfr. Stein, “Jurisprudence and Jurists’ Prudence: The Iranian-Forum Clause Decisions of the Iran – U.S. Claims Tribunal”, en *Am. J. Int’l L.*, núm. 78, 1984, p. 48.

⁵⁶ Habermas, nota superior 2, pp. 229-237.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 192-193, 229-237.

ción de las posibilidades de acceso a diferentes clases de argumentos”⁵⁸. En particular Habermas señala que “el poder judicial debe estar separado del legislativo y evitar establecer un programa para sí mismo”⁵⁹. Es necesario que se adhiera al discurso jurídico porque es parte de un marco distinto y tiene diferentes credenciales de legitimación que el poder legislativo. No obstante, la creación de derecho por el juez puede ser legítima, continúa Habermas:

To the extent that legal programs are in need of further specification by the courts... juristic discourses of application must be visibly supplemented by elements taken from discourses of justification. Naturally, these elements of a quasi-legislative opinion and will-formation require another kind of legitimation than does adjudication proper. The additional burden of legitimation could be partly satisfied by additional obligations before an enlarged critical forum specific to the judiciary⁶⁰.

De esta manera, el autor reconoce que la concomitante separación de poderes y de los tipos discursivos puede ser bastante difícil, especialmente cuando el proceso político legislativo no es lo suficientemente ágil (lo cual es frecuente en el plano internacional). Sin embargo Habermas omite pronunciarse respecto a las consecuencias de esta observación⁶¹. Incluso si se considera que el potencial de legitimación de los tribunales internacionales se anida en el discurso jurídico, permanece abierta la cuestión de cómo podemos conseguirla.

2. El ejercicio de autoridad pública

La jurisdicción internacional no requeriría una justificación muy elaborada si la misma no implicara ejercicio de autoridad pública. Recordemos que la Dama de la Justicia también blande una espada. Es evidente que en los contextos de democracia constitucional, caracterizados por el estado de derecho, existen mecanismos coercitivos que implementan efectivamente las decisiones de las cortes nacionales. Obviamente, la situación cambia cuando se trata de decisiones de tribunales internacionales. De acuerdo con el artículo 94(2) de la Carta de las Naciones Unidas, “Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo

⁵⁸ *Ibidem*, p. 192.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 172.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 439-440. Cfr. Lieber, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit* (2007), p. 222.

⁶¹ Cfr. Kuhli y Günther, “Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals”, en *German LJ*, núm 12, 2011, p. 1261.

de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.”⁶² En la práctica, no obstante, el no acatamiento de las sentencias de la CIJ ó de otros tribunales raramente acarrea medidas coercitivas para su cumplimiento.

La carencia de carácter coercitivo de parte de las instituciones internacionales, sean burocracias o cortes, podría indicar que los temas de legitimación no deberían ser tomados con tanta rigurosidad, pues este planteamiento corresponde esencialmente con una concepción tradicional que está basada en el poder coercitivo⁶³. Según nuestro criterio, dicha concepción tradicional ha devenido inadecuada, si no es que siempre lo fue. En una era de influyentes instituciones de gobernanza global deberían ser incluidas otras maneras de ejercer el poder que no son menos decisivas e incisivas que la aplicación coercitiva⁶⁴. Entendemos, por tanto, el concepto de autoridad como la capacidad legal de determinar a otros y de reducir sus libertades, es decir, de configurar unilateralmente su situación jurídica o de hecho⁶⁵. Actualmente es posible comprobar empíricamente que el poder de numerosas instituciones internacionales es similar al de las instituciones nacionales, tanto en su importancia como en su potencial para configurar y limitar la libertad⁶⁶. Aun si las sentencias internacionales frecuentemente no son respaldadas por mecanismos coercitivos, condicionan a las partes en conflicto al igual que a otros sujetos del ordenamiento jurídico⁶⁷.

Los tribunales internacionales están frecuentemente imbuidos en contextos en los que pueden emplear considerables mecanismos para dar sustento a sus sentencias. Se pueden mencionar varios ejemplos. El Comité de Ministros del Consejo de Europa supervisa la implementación de las deci-

⁶² Mosler y Oellers-Frahm, “Article 94”, en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, B. Simma (ed.) (2002), pp. 1174, 1176.

⁶³ Dahl, “The Concept of Power”, en *Behavioral Science*, núm 2, 1957, pp. 201, 202; R. Dahrendorf, *Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen* (1961), p. 20.

⁶⁴ Barnett y Duvall, “Power in Global Governance”, en *Power in Global Governance*, M. Barnett y R. Duvall (eds.) (2005), p. 1.

⁶⁵ von Bogdandy, Dann, y Goldmann, “El derecho internacional como derecho público”, en *Hacia un nuevo derecho público*, von Bogdandy (ed.) (2011), p. 103.

⁶⁶ Venzke, “International Bureaucracies in a Political Science Perspective – Agency, Authority and International Institutional Law”, en *German LJ*, núm. 9, 2008, p. 1401.

⁶⁷ Véase A. Guzman, *How International Law Works* (2008), p. 71. Sobre el impacto de las instituciones privadas compárese con Casini, “The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport”, en *German LJ*, núm. 12, 2011, pp. 1317, 1335.

siones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁶⁸; los Estados miembros de la Corte Penal Internacional (CPI) cooperan con la Corte en la ejecución de sentencias y están obligados a implementar las mismas⁶⁹; en el ámbito de la OMC, los Miembros pueden solicitar medidas temporales una vez que sus peticiones en la controversia hayan sido exitosas⁷⁰; y los laudos arbitrales del CIADI son ejecutables por los tribunales domésticos⁷¹.

En conclusión, los tribunales internacionales ejercen autoridad pública cuando resuelven disputas jurídicas. Pero ¿cómo comprender la dimensión de creación normativa existente en las sentencias internacionales que van más allá del caso individual? Ello depende no sólo de la *voluntas* sino también de su *ratio*⁷². Los juristas, otros tribunales, y el mismo tribunal en un momento posterior, necesitan primero estar convencidos de la calidad de la decisión. Si esto es así, ¿tiene entonces algún sentido entender a la creación normativa en la práctica jurisdiccional como un ejercicio de autoridad pública?

Nuestra respuesta es afirmativa, porque las decisiones judiciales de carácter internacional suelen gozar de una excepcional trascendencia en las disputas semánticas sobre el alcance del derecho. Los tribunales regularmente usan los precedentes y en ocasiones se adentran en argumentaciones destinadas a determinar si las decisiones anteriores son relevantes o no⁷³. Los precedentes judiciales redistribuyen las cargas argumentativas entre los participantes en el discurso jurídico internacional. En muchas sentencias, los precedentes figuran como argumentos en apoyo a decisiones y se les dota de un grado de importancia similar al de las disposiciones relevantes del tratado en cuestión. Las partes de la controversia son conscientes del valor del precedente e invocan el significado de decisiones judiciales anteriores como si formaran parte de las fuentes del derecho in-

⁶⁸ Conforme al Art. 46 (2) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, “La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”. Cfr. Fyrnys “Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights”, en *German LJ*, núm 12, 2011, p. 1231.

⁶⁹ Art. 93 y siguientes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁷⁰ Art. 22 ESD.

⁷¹ Art. 54 Convención CIADI.

⁷² Ruiz Fabri, “La motivation des décisions dans le règlement des différends de l’OMC”, en *La motivation des décisions des juridictions internationales*, H. Ruiz Fabri y J.M. Sorel (eds.) (2008), p. 103, refiriéndose a C. Perelman.

⁷³ Véase en detalle Jacob, “Precedents: Lawmaking Through International Adjudication”, en *German LJ*, núm 12, 2011, p. 1005.

ternacional y como si determinaran la legalidad o la ilegalidad. La disputa sobre los precedentes ilustra cómo las decisiones judiciales impactan en el orden jurídico e influyen las esferas individual y colectiva de la libertad más allá del caso individual.

Según lo establecido en el artículo 38(1) inciso d del Estatuto de la CIJ, “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones (son) medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.” Desde la perspectiva de la concepción cognoscitivista de la interpretación judicial, las sentencias son concebidas únicamente como una fuente de reconocimiento del derecho pero no como una fuente del derecho⁷⁴. Formular una respuesta convincente a la disonancia entre el orden de las fuentes doctrinales y la actual operación de los precedentes continúa siendo una tarea pendiente⁷⁵. Por el contrario, los académicos pertenecientes a la tradición del *common law* tienden a minimizar la distinción entre las fuentes del derecho propiamente y las fuentes para la determinación del derecho⁷⁶.

Vale la pena añadir que nuestra relativamente amplia concepción de autoridad deriva de una consideración principal: si el derecho público es visto en las tradiciones liberales y democráticas como un orden para salvaguardar la libertad personal y permitir la autodeterminación colectiva, entonces cualquier acto con un efecto en estos ángulos normativos debe ser tomado en consideración desde el momento es que esos efectos son lo suficientemente significativos para generar dudas razonables sobre su legitimidad. Esto nos lleva al problema central relativo a la justificación de los tribunales internacionales: a diferencia de los tribunales nacionales, su autoridad pública no forma parte de un sistema político receptivo.

⁷⁴ Pellet, “Article 38”, en *Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, A. Zimmermann, C. Tomuschat, y K. Oellers-Frahm (eds.), 2006, p. 677, notas marginales 301-319; G.J.H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (1983), p. 169.

⁷⁵ Abi-Saab, “Les sources de droit international: Essai de déconstruction”, en *El derecho internacional en un mundo en transformación*, vol. 1, M. Rama-Montaldo (ed.) (1994), p. 29.

⁷⁶ A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law* (2007), p. 266-272.

3. Poder judicial sin poder legislativo funcional

3.1. El desacoplamiento del derecho y la política parlamentaria

Una de las más importantes lecciones del pensamiento constitucional moderno es que la creación legislativa del derecho y la aplicación judicial del mismo son dos fenómenos que deben permanecer separados y al mismo tiempo ser entendidos en su interacción⁷⁷. El enfoque predominante se presenta bajo el membrete de la separación de poderes y plantea la legitimación de cada poder en sus interacciones con los demás⁷⁸. El sello distintivo es que la responsabilidad por la creación del derecho recae en el poder legislativo⁷⁹. En las sociedades democráticas, la mayoría (usualmente entendida como el gobierno electo) puede intervenir en el orden jurídico por la vía de los procedimientos legislativos y por ende, modificar el derecho⁸⁰. Esta legitimación por la vía de la representación democrática es puesta en tensión cuando se trata del derecho internacional de dos maneras.

Una *perspectiva estática* se centra en el papel del parlamento en la aprobación de los acuerdos internacionales⁸¹. Una gran cantidad de países exigen que el Parlamento ratifique los tratados internacionales importantes, confiriéndoles así, a primera vista, la misma legitimidad democrática que el derecho interno. Esta primera impresión es engañosa. El texto de los tratados es el resultado de negociaciones diplomáticas entre los poderes ejecutivos, que usualmente precede a los procedimientos parlamentarios, y las legislaturas nacionales, con excepción del Congreso de Estados Unidos, tienden a ser más deferentes hacia el ejecutivo en la ratificación de los tra-

⁷⁷ Véase Böckenförde, "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs" en *Recht, Staat, Freiheit*, E.-W. Böckenförde (ed.) (1991), p. 143; M. Loughlin, *Public Law and Political Theory* (1992), p. 138.

⁷⁸ J. Locke, *The Second Treatise of Government* (1690), capítulo XII. Cfr. G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* (1999), pp. 346 et seq.; C. Möllers, *Gewaltengliederung; Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich* (2005).

⁷⁹ Böckenförde, "Demokratie als Verfassungsprinzip", en Böckenförde, nota superior 74, pp. 289, 322; P. Atiyah y R. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law* (1991), p. 141.

⁸⁰ A. von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung* (2000), p. 35.

⁸¹ Nuestro argumento solamente se relaciona con países que tienen constituciones democráticas. Para ciudadanos que viven bajo regímenes autoritarios, el problema tiene que ser analizado por separado.

tados en comparación con las materias sujetas a la legislación doméstica⁸². Por eso, la autonomía de las élites gubernamentales-administrativas es considerablemente mayor que en los procesos políticos nacionales⁸³. Además, los parlamentos frecuentemente carecen de información o conocimientos. Así éstos permanecen al margen de dichos procesos⁸⁴. Con frecuencia, los actores en el ejecutivo y otros grupos de interés también usan contextos de gobernanza multinivel para incrementar su poder en relación con los órganos parlamentarios o para obtener ventaja en relación con sus competidores internos⁸⁵. Seguramente hay un buen número de respuestas a estos desafíos⁸⁶. Pero a final de cuentas, toda decisión más allá de la Unión Europea constituye uno de los flancos abiertos del parlamentarismo, por lo que representa uno de los grandes retos contemporáneos en cuanto a la justificación de la autoridad pública⁸⁷.

La legitimación por la vía de la representación democrática también confronta desafíos desde una *perspectiva dinámica*. Los tribunales internacionales no operan como partes de comunidades políticas que incluyen legislaturas políticas en funciones. Una vez que se llega a un acuerdo internacional, éste es muy difícil cambiar, lo cual cambia profundamente la relación entre derecho y política. Al ratificar un tratado internacional la mayoría parlamentaria del momento establece su posición y se la hereda a cualquier mayoría que venga después⁸⁸. Esta estrategia es particularmente incisiva cuando se trata de tratados que se caracterizan por mecanismos jurisdiccionales fuertes. Si en un parlamento nacional se produjera una nueva mayoría que quiere otra política, en principio resultaría posible abandonar este régimen internacional. No obstante, no luce como una

⁸² P. Dann, *Parlamente im Exekutivföderalismus* (2004), p. 294.

⁸³ E.-W. Böckenförde, "Die Zukunft politischer Autonomie" en E.-W. Böckenförde, nota superior, 74, p. 103; M. Zürn, *Regieren jenseits des Nationalstaats* (1998), pp. 233 y 347.

⁸⁴ Para profundizar más sobre el derecho de la UE véase P. Dann, "The Political Institutions" en *Principles of European Constitutional Law*, A. von Bogdandy y J. Bast (eds.) (2010), pp. 237, 267-269.

⁸⁵ Putnam, "Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games", *Int'l Org.* núm. 42, 1988, p. 427.

⁸⁶ Véase en detalle a Wolfrum, "Die Kontrolle der auswärtigen Gewalt", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 56, 1997, p. 38.

⁸⁷ En relación al destino que tenga el parlamentarismo en Europa véase a A. von Bogdandy, "Parlamentarismus in Europa: Eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 130, 2005, p. 445.

⁸⁸ Abbott y Snidal, "Hard and Soft Law in International Governance" en *Int'l Org.* núm. 54, 2000, pp. 421, 429; Goldstein et al., "Introduction: Legalization and World Politics" en *Int'l Org.* núm. 54, 2000, p. 385.

solución suficientemente adecuada, ni tampoco constituye una opción realista idónea ya que los costos de salida de un régimen internacional son prohibitivamente altos⁸⁹.

3.2. El argumento constitucionalista

El problema de la justificación democrática de la autoridad de los tribunales internacionales parecería ser fundamentalmente diferente si los tribunales internacionales ejercieran una función constitucional. De hecho, ello facilitaría la solución de innumerables problemas subyacentes en la separación entre derecho y política parlamentaria. La mayoría de las Constituciones contienen requisitos más exigentes para ser reformadas que la legislación ordinaria, de modo que el derecho constitucional queda a salvo de los procesos legislativos ordinarios⁹⁰. El derecho constitucional guía y encauza el proceso político “normal” así como provee de los mecanismos centrales que estabilizan la distinción y la interacción entre derecho y política en las sociedades contemporáneas⁹¹. Si los tribunales internacionales desempeñaran un papel constitucional, las implicaciones normativas de la carencia de un legislador funcional en el nivel internacional y el resultante desacoplamiento entre derecho y política no parecería un déficit sino que podría ser entendido como un aspecto positivo.

La función constitucional de los tribunales internacionales podría estar sólidamente sustentada en el marco general del constitucionalismo en el derecho internacional⁹². Sin embargo, no todas las variantes de esta rama del pensamiento han ahondado en el tema de los tribunales internaciona-

⁸⁹ No obstante, se puede considerar como una posibilidad, compárese con Ministro del Exterior de Bolivia, “Letter Concerning Denunciation of ICSID Convention” 1º de mayo de 2007, en *ILM*, núm. 46, 2007, p. 973.

⁹⁰ Cruz Villalón, “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich”, en *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. 1, A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, y P. M. Huber (eds.) (2007), párr. 13, en nota marginal 74; Vergottini, nota superior 75, pp. 206 y 234.

⁹¹ J. Habermas, nota superior 2, p. 27; N. Luhmann, nota superior 2, p. 407.

⁹² Véase Ley, “Kant versus Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich”, en *ZaöRV*, núm. 69, 2009, p. 317; d’Aspremont y Dopagne, “Two Constitutionalisms in Europe: Pursuing an Articulation of the European and International Legal Orders”, en *ZaöRV*, núm. 69, 2009, p. 939. Compárese con A. von Bogdandy y S. Dellavalle, “Universalism and Particularism as Paradigms of International Law”, en *IIIJ Working Paper*, núm. 3, 2008.

les⁹³. Más bien están orientadas a reformar las instituciones políticas de la sociedad mundial introduciendo más elementos supranacionales y reformando a fondo las Naciones Unidas para permitirle enfrentar legítimamente los retos globales⁹⁴. Otras variantes apuntan a fortalecer el derecho vigente y a dotar a algunas de las instituciones existentes con funciones que son tradicionalmente desarrolladas por los órganos constitucionales nacionales. Algunas posturas conciben al constitucionalismo como una expresión de una consolidada comunidad internacional de valores⁹⁵. Dicho enfoque entiende la función de algunos tribunales internacionales en términos constitucionales y algunos de estos tribunales constitucionales se han visto así investidos con tareas constitucionales⁹⁶.

Desafortunadamente, la lectura constitucional de las actividades de los tribunales internacionales no es convincente. Expandir y diluir el significado de un concepto primordial y con tantas implicaciones como el de “Constitución” requiere profundas reflexiones. Somos de la opinión de que la politización democrática de un orden jurídico es de tal y eminente relevancia para el concepto de Constitución, que rechazamos cualquier concepción que prescinda de este prerrequisito fundamental. Asimismo, el concepto de constitucionalismo está estrechamente vinculado con las concepciones federalistas del orden supranacional, que cobra sentido en el derecho de la Unión Europea pero que actualmente carece de vigencia

⁹³ Véase Habermas, “Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?” en *The Divided West*, J. Habermas (ed.) (2006), p. 113; C. Tomuschat, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, en *Recueil des Cours*, núm. 281, 2001, p. 13.

⁹⁴ Habermas, nota superior 90.

⁹⁵ Frowein, “Konstitutionalisierung des Völkerrechts” en *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, núm. 39, 2000, pp. 427 y 431; de Wet, “The International Constitutional Order” en *ICLQ*, núm. 55, 2006, pp. 51 y 57. Para un análisis general de los distintos posicionamientos véase Ruiz Fabri y Grewe, “La constitutionnalisation à l’épreuve du droit international et du droit européen”, en *Les dynamiques du droit européen en debut de siècle* (2004), p. 189.

⁹⁶ Esto se aplica primeramente al TEJ el cual se inserta dentro de un contexto federal. Véase el caso 294/83, *Parti écologiste ‘Les Verts’ v. Parliament* [1986] ECR 1339, en párr. 23; *Opinion 1/91 EEA* [1991] ECR I-6079, en párr. 21; Casos acumulados C-402/05 P & 415/05 P, *Kadi & Al Barakaat v. Council & Commission* [2008] ECR I-6351, en párrs. 285 y 290. Por ejemplo para el TEDH véase App. N° 5310/71, *Irlanda v. Reino Unido*, Caso No. 5310/71, 1978; Cfr. Binder, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, en *German LJ*, núm. 12, 2011, pp. 1203 y 1212; Petersmann, “Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungsordnung”, en *ZaöRV*, núm. 65, 2005, p. 543; Fassbender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, en *Columbia J Transnat’l L*, núm. 36, 1998, pp. 529, 539 y 607.

en el derecho internacional. Finalmente, la atribución de funciones constitucionales a los tribunales internacionales no cuenta con un fundamento en el derecho positivo.

Por el contrario, podría resultar convincente sostener que los tribunales internacionales tienen un rol constitucional en el contexto de la constitucionalización *interna* de las organizaciones internacionales⁹⁷. Este enfoque se centra en la rendición de cuentas de las organizaciones internacionales y busca referentes normativos para evaluar sus actividades, especialmente principios jurídicos que son conocidos en los contextos de las Constituciones nacionales, tales como el principio de protección a los derechos humanos, el principio de atribución de competencias, y el principio de responsabilidad política y jurídica⁹⁸. No obstante, tal constitucionalización *interna* no puede dar respuestas a las preocupaciones relativas al desacomplamiento del derecho y la política parlamentaria y no se ocupa detalladamente de la relación entre el derecho internacional y las comunidades políticas domésticas.

3.3. La fragmentación como un problema para la democracia

Una dimensión crítica adicional de la justificación de la autoridad de los tribunales internacionales deriva de la diferenciación institucional de las distintas áreas temáticas. Tal diferenciación restringe las opiniones que se pueden expresar respecto de ciertas materias, lo cual resulta problemático en términos de la teoría democrática a la luz del requerimiento de generalidad. En sus aspectos legitimadores, el requerimiento de generalidad se relaciona con el proceso de creación normativa y exige que las legislaturas democráticas sean el lugar principal de producción y legitimación normativa⁹⁹. De manera más específica, se requiere que los procedimientos sean abiertos a un abanico de opiniones que pugnen entre ellas. La apertura implica no imponer límite alguno en el sentido de que la solución no esté predeterminada, los procedimientos no deben prejuzgar o excluir *a priori*

⁹⁷ International Law Association, “Accountability of International Organisations”, Final Report 2004; Compárese con Klabbers, “Constitutionalism Lite” *Int’l Org L Rev*, núm. 1, 2004, p. 31.

⁹⁸ von Bogdandy, “General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field”, *German LJ*, núm. 11, 2008, p. 1909.

⁹⁹ Lieber, nota superior 57, pp. 226-229.

cualquier aspecto relevante en el proceso de toma de decisión¹⁰⁰. Precisamente los temas no se deben distorsionar por el orden de las cosas que definan las narrativas funcionales. El punto de partida de este argumento es el individuo como un todo, un ser humano multidimensional que no puede ser dividido en lógicas funcionales, sino que más bien clama por un mecanismo de representación bajo ópticas distintas y contradictorias, que puedan ser negociadas y concertadas¹⁰¹.

Debido a la diferenciación funcional de las distintas áreas de la política a nivel internacional, las oportunidades de cumplir con este imperativo democrático de generalidad son escasas. En los regímenes internacionales que han sido confeccionados a la medida de sus funciones es casi imposible llegar a cierto grado de generalidad, porque en cada régimen existe un conjunto particular y prevaleciente de preferencias al igual que de preocupaciones¹⁰². Esto socava la necesidad de generalidad como un elemento crítico del principio democrático¹⁰³. Un poder judicial internacional funcionalmente fragmentado amenaza con debilitar el principio democrático de generalidad en el desarrollo del orden jurídico.

IV. ELEMENTOS DE ESTRATEGIA DE RESPUESTA

Los problemas relativos a la justificación democrática de las sentencias generalmente se enfrentan a través de cambios en los procedimientos y por medio de procesos de reforma político-legislativa (ver Sección A). Asimismo, los nombramientos o las elecciones de los jueces tradicionalmente responden al ejercicio de autoridad pública (Sección B), y las implicaciones normativas de la fragmentación podrían subsanarse por medio de la interpretación sistemática y el diálogo entre cortes (Sección C).

¹⁰⁰ Tomamos este punto de Bast, "Das Demokratiedefizit fragmentierter Internationalisierung", en *Demokratie in der Weltgesellschaft*, H. Brunkhorst (ed.) (2009), p. 177; Cfr. Möllers, nota superior 75, pp. 31 y 223.

¹⁰¹ Paulus, "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?", en Broude y Shany (eds.), nota superior 51, pp. 193, 210.

¹⁰² Koskenniemi y Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", en *Leiden Jint'l L.*, núm. 15, 2002, p. 553; Treves, "Fragmentation of International Law, The Judicial Perspective", en *Comunicazione e studi*, núm. 23, 2007, p. 821.

¹⁰³ En qué medida el potencial de legitimación, que deriva del proceso de toma de decisión en los Estados se ve afectado por la fragmentación no puede ser examinado aquí.

1. Legitimación procesal y politización

1.1. La ineludible democracia

Tradicionalmente se considera que las sentencias internacionales se basan en el consentimiento de los Estados a quienes están dirigidas. Además, y particularmente cuando dichas sentencias van más allá del texto normativo, éstas son justificadas por la vía de narrativas funcionales en el sentido de que las sentencias internacionales promueven valores, objetivos o intereses comunes, y sobre todo la paz internacional. Incluso en ocasiones emerge la expectativa de que actúen en lugar de los mecanismos político-legislativos para conseguir los resultados a favor del interés colectivo que el proceso político “normal” no ha sido capaz de obtener¹⁰⁴. Numerosas constelaciones muestran que estas fuentes de legitimación pueden aportar una justificación adecuada de la autoridad de un tribunal internacional. Sin embargo, a la luz del incremento de autonomía de ciertos tribunales, así como de la amplitud de las materias controvertidas ante los tribunales internacionales, se constatan constelaciones en las cuales ni el consentimiento originario ni el objetivo funcional representan argumentos suficientes para responder a los cuestionamientos de legitimidad. La función de solucionar exitosamente las controversias para asegurar la paz ciertamente es muy importante, y no menos para la promoción de la gobernanza democrática dado que, después de todo, la democracia florece mejor en un mundo pacífico¹⁰⁵. Este tipo de justificación, no obstante, no toma en cuenta muchos segmentos del fenómeno de una jurisdicción internacional. Diversos tribunales internacionales con competencias específicas encuentran frecuentemente su justificación gracias a su función de efectiva implementación de algunos objetivos concretos que han venido a reemplazar, o al menos a complementar, el mantenimiento de la paz internacional.

Otros enfoques destinados a fundamentar la legitimación democrática de los tribunales internacionales ponen sus esperanzas en la implementa-

¹⁰⁴ Kelsen, nota superior 32, p. 165.

¹⁰⁵ Aparte de esto, los tribunales internacionales también pueden fomentar la democratización, a través de una jurisprudencia orientada hacia la democracia y los derechos humanos; véase App. N° 24833/94, *Matthews v. Reino Unido*, TEDH, 1999. Compárese con Ress, “Das Europäische Parlament als Gesetzgeber: Der Blickpunkt der EMRK”, en *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, núm. 2, 1999, pp. 219 y 226; Martínez, “Towards an International Judicial System”, en *Stanford L Rev*, núm. 56, 2003, pp. 429 y 461.

ción de valores internacionales o en la búsqueda de intereses comunes¹⁰⁶. El diseño institucional de algunos órganos judiciales internacionales habla a favor de ello: las organizaciones no gubernamentales pueden involucrarse, los individuos pueden ser escuchados en el procedimiento o pueden incluso iniciar los mismos y también, el hecho de que las partes acepten la jurisdicción obligatoria de nuevos tribunales internacionales se explica en consideración de los intereses comunes que están en juego¹⁰⁷. Los tribunales penales internacionales y la CPI, por ejemplo, se supone que ganan legitimidad al poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales¹⁰⁸. Tales narrativas funcionales parecen ser un poco más débiles con respecto a la OMC y al arbitraje en disputas sobre inversiones, pero aquí también es posible encontrar elementos que provean vínculos para una legitimación funcional, como lo es el incremento del bienestar económico en la OMC o el fomento del desarrollo económico a través de la inversión extranjera en el caso de la CIADI¹⁰⁹.

Aun así, a pesar de la relevancia que pudieran tener estos objetivos, eso no puede resolver de manera concluyente los problemas de justificación de la autoridad pública. Dichos objetivos no pueden ofrecer bases suficientes para decisiones concretas que inevitablemente también implican cuestiones normativas y de redistribución del poder o de los recursos. Además, los argumentos funcionales no ofrecen una solución para los casos de conflicto entre diferentes objetivos. En ocasiones, la jurisdicción internacional alcanza lo que todos quieren pero no habían podido lograr¹¹⁰. Pero esto puede ser un golpe de suerte. La historia advierte que no se debe poner demasiada confianza en gobernantes benevolentes e iluminados. La

¹⁰⁶ Oellers-Frahm, "Nowhere to Go? – The Obligation to Settle Disputes Peacefully in the Absence of Compulsory Jurisdiction", en *A Wiser Century?* T. Giegerich (ed.) (2009), pp. 435 y 440; Thiele, "Fragmentierung des Völkerrechts als Herausforderung für die Staatengemeinschaft", en *Archiv des Völkerrechts*, núm. 46, 2008, pp. 1 y 13.

¹⁰⁷ Romano, "The Shift from Consensual to Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent", *NYU J Int'l L. & Politics*, núm. 39, 2007, p. 791.

¹⁰⁸ En detalle véase a Benzing, "Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals", en *Law and Practice of Int'l Courts and Tribunals*, núm. 5, 2006, pp. 369-373.

¹⁰⁹ Broude, "The Rule(s) of Trade and the Rhetos of Development: Reflections on the Functional and Aspirational Legitimacy of the WTO", en *Columbia J Transnat'l L*, núm. 45, 2006-2007, p. 221; Dolzer y Schreuer, nota superior 9, p. 149.

¹¹⁰ Howse y Esserman, "The Appellate Body, the WTO Dispute Settlement System and the Politics of Multilateralism", en *The WTO at Ten*, G. Sacerdoti (ed.) (2006), p. 61.

democracia, entendida como mecanismos de inclusión, es un ineludible fundamento¹¹¹.

1.2. Procedimientos

El derecho procesal de las instituciones judiciales internacionales es en gran parte producto de su propia creación¹¹². Como Jean-Marc Sorel apunta “la autorregulación es el sistema prevaleciente, lo que implica la mutabilidad de la reglas de procedimiento dentro del marco de la ley. Esta es una fuente importante de independencia y una de las maneras en que tal ‘creación’ puede escapar de sus creadores”¹¹³. Nosotros entendemos los desarrollos de las reglas procedimentales tendientes a dotar al proceso de una mayor transparencia y de ampliar las oportunidades de participación como una expresión del cambio en la concepción del poder jurisdiccional internacional y como parte de los intentos que tienen como meta fortalecer la capacidad de legitimación que se aloja dentro del propio procedimiento judicial. Es notable que a medida que es reconocida la dimensión “ius generativa” de la jurisdicción, los requisitos procedimentales tradicionales tienden a ser complementados con nuevas exigencias. La exitosa solución de controversias como objetivo general y las consideraciones de autonomía de las partes en el proceso ya no determinan los procedimientos por completo¹¹⁴.

Pero todavía queda por discutir una cuestión fundamental: ¿De qué manera pueden ser entendidos los procedimientos judiciales como espacios en los que se genere legitimidad democrática sin poner en duda el monopolio de los jueces sobre la decisión judicial, ni diluir un matizado concepto de democracia que exige la efectiva participación en los procesos de

¹¹¹ El concepto de democracia usado en este texto se desarrolla en von Bogdandy, “The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations”, en *Eur. J. Int’l L.*, núm. 23, 2012; y de manera menos elaborada en von Bogdandy (ed.), *Hacia un nuevo derecho público*, nota superior 62, pp. 257-259.

¹¹² Para la noción de derecho procesal véase a Kolb, “General Principles of Procedural Law”, en Zimmermann, Tomuschat, y Oellers-Frahm (eds.), nota superior 71, pp. 793-795.

¹¹³ Sorel, “International Courts and Tribunals, Procedure”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (ed.), 2009, en nota marginal 1.

¹¹⁴ Wolfrum, “Intervention in the Proceedings Before the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, en *Liber amicorum Günther Jaenicke – zum 85. Geburtstag*, V. Götz, P. Selmer, y R. Wolfrum (eds.) (1998), p. 427.

toma de decisión? Conceptualmente, hay dos características sobresalientes por medio de las cuales los procesos judiciales pueden fortalecer la legitimidad democrática de las sentencias¹¹⁵.

La primera se refiere a la justificación de las decisiones con respecto a los participantes en el proceso. Las partes en disputa están interesadas en la manera en que el caso es manejado y el tribunal debe lidiar con los argumentos que ellas presentan. Este tratamiento cooperativo de los temas en disputa no está solamente confinado a cuestiones de hecho o elementos probatorios sino que también se extiende a cuestiones de derecho. La segunda característica radica en ubicar la decisión judicial dentro del contexto general de justificación de la autoridad pública. La abierta discusión de intereses y las posiciones contrapuestas es parte de la base social de la democracia que alimenta el público democrático así como los procesos de integración social. Las sentencias de los tribunales son parte de esto y albergan un potencial democrático sólo si están inmersas en discursos normativos. Ambas características hacen patente la exigencia de desarrollar el derecho procesal.

A) *Publicidad y transparencia*

Un rasgo crucial para la publicidad son los procedimientos orales, previstos explícitamente en ciertos estatutos orgánicos de los tribunales internacionales¹¹⁶. En otros ámbitos como la OMC, en el cual rige la regla de la confidencialidad, los procedimientos se han abierto en la práctica a algunos prerrequisitos de publicidad y transparencia¹¹⁷. El reporte Sutherland de 2004 reforzó esta tendencia al sostener que: “el grado de confidencialidad de los procedimientos de solución de controversias vigente puede

¹¹⁵ Los conceptos sobre democracia deliberativa son cruciales en este aspecto. Los mismos han sido predominantes en el pensamiento democrático, véase a M. G. Schmidt, *Demokratietheorien* (2008), p. 236 et seq.; Cfr. A. Sen, *The Idea of Justice* (2009), p. 321 et seq.

¹¹⁶ Art. 46 del Estatuto de la CIJ, Art. 59 CIJ Reglas de la Corte, Art. 26 (2) Estatuto del TIDM; Art. 74 Reglas del TIDM; Art. 40 CEDH; Art. 63 (2) Reglas del TEDH, Arts. 67 y 68 del Estatuto de la CPI. Cfr. von Schorlemer, “Art. 46”, en Zimmermann, Tomuschat, y Oellers-Frahm (eds.), nota superior 71, pp. 1063, 1070-1071.

¹¹⁷ Arts. 14 (1), 18 (2) y 17 (10), ESD dispone que los procesos y las solicitudes escritas son confidenciales. Ehring, “Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization”, en *JIEL*, núm. 11, 2008, p. 1021.

ser visto como perjudicial para la OMC como institución” y sugiere que los procedimientos orales deberían ser públicos¹¹⁸.

Es innegable que tanto el debido respeto a los intereses de las partes así como de los secretos comerciales deben ser salvaguardados¹¹⁹. Aún admitiendo tal supuesto, afirmamos que existe a menudo un mayor espacio para la publicidad. La posición tomada por el panel en *Canada-Continued Suspension* es un ejemplo destacable. El panel sostuvo audiencias públicas y justificó esta medida ante las partes con el original argumento de que las medidas de confidencialidad en los procedimientos sólo están relacionadas con las deliberaciones internas del panel, pero no abarcan el intercambio de argumentos entre las partes¹²⁰. El Órgano de Apelación sostuvo, en otro caso, que: “[e]n la práctica el requerimiento de confidencialidad del artículo 17.10 tiene sus límites... la divulgación pública de los informes del Órgano de Apelación es una característica inherente y necesaria en nuestro sistema de adjudicación basado en reglas. Consecuentemente, bajo las reglas del ESD, la confidencialidad es relativa”¹²¹.

También en los procedimientos en el marco del CIADI ya han aparecido las primeras grietas que podrían ensancharse prontamente para acomodar los crecientes reclamos por una mayor transparencia¹²². En junio de 2005 el Comité de Inversiones de la OCDE mostró su autoridad en el debate en cuestión, advirtiendo que: “existe un consenso general entre los miembros del Comité de Inversiones a favor de mayor transparencia, en particular, en relación con la publicación de los laudos arbitrales... es necesario mejorar la efectividad y la aceptación pública del arbitraje inter-

¹¹⁸ La Junta Consultiva del Director-General Supachai Panitchpakdi, “The Future of the WTO: Adressing Institutional Challenges in the New Millenium (‘Sutherland Report’)”, 2004, párr. 262 et seq.

¹¹⁹ Weiler, “The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats. Reflections on the Internal and External Legitimacy of the WTO Dispute Settlement”, en *J World Trade*, núm. 35, 2001, p. 191; van den Bossche, “From afterthought to centerpiece: The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System”, en Sacerdoti *et al.* (eds.), nota superior 107, p. 289; Ehlermann, “Six Years on the Bench of the ‘World Trade Court’- Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization”, en *J World Trade*, núm 36, 2002, p. 605.

¹²⁰ Reporte del Panel, *Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, WT/DS321/R, 31 de marzo de 2008, párr. 7.47.

¹²¹ Reporte del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Existencia y Aplicación de la Metodología Zeroing* WT/DS350/AB/R. 4 de febrero de 2009, párr. 4.

¹²² Brower, Brower II, y Sharpe, “The Coming Crisis in the Global Adjudication System”, en *Arb Int’l*, núm. 19, 2003, p. 415; C. McLachlan, L. Shore, y M. Weiniger, *International Investment Arbitration, Substantive Principles* (2007), p. 57.

nacional sobre inversiones así como contribuir al mejor desarrollo de un acervo público de jurisprudencia”¹²³. Dicho Comité, además de conectar claramente cuestiones de transparencia con cuestiones de legitimidad y efectividad, explícitamente prescribe la necesidad de construir un cuerpo visible de jurisprudencia como un objetivo que debe ser alcanzado¹²⁴.

B) *La intervención de terceros*

Vías adicionales para responder a los problemas de justificación del ejercicio de autoridad pública por parte de los tribunales internacionales pueden ser encontradas si se incrementan las posibilidades de participación e intervención de terceros. Especial mención merece el caso *Pulau Litigan*, en el que la CIJ consideró que un sujeto puede intervenir como parte, incluso si no pudo demostrar ningún vínculo con alguna de las otras partes¹²⁵. La tendencia hacia la ampliación de la participación en los procedimientos judiciales atestigua un creciente reconocimiento de que los efectos que producen los fallos trascienden a las propias partes. Ello puede interpretarse como un indicador del déficit que arroja la concepción relativa a las decisiones judiciales como actos que simplemente buscan el derecho aplicable al caso concreto o que son actos que sólo interesan a las partes¹²⁶.

En atención a los procedimientos de la OMC se observa una tendencia a reconocer la participación de los miembros que no son partes de la disputa en todas las etapas del proceso¹²⁷, en contraste con los procedimientos de la CIJ y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM). Sin

¹²³ OCDE, “Transparency and Third Party Participation in Investor – State Dispute Settlement Procedures: Statement by the OECD Investment Committee”, 2005, p. 1.

¹²⁴ Véase las reformas a las Reglas de Procedimiento del CIADI, 10 de abril de 2006, Regla 32 (2). Compárese con *Aguas Argentinas Sa. Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic*, CIADI Caso N° ARB/03/19, 2005, Resolución en respuesta a una petición por Transparencia y Participación en calidad de Amicus Curiae, párr. 1.

¹²⁵ *Sovereignty over Pulau Litigan und Pulau Sipadan (Indonesien v. Malaysia)*, Solicitud por parte de las Filipinas para permitirle intervenir, 2001, CIJ Rep. 575, párr. 35.

¹²⁶ Cfr. E. Jouannet, “Remarques d’ensemble”, en *Le tiers à l’instance devant les juridictions internationales* H. Ruiz Fabri y J.-M. Sorel (eds.) (2005), p. 255, Zimmermann, “International Courts and Tribunals, Intervention in Proceedings”, en Wolfrum (ed.), nota superior 110, 2006.

¹²⁷ Arts. 4 (11), 10, 17 (4), y 21 ESD; compárese con Hilf, “§27, Das Streitbeilegungssystem der WTO”, en *WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels*, M. Hilf y S. Oeter (eds.) (2005), pp. 505, 521; McRae, “What is the Future of WTO Dispute Settlement?”, en *JIEL*, núm. 7, 2004, p. 2.

embargo, las reglas escritas de derecho procesal no garantizan el derecho de las partes a intervenir, pues todavía pertenece al ámbito de discrecionalidad de los paneles si las audiencias son abiertas a terceros o no, y con qué frecuencia deben abrirse¹²⁸. En *EC-Bananas III*, un buen número de países en vías de desarrollo solicitaron asistir a las audiencias y el panel resolvió que las decisiones respecto de este tema hasta ese momento siempre habían sido tomadas con el consentimiento de las partes en disputa —un elemento central que no estaba presente en dicho caso. No obstante, el panel atendió dicha solicitud y justificó su decisión aludiendo a las implicaciones económicas que las restricciones europeas tenían sobre el comercio del banano¹²⁹. Desde entonces, la práctica judicial ha favorecido las posibilidades de participación en los procesos judiciales.

En materia de arbitraje comercial la práctica aún da poca cabida a la participación de terceros. Las razones para esto son similares a las que se invocan contra la transparencia y la publicidad de los procedimientos, a saber: la efectiva resolución de una controversia en los casos concretos, la preservación de la confidencialidad de ciertos asuntos mercantiles, y el mantenimiento de un espacio para hacer concesiones y compromisos sensibles, que solamente pueden ser logrados en el marco de la confidencialidad¹³⁰. No obstante también existen tendencias hacia la expansión de la participación en los procedimientos, que pueden ser discutidas de mejor manera en relación con el papel del *amici curiae*.

C) *Amici curiae*

Usualmente, los *amici curiae* son aquellos actores que no tienen un interés jurídicamente protegido en un caso determinado, pero que quieren intervenir en el mismo¹³¹. Sobre todo, la participación de las ONGs puede

¹²⁸ Art. 10 y Apéndice 3 (6) ESD; Cfr. Arend, “Article 10 DSU”, en *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, R. Wolfrum, P.-T. Stoll, y K. Kaiser (eds.) (2006), vol. 2. p. 373.

¹²⁹ Véase P. van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization* (2008), p. 279.

¹³⁰ Delany y Magraw, “Procedural Transparency”, en *Oxford Handbook of International Investment Law*, P. Muchlinski, F. Ortino, y C. Schreuer (eds.) (2009), pp. 721, 775.

¹³¹ Sands y Mackenzie, “International Courts and Tribunals, Amicus Curiae”, en Wolfrum, nota superior 110, nota marginal 2; Zimmermann, nota superior 123, nota marginal 1. La terminología no es utilizada consistentemente; véase Vierucci, “NGOs before International Courts and Tribunals”, en *NGOs in International Law*, P.-M. Dupuy y L. Vierucci (eds.) (2008), pp. 155, 156; Ascencio, “L’amicus curiae devant les juridictions internationales”, en *RGDIP*, núm. 105, 2001, p. 897.

abrir potenciales de legitimación ya que pueden tender un puente entre los procedimientos jurídicos y un público global o nacional. También pueden introducir perspectivas adicionales o pueden desencadenar procesos de mayor publicidad que contribuyen a la discusión y movilización del público en general. La sociedad civil tiende a mostrar mayor sensibilidad por los temas sociales y ecológicos en comparación con los actores públicos que están en el centro del proceso de toma de decisiones de la política internacional¹³².

Las normas procesales de la CIJ y del TIDM no contienen disposiciones relativas a la participación de *amici curiae*¹³³. En uno de los primeros casos de la CIJ, el secretario encargado del registro rechazó la petición de una ONG de presentar por escrito y de exponer oralmente su punto de vista¹³⁴. Esta decisión se aplica en casos contenciosos, pero no cuando la CIJ actúa en ejercicio de su facultad consultiva¹³⁵. Poco tiempo después, la misma ONG recibió una respuesta positiva a su petición de participar como *amicus curiae* en el procedimiento consultivo del caso *Status of South-West Africa*¹³⁶. Desde el caso *Gabcikovo-Nagymaros* ha quedado claro que los escritos de *amicus curiae* pueden introducirse como parte de las promociones de las partes en disputa¹³⁷. Más allá de este mínimo común denominador prevalece un considerable desacuerdo dentro de la CIJ acerca de cómo tratar los escritos de *amicus curiae*. Las opiniones divididas han impedido hasta ahora valorar los avances en el tema, como ya ha ocurrido en otras instituciones judiciales¹³⁸. El ex presidente Gilbert Guillaume dijo cándidamente que en la actualidad los Estados y las instituciones intergubernamentales deben protegerse contra “poderosos grupos de presión que hoy los acosan con el apoyo de los influyentes medios de comunicación”. Por esa razón, argu-

¹³² Habermas, nota superior 2, pp. 303 y 382; Nanz y Steffek, “Zivilgesellschaftliche Partizipation und die Demokratisierung internationalen Regierens”, en *Anarchie der kommunikativen Freiheit*, P. Niesen y B. Herborth (eds.) (2007), p. 87; von Bernstorff, “Zivilgesellschaftliche Partizipation in Internationalen Organisationen: Form globaler Demokratie oder Baustein westlicher Expertenherrschaft?”, en Brunkhorst (ed.), nota superior 97, p. 277.

¹³³ En detalle véase Wolfrum, nota superior 111.

¹³⁴ Véase Dupuy, “Article 34”, en *Non-Governmental Organisations in International Law*, Zimmermann, Tomuschat, y Oellers-Frahm (eds.), nota superior 71, p. 303.

¹³⁵ Art. 66 del Estatuto de la CIJ.

¹³⁶ Lindblom, nota superior 131, p. 303.

¹³⁷ *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungría v. Eslovaquia), 1997 CIJ, Reporte 7.

¹³⁸ Véase CIJ Dirección de Práctica XII, 2004.

mentó que la CIJ debía mejor aislarse de los indeseables envíos de *amicus curiae*¹³⁹.

Tampoco los Acuerdos de la OMC contienen disposición alguna sobre el tratamiento que debe otorgarse a los escritos de *amici curiae*. Sin embargo, en este contexto la práctica jurídica ha alentado la idea de que tal vez los *amici curiae* tengan algo que decir¹⁴⁰. En el caso *US-Gasoline*, las ONGs pugnaron por presentar sus opiniones, pero fueron ignoradas por el panel. En el caso pionero *US-Shrimp* el panel, nuevamente, rechazó explícitamente el envío de *amici curiae*, pero esto fue corregido por el órgano de apelaciones¹⁴¹.

Durante largo tiempo los procedimientos ante el CIADI han estado cerrados a la posibilidad de participación de sujetos distintos a las partes, pero esta práctica está comenzando a cambiar¹⁴². La Comisión del Tratado del Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) aprobó una recomendación en la cual sostuvo que las reglas de procedimiento en principio no prohíben permitir a terceros dar sus puntos de vista. Asimismo argumentó que los paneles deben guiarse por la consideración de si un caso involucra o no temas de interés público cuando adopten sus decisiones¹⁴³. De manera similar, el Comité de Inversiones de la OCDE elaboró un informe mencionando que: “en la medida en que los procedimientos traten temas de interés público, sería particularmente deseable permitir la participación de terceros”¹⁴⁴. Las nuevas Reglas de Arbitraje del CIADI de

¹³⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva, Opinión Disidente, Juez Guillaume, 1996, CIJ, Reporte 287.

¹⁴⁰ Howse, “Membership and its Privileges: the WTO, Civil Society, and the Amicus Brief Controversy”, en *ELJ*, núm. 9, 2003, p. 496; P.C. Mavroidis, “Amicus Curiae Briefs Before the WTO, Much Ado About Nothing”, en *European Integration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, A. von Bogdandy, Y. Mény, y P.C. Mavroidis (eds.) (2002), p. 317.

¹⁴¹ Reporte del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importación de determinados Camarones y Productos de Camarón*, WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, en párr. 106. El caso *EC – Asbestos* es de gran relevancia. Véase especialmente el Comunicado del Tribunal de Apelación de la OMC, WTO Doc. WT/DS135/9, 8 de noviembre de 2000. Minutos antes de las Sesión del Consejo General el 22 de noviembre de 2000, WTO Doc. WT/GC/M/60, 23 de enero de 2001.

¹⁴² Véase Delaney y Magraw, nota superior 127.

¹⁴³ Comisión para el Libre Comercio, TLCAN, “Recommendation on Non-disputing Party Participation”, 7 de octubre de 2004.

¹⁴⁴ “Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures”, declaración por parte del Comité de Inversores de la OCDE, p. 1.

2006 finalmente introdujeron un nuevo artículo 37 que ahora establece la posibilidad de que terceros y *amici curiae* presenten escritos¹⁴⁵.

1.3. Politización

En nuestra opinión, la autoridad pública de los tribunales internacionales en último término requiere politización como parte de su justificación. Es un tema muy delicado; seguramente no proponemos “cortes politizadas” en el sentido común de esta expresión. Más bien concebimos la politización como respuesta al hecho de que los tribunales internacionales anhelan tener contrapartes político-legislativas, ya que las instituciones judiciales necesitan ser entendidas como parte de un contexto más amplio de política democrática. El éxito de muchos tribunales internacionales nos conduce a la cuestión de su correspondiente contexto político. Con esto no estamos sugiriendo que guardemos cariño por los juegos políticos de poder, sino más bien apuntamos a la necesidad de contar con espacios multilaterales que sean usados y construidos para que los actores puedan involucrarse en una competencia política, introduciendo sus intereses, explicando sus convicciones, discutiendo sus creencias y fijando sus posiciones¹⁴⁶. La politización abre contextos para la justificación.

Es posible constatar numerosos esbozos generales visionarios, que sugieren construir instituciones federales globales o reformar las estructuras de las Naciones Unidas, sobre todo fortaleciendo las cualidades parlamentarias de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁴⁷. Estos son proyectos muy ambiciosos más allá del horizonte de este estudio. Pero también hay caminos para la politización que resultan más accesibles y viables. Por ejemplo vale la pena acotar que, dentro del marco institucional de la OMC, tres ex Directores Generales reconocieron explícitamente los límites de la creación judicial del derecho así como la amenaza que representa para la organización el uso que los Estados miembros hacen de los procedimientos de solución de controversias “como un medio para llenar las lagunas

¹⁴⁵ Art. 37 (2) Reglas de Arbitraje. Véase también “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, Documento para la Discusión del CIADI, 22 de octubre de 2004.

¹⁴⁶ Compárese con Weber, “Wissenschaft als Beruf”, en *Max Weber Gesamtausgabe*, núm. 17, 1992, p. 506; R. Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung* (2007), p. 7. Véase también Venzke, nota superior 63, p. 1425.

¹⁴⁷ Habermas, “Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft”, en *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, W. Brügger, U. Neumann, y S. Kirste (eds.) (2009), pp. 360, 368 y 376.

del sistema de la OMC”¹⁴⁸. Sus afirmaciones apuntan hacia los métodos político-legislativos de creación del derecho en las organizaciones internacionales, que con regularidad pueden, a pesar de los obstáculos bien conocidos, ser más adecuados para hacer frente a los problemas en las materias sometidas a regulación¹⁴⁹. Una de las posibles estrategias de politización es la vía de las interpretaciones auténticas con el objetivo de causar un impacto en la jurisprudencia.

La Comisión para el Libre Comercio del TLCAN esbozó por ejemplo una interpretación en el muy controvertido estándar de trato justo y equitativo, en el contexto del caso *Pope & Talbot* con lo que buscó limitar una interpretación extensiva. No obstante los árbitros de manera sorprendente prestaron poca atención a la interpretación de la Comisión¹⁵⁰. Otra variante de la politización puede surgir en la estrategia de abstenerse de agregar a la sustancia de una norma controvertida y en cambio formular requerimientos procedimentales, forjando un procesamiento discursivo del conflicto por los actores políticos y las partes en disputa. El Órgano de Apelación de la OMC ha interpretado el artículo XX GATT en este sentido y ha obligado a los Estados reguladores a incluir a los actores afectados en los procesos administrativos nacionales de toma de decisión. Más que añadir algo a la sustancia del Artículo XX GATT, otorgó derechos procesales a los afectados¹⁵¹. El TIDM ha dado una lectura similar al Artículo 73 del Acuerdo Internacional sobre Derecho del Mar, en el sentido de garantizar dere-

¹⁴⁸ A. Dunkel, P. Sutherland, y R. Ruggiero, *Statement on the Multilateral Trading System*, (2001), p. 1.

¹⁴⁹ Feichtner, “The Waiver Power of the WTO: Opening the WTO for Political Debate on the Reconciliation of Public Interests”, en *Eur. J. Int’l L.*, núm. 20, 2009, p. 615.

¹⁵⁰ Comisión de Libre Comercio, TLCAN, “Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions”, 31 de julio de 2001. En las más recientes resoluciones arbitrales, se ve una tendencia a aplicar la interpretación estricta de la Comisión de Libre Comercio. Véase *Glamis Gold Ltd. V. Estados Unidos de América*, Resolución del 8 de junio de 2009, párr. 598 et seq.

¹⁵¹ Una parte importante de la jurisprudencia de la OMC apoya este enfoque: Reporte del Órgano de Apelación, *Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, párr. 22; Reporte del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importación de ciertos camarones y ciertos productos de camarón*, Recurso del Art. 21.5, WT/DS58/AB/R, párrs. 164 y 167. Véase von Bogdandy, “Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO law and the Prospects of its Proceduralization”, en *International Economic Governance and Non-Economic Concerns*, S. Griller ed., 2003, p. 103.

chos procesales a los Estados navegantes en aquéllos procesos nacionales de los Estados costeros¹⁵².

Este enfoque puede conducir a las partes en disputa a resolver sus controversias con fundamento en el derecho internacional y bajo el amparo de procedimientos judiciales. Acoge la idea de la teoría constitucional según la cual los tribunales sirven mejor al principio democrático si fomentan un proceso político justo¹⁵³. En síntesis, puede ser beneficioso para la legitimidad democrática de las sentencias de los tribunales internacionales, que éstos no formulen interpretaciones sustantivas de la norma controvertida, sino que deleguen esa tarea a las partes en disputa, en contextos multilaterales bajo su supervisión y tutela.

2. *Independencia, imparcialidad y elección de los jueces internacionales*

2.1. La importancia de la independencia y la imparcialidad

Una vía clásica para la legitimación democrática de una autoridad pública es la elección o selección de las personas que ejercen el poder. Esto nos lleva a estudiar los procedimientos de selección y nombramiento de los jueces. Pero aparentemente, el objetivo principal de estos procedimientos parece ser no tanto la legitimación democrática sino encomendar a individuos íntegros la aplicación del derecho de manera independiente e imparcial¹⁵⁴. El artículo segundo del Estatuto de la CIJ señala de manera ejemplar que: “[l]a Corte será un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países”¹⁵⁵.

En general, los procedimientos de los diferentes regímenes muestran muchas semejanzas. En la constelación de Naciones Unidas, el Secretario General o los secretariados de las organizaciones sectoriales invitan a los

¹⁵² *Caso de Comercio Juno (San Vicente y las Granadinas v. Guinea-Bissau)* Pronta Liberación, TIDM, 18 de diciembre de 2004, párrs. 77 y 102.

¹⁵³ Habermas, nota superior 2, p. 263; J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, p. 100; U. Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen* (1998). Cfr. Ioannidis, “A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication: Developing Standards of Participation in WTO Law”, en *German LJ*, núm. 12, 2011, p. 1175.

¹⁵⁴ Benvenisti y Downs, “Prospects for the Increased Independence of International Tribunals”, en *German LJ*, núm. 12, 2011, p. 1057.

¹⁵⁵ Art. 2 del Estatuto de la CIJ.

Estados miembros a enviar propuestas de nominación. Los candidatos son seleccionados por el pleno de la organización o por la Asamblea de todos los Estados. El ejemplo de la CIJ es paradigmático. La Asamblea General y el Consejo de Seguridad eligen a los jueces por mayoría absoluta y en votación secreta por un término de nueve años con posibilidades de reelección. No más de dos de los quince jueces pueden tener la misma nacionalidad y en la Corte deben estar representados “los principales sistemas jurídicos del mundo”¹⁵⁶. Con frecuencia, las partes en disputa que no tienen un juez de su misma nacionalidad en la Corte pueden escoger un juez *ad hoc*¹⁵⁷.

Los análisis de la práctica en la selección de los jueces han subrayado el dominio del poder ejecutivo en el proceso. La posición política de un Estado y su fuerza dentro de un régimen internacional son decisivas en sus oportunidades de llenar una vacante en una corte internacional. En la mayoría de los casos los candidatos necesitan el decidido respaldo de sus respectivos gobiernos, los cuales deben invertir un considerable capital político en la campaña para la elección¹⁵⁸.

Las sugerencias para mejorar este proceso se centran en las calificaciones de los jueces, su independencia y su imparcialidad. Para tal efecto algunos proponen introducir períodos más largos en el cargo y eliminar la posibilidad de reelección. Ello puede disminuir la dependencia de los jueces de sus gobiernos, cuyo apoyo requerirían en la campaña para la reelección¹⁵⁹. El esfuerzo por tener mejores posibilidades de evaluar a los candidatos es otro objetivo de la reforma. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, por ejemplo, requiere que los Estados miembros deban justifi-

¹⁵⁶ Art. 9. del Estatuto de la CIJ.

¹⁵⁷ *Ibidem*, Art. 31 (2)-(3); Art. 17 Estatuto TIDM; Cfr. Scobbie, “Une hérésie en matière judiciaire? The Role of the Judge ad hoc in the International Court”, en *Law Practice of Int'l Courts and Tribunals*, núm. 4, 2005, p. 421.

¹⁵⁸ Jouannet, “Actualité des questions d’indépendance et d’impartialité des juridictions internationales”, en *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, H. Ruiz Fabri y J.-M. Sorel (eds.) (2010), pp. 271, 283 et seq.; D. Terris, C. Romano, y L. Swigart, *The International Judge: An Inquiry into the Men and Women Who Decide the World Cases* (2007), p. 23; Sands, “The Independence of the International Judiciary; Some Introductory Thoughts”, en *Law in the Service of Human Dignity, Essays in Honour of Florentino Feliciano*, S. Charnovitz, D. Steger, y P. van den Bossche (eds.) (2005), pp. 313, 319.

¹⁵⁹ Mackenzie y Sands, “Judicial Selection for International Courts: Towards Common Principles and Practices”, en *Appointing Judges in an Age of Judicial Power*, K. Maleson y P. Russell (eds.) (2006), pp. 213, 223; Keohane, Moravcsik, y Slaughter, “Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational”, en *Int'l Org.* núm. 54, 2000, pp. 457, y 476.

car las candidaturas, proveyendo así condiciones mínimas para un debate significativo¹⁶⁰.

Los imperativos de independencia e imparcialidad de los jueces internacionales son sumamente valiosos. Pero tales criterios no agotan el potencial de legitimación democrática que la selección de los jueces contiene. En particular cuando los tribunales se involucran en la creación judicial del derecho en áreas que son muy discutidas, las tendencias políticas de los jueces adquieren un papel preponderante. Por esta razón es fundamental considerar el punto de fuga de la justificación democrática. ¿En nombre de quién dictan sentencia los tribunales internacionales y cuál es el foro adecuado para elegir a los jueces internacionales?

2.2. Elección y foro democrático

En la jurisdicción constitucional doméstica hay buenas razones para involucrar a la representación del soberano democrático en la elección de los jueces. Esto normalmente se traduce en el requerimiento de la participación parlamentaria la cual es complementada, a la luz de consideraciones teóricas sobre el discurso, con exigencias de publicidad¹⁶¹. Pero, ¿cuáles instituciones y foros deben elegir a los jueces internacionales en la medida en que los pueblos que están sujetos a la jurisdicción del tribunal no constituyen un solo pueblo? Esta pregunta ya le había causado a Kant muchos dolores de cabeza¹⁶². Pueden distinguirse tres posibles respuestas¹⁶³.

¹⁶⁰ Art. 36 (4), Estatuto de la CIJ.

¹⁶¹ Compárese, Art. II, párr. 2, inciso 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América; Art. 94 de la Ley Fundamental de Alemania; Art. 150 de la Constitución de Estonia; Art. 135 de la Constitución de Italia; Art. 85 de la Constitución de Letonia; Art. 103 de la Constitución de Lituania; Art. 147 de la Constitución de Austria; Art. 149 de la Constitución de Polonia; Art. 159 de la Constitución de España. Véase también Malleon y Russell (eds.), nota superior 156; C.N. Tate y T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power* (1995).

¹⁶² von Bogdandy y Dellavalle, "Universalism Renewed: Habermas' Theory of International Order in Light of Competing Paradigms", en *German LJ*, núm. 10, 2009, pp. 5, 29.

¹⁶³ Compárese con Krisch, "The Pluralism of Global Administrative Law", en *Eur. J. Int'l L.*, núm. 17, 2006, pp. 247, 253; de Wet, "Holding International Institutions Accountable: The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review", en *German LJ*, núm. 11, 2008, pp. 1987, 1989; Peters, "Dual Democracy", en *The Constitutionalization of International Law*, J. Klabbers, A. Peters, y G. Ulfstein (eds.) (2009), pp. 264, 297.

El *enfoque intergubernamental* tradicional remonta la autoridad de los tribunales internacionales a la voluntad de sus padres fundadores, que son los Estados. Los gobiernos de los Estados figuran entonces de manera prominente como representantes en el derecho internacional [basta considerar el artículo 7(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados]. Según esta perspectiva, la selección de los jueces forma una parte genuina de la política internacional y por ello permanece potestad del ejecutivo. Este enfoque, de hecho, informa la mayoría de los procedimientos para la elección de jueces. Algunos incluso sugieren que los jueces deben ser responsables ante el *input* de sus gobiernos. Argumentan que solamente así puede asegurarse que la voluntad de las partes sea efectivamente implementada¹⁶⁴.

El *enfoque liberal* no acepta la división entre política doméstica y política internacional que caracteriza al tradicional enfoque gubernamental. Una distinción categórica es de hecho cada vez menos plausible en un contexto de globalización. El enfoque liberal por tanto postula alinear los procedimientos de selección de los jueces de alto rango, tanto domésticos como internacionales, con lo cual se apunta hacia un papel preeminente de los parlamentos nacionales¹⁶⁵.

El *enfoque cosmopolita*, en contraste, fija su mirada en los nuevos foros internacionales. Toma al ciudadano como punto de referencia fundamental en la justificación de la autoridad pública y lo dota de una identidad nacional así como de una identidad cosmopolita. Esta última relaciona al ciudadano con las instituciones internacionales y sobre esta base los foros parlamentarios internacionales pueden generar legitimidad democrática en la elección de los jueces¹⁶⁶. Dicho enfoque encuentra una muy cautelosa expresión en la elección de los jueces del TEDH por parte de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa¹⁶⁷. Desde 1998 las entrevistas con los candidatos realizadas por un subcomité también han robustecido

¹⁶⁴ Posner y Yoo, "Judicial Independence in International Tribunals", en *California L Rev*, núm. 93, 2005, p. 1.

¹⁶⁵ En línea con esto, el Parlamento alemán influenciará la selección de los jueces alemanes en el Tribunal Europeo de Justicia; véase Richterwahlgesetz in der Fassung des Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union, 22 de septiembre de 2009, pp. 1 y 3.

¹⁶⁶ Véase Arndt, "Parliamentary Assemblies, International", en Wolfrum (ed.), nota superior 110, (2006).

¹⁶⁷ Art. 22, CEDH. Véase Frowein, "Art. 22", en *EMRK-Kommentar*; J. A. Frowein y W. Peukert (eds.) (2009), nota marginal 2.

el potencial de desarrollo de un público que incrementa aún más el impulso legitimador. Este elemento procedimental, por ejemplo, produjo una positiva politización del proceso de elección cuando la Asamblea rechazó la lista de candidatos de un estado miembro en razón de que no incluía a ninguna candidata femenina¹⁶⁸.

2.3. Parlamentarismo internacional

¿Cuál es el alcance de la justificación que pueden proporcionar los enfoques transnacional y cosmopolita? La teoría del discurso resulta útil una vez más. Habermas ha propuesto aflojar los estrechos lazos que vinculan los conceptos de democracia, Constitución y derecho con la idea del Estado. Explora las cuestiones de legitimación democrática en una sociedad mundial políticamente organizada, sin asumir que esta organización política tiene los atributos del Estado, ni sugerir que éste sea un objetivo que deba ser alcanzado¹⁶⁹. Habermas allana el camino para imaginar la democracia sin implicar la existencia de un pueblo unitario. Al mismo tiempo subraya que los órdenes constitucionales domésticos han creado procesos democráticos para la formación de una opinión pública y una voluntad política que son difíciles de reproducir a nivel internacional¹⁷⁰. Para legitimar las nuevas formas de autoridad pública en la constelación actual, por tanto, hay que ligarlas a las vertientes de legitimación dentro de los Estados democráticos y además complementarlas con una legitimación adicional de base cosmopolita¹⁷¹.

En consecuencia, la participación de órganos internacionales en la elección de los jueces puede ofrecer un cierto grado de justificación transnacional y posiblemente cosmopolita. Para este propósito es crucial que la elección de los jueces se encuentre inmersa en un público global. Esta no es una mera aspiración. Podemos recordar que la elección de Christopher Greenwood en la CIJ provocó la discusión y crítica globales por sus opi-

¹⁶⁸ Advisory Opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights, TEDH Gran Sala, 12 de febrero de 2008. También nótese que algunos estatutos explícitamente intentan remediar la situación de la poca representación de la mujer; véase por ejemplo el Art. 36 (8) (a) (iii) del Estatuto de CPI.

¹⁶⁹ J. Habermas, *Die postnationale Konstellation* (1998), p. 165.

¹⁷⁰ Habermas, nota superior 91, p. 141.

¹⁷¹ Habermas, nota superior 144, p. 362. Para la utilidad de lo cosmopolita en el estudio de la gobernanza global véase Zürn, "Vier Modelle einer globalen Ordnung in Kosmopolitischer Absicht" en *Politische Vierteljahresschrift*, núm. 52, 2011, p. 78.

niones jurídicas con respecto a la guerra de Irak¹⁷². No obstante debe ser apuntado que el grado de justificación transnacional y cosmopolita depende de la calidad discursiva de la participación. En cualquier caso, el mecanismo de la elección de los jueces tal como es practicado en el contexto del TEDH resulta ser un verdadero adelanto desde el punto de vista de la teoría democrática.

3. *¿Interpretación sistemática como estrategia democrática?*

Hemos sostenido que el proceso de fragmentación crea problemas para la legitimación democrática de la autoridad pública de los tribunales internacionales. En respuesta, cabe preguntarnos si la interpretación sistemática puede ser una estrategia para frenar estos efectos negativos. El artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prescribe que en la interpretación de los tratados: “[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta ... toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. El Informe de la Comisión de Derecho Internacional relativo a la fragmentación entiende esta regla de interpretación como expresión del principio de integración sistemática. En palabras del informe, la regla y el principio de integración sistemática: “... pide al órgano de resolución de controversias —o al abogado que quiere averiguar ‘cuál el derecho aplicable’— que sitúe las normas invocadas por las partes interesadas en el contexto de otras normas y principios que podrían tener relación con la causa. En este proceso, las fuentes más concretas o inmediatamente disponibles se interpretan las unas respecto de las otras y teniendo en cuenta el derecho general ‘que sirve de fondo’”¹⁷³. El punto decisivo es que la interpretación de una norma “reside en el entorno jurídico más amplio, el ‘sistema’ del derecho internacional en su conjunto”¹⁷⁴.

Efectivamente, la idea de un sistema jurídico está marcada por serias dificultades y tiende a estar sobrecargada con aspiraciones filosóficas. No hace mucho tiempo el sistema jurídico era considerado como inherente al derecho en una especie de moda cripto-idealista. Bajo esta concepción,

¹⁷² Véase <http://opiniojuris.org/2008/11/03/will-the-icj-have-a-us-style-nomination-fight-we-can-only-hope/>.

¹⁷³ Comisión de Derecho Internacional, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, 13 de abril de 2006, Doc. De la UN A/CN.4/L.682, párr. 479.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

la idea de un sistema en efecto enfrenta problemas democráticos muy severos. Si las exageradas esperanzas sobre lo que la idea de sistema puede realmente conseguir son flexibilizadas y liberadas de sus vínculos con el estatismo, entonces aparece como un instrumento externo para ordenar y manejar el derecho. Hoy en día la idea de un sistema figura como objetivo de la práctica de la interpretación¹⁷⁵. Con este trasfondo es posible encontrar argumentos idóneos a favor de suponer que existe un sistema de derecho internacional¹⁷⁶. En la práctica comunicativa —esto es, en el nivel de la interpretación— la idea de sistema tiene un papel protagónico, especialmente por el impacto de la fragmentación. Encuentra expresión en la idea de que el significado de una norma es inevitablemente contextual y relacional. También la extensa discusión acerca de la fragmentación del derecho internacional, y el prolongado dominio de este tópico, son un fuerte testimonio de la fijación predominante que clama por el sistema jurídico. Precisamente se cuestiona la fragmentación de partes sectoriales del derecho, que conceptualmente deberían pertenecer a un todo¹⁷⁷. Finalmente, la exigencia de relacionar las interpretaciones a una idea de sistema es parte del derecho positivo y del prevaleciente ethos jurídico. En suma, es tarea de todo intérprete apuntar hacia el sistema porque ello también sirve de apoyo a la igualdad jurídica.

El principio de interpretación sistemática se encuentra presente en numerosas decisiones judiciales, a pesar de que los tribunales rara vez invocan explícitamente el Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Pero la CIJ viene sosteniendo desde 1971 que: “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado dentro del marco general del sistema jurídico en vigor al momento de la interpretación”¹⁷⁸. También el Órgano de Apelación de la OMC resolvió en

¹⁷⁵ R. Christensen y H. Kudlich, *Gesetzesbindung. Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis* (2008), p. 139; Oeter, “Vielfalt der Gerichte – Einheit des Prozessrechts?” en *Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft*, R. Hofmann et al. (eds.), 2007, pp. 149 y 158; Simma y Kill, “Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology”, en *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, C. Binder y otros (eds.) (2009), pp. 678, 686.

¹⁷⁶ Simma y Pulkowski, “Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law”, en *Eur. J. Int'l L.*, núm. 17, 2006, p. 483; Dupuy, “L’unité de l’ordre juridique international” en *Recueil des Cours*, núm. 297, 2002, pp. 12, 89.

¹⁷⁷ G.W.F. Hegel, *Wissenschaft der Logik I*, (1932 [1812]), p. 59.

¹⁷⁸ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Opinión Consultiva [1971] CIJ, Reporte 16, párr. 53.

su primer caso que el GATT no debía ser leído en “aislamiento clínico del derecho internacional público”¹⁷⁹. El derecho internacional económico, en el contexto de la OMC, que constituye la parte más ampliamente judicializada del derecho internacional universal, se presenta a sí mismo como parte del derecho internacional.

Las preocupaciones acerca de la factibilidad práctica en el sentido de que no puede esperarse que el intérprete y el juez internacional tomen en cuenta todo el derecho internacional, no son persuasivas. La interpretación sistemática no exige un juez ideal como el súper-humano Hércules de Dworkin, capaz de encontrar la única interpretación correcta de la norma en cuestión, a la luz de toda la práctica jurídica del sistema¹⁸⁰. La integración sistemática es sólo el objetivo señalado por las reglas de interpretación. Aún más, las decisiones individuales están inmersas en contextos discursivos más amplios¹⁸¹. En el curso de la fragmentación también es posible que diferentes concepciones compitan en un diálogo *entre cortes*¹⁸². Las interpretaciones de tribunales funcionalmente especializados pueden ser alineadas por medio del lenguaje común del derecho internacional. Desde luego esto requiere que los tribunales internacionales observen una actitud dialógica. Algunas voces provenientes de los tribunales indican que están inclinados a seguir este camino¹⁸³. Si bien existe el peligro de maquillar resultados fácticos que son producto de las relaciones de poder, esta forma de enfrentar las consecuencias de la fragmentación es de todas maneras preferible en comparación con las propuestas que introducirían una jerarquía formal entre las instituciones judiciales, por ejemplo, instalando a la CIJ como una autoridad superior que puede resolver procedimientos

¹⁷⁹ Reporte del Órgano de Apelación, *US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, p. 17.

¹⁸⁰ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977).

¹⁸¹ Habermas, nota superior 2, p. 224.

¹⁸² Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals* (2003), p. 272; H. Sauer, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen* (2008), p. 107; Teitel y Howse, “Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order”, en *NYU J Int’l L & Politics*, núm. 41, 2009, p. 959; Kleinlein, “Judicial Lawmaking by Judicial Restraint? The Potential of Balancing in International Economic Law”, en *German LJ*, núm. 12, 2011, p. 1141.

¹⁸³ Treves, nota superior 7; Higgins, “A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench”, en *ICLQ*, núm. 55, 2006, p. 791; Simma, “Fragmentation in a Positive Light”, en *Michigan J Int’l L*, núm. 25, 2004, p. 845.

preliminares o de consulta¹⁸⁴. Esto no estropea las ventajas de la fragmentación funcional.

No obstante, podría ser el caso que la estrategia de integración sistemática en y entre las decisiones judiciales se base sobre una excesiva confianza en los jueces internacionales. Si los jueces son concebidos como parte de una “comunidad epistémica”¹⁸⁵ o si son vistos como un “colegio invisible”¹⁸⁶ junto con los juristas académicos, entonces podría incluso suceder que la estrategia terminara defendiendo un gobierno autocrático de los tribunales. A la luz del principio democrático, la “comunidad” no debe estar cerrada y el “colegio” no debe ser invisible. Estas son garantías mínimas y cualquier efecto genuino de legitimación puede tener lugar únicamente cuando las precondiciones mínimas para un discurso jurídico legitimatorio se cumplan —sobre todo la publicidad, la transparencia y la adecuada participación. Los procedimientos judiciales dependen en conjunto de un público general crítico que trascienda diferenciaciones funcionales. La precondición esencial es una sensibilidad hacia los problemas de legitimidad de la autoridad judicial internacional. Nuestra contribución intenta justamente aportar algunas reflexiones para desarrollar esta sensibilidad.

V. EL PAPEL FACILITADOR DE LOS ÓRGANOS ESTATALES

En este trabajo se han identificado problemas en la legitimación democrática de las sentencias internacionales y se ha mostrado las dificultades de su solución. No existen soluciones disponibles de inmediato que puedan satisfacer todas las preocupaciones. Las estrategias para responder a estos problemas persistentes deben ser explicadas con mayor detalle y queda por verse cómo pueden superar la prueba de la práctica y qué efecto legitimador podrá ser capaz de lograr. En vista de esta ambivalencia, nuestra convicción de que la creciente autoridad de los tribunales internacionales constituye un gran logro, corre paralela con el sentimiento de

¹⁸⁴ Oellers-Frahm, “Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction: Problems and Possible Solutions”, en *Max Planck Yrbk UNL*, núm. 5, 2001, p. 67; Oeter, nota superior 172, pp. 167-170.

¹⁸⁵ Terris, Romano, y Swigart, nota superior 156, p. 64.

¹⁸⁶ Véase Schachter, “The Politics of the Invisible College of International Lawyers”, en *Northwestern U L Rev*, núm. 72, 1977, p. 217; Kennedy, “The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise” en *European Human Rts L Rev*, núm. 5, 2001, p. 463.

incomodidad derivado de la idea de que los tribunales internacionales no siempre pueden satisfacer las bien fundadas expectativas de legitimación. La tensión resultante puede ser disminuida si se mantiene la responsabilidad política y jurídica que los órganos constitucionales nacionales poseen sobre la decisión de los efectos de las decisiones internacionales y si se tiene presente su papel fundamental para retroalimentar los desarrollos del plano internacional¹⁸⁷.

Es importante notar entonces que las decisiones internacionales generalmente no tienen un efecto directo en los órdenes jurídicos nacionales y que su implementación está mediada por el sistema jurídico doméstico¹⁸⁸. En el estado actual del derecho internacional, debería existir la posibilidad de que las decisiones acerca de los efectos de las normas internacionales así como de las decisiones judiciales sean tomadas sobre la base del orden jurídico nacional, al menos en las democracias liberales, y en la medida en que la norma o decisión internacional entre en severo conflicto con principios constituciones nacionales. Este enfoque libera al orden jurídico internacional de cargas legitimatorias que no siempre estará en posición de aguantar. La interacción entre niveles de gobernanza abre así otra estrategia para el mantenimiento de las posibilidades de autodeterminación democrática en la constelación de la gobernanza global.

Este enfoque no plantea un obstáculo para el desarrollo ulterior del derecho internacional. Todo lo contrario, relevando al derecho internacional de algunas de sus cargas de legitimación más bien se podría ayudar a fomentar su desarrollo. Para ser claros: mientras más incisivas sean las decisiones internacionales, mientras más impacten sobre las capacidades para la autodeterminación individual o colectiva, mayores serán las demandas de que tengan justificación democrática. Es por tanto importante que las consecuencias del incumplimiento sean lo bastante claras. Entonces, indudablemente la mera inobservancia de una sentencia internacional no puede justificar sanciones militares¹⁸⁹. La aún existente debilidad de los tribunales internacionales con respecto a la ejecución de sus sentencias

¹⁸⁷ Howse y Nicolaidis, "Democracy without Sovereignty: The Global Vocation of Political Ethics", en Broude y Schany (eds.), nota superior 51, p. 63.

¹⁸⁸ Véase en detalle von Bogdandy, "Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público", en *Hacia un nuevo derecho público*, von Bogdandy (ed.) (2011), pp. 283 et seq.

¹⁸⁹ Art. 50, Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados en la Comisión de Hechos Internacionalmente Ilícitos.

puede de hecho resultar en una reducción de las preocupaciones por su legitimidad¹⁹⁰.

Este papel de los órganos nacionales también contribuye a alimentar positivamente el desarrollo del derecho internacional porque los órganos nacionales no se limitan a controlar los efectos de las sentencias internacionales dentro de su orden jurídico. Sugerimos que este control lo hacen con razones explícitas. De esta manera son capaces de formular estándares para sus evaluaciones y logran así inspirar futuros desarrollos en el orden jurídico internacional¹⁹¹. De igual manera, debemos señalar que un incumplimiento trae como consecuencia cargas argumentativas. Los órganos domésticos deben considerar las consecuencias de sus decisiones para el orden jurídico internacional. El incumplimiento puede, de hecho, vulnerar procesos más amplios de legalización y afectar los principios constitucionales, tales como el del estado de derecho y el de una amplia apertura hacia el derecho internacional.

VI. ¿EN NOMBRE DE QUIÉN ENTONCES?

En una evaluación general, de acuerdo con la tradición kantiana, el poder contemporáneo de los tribunales internacionales significa un gran logro, incluso si no cumple por completo con todas las aspiraciones de la justicia internacional y permanece críticamente atrincherado dentro del proceso de fragmentación. Uno de los efectos más importantes del auge de una judicatura internacional ha sido la contribución a la legalización y a la transformación de los discursos internacionales¹⁹². En principio, esto corresponde con la búsqueda kantiana de un orden internacional pacífico y ofrece un apoyo empírico a esta corriente de pensamiento. Prevalece

¹⁹⁰ Compárese Petersen, "Lawmaking by the International Court of Justice – Factors of Success", en *German LJ*, núm. 12, 2011, p. 1295.

¹⁹¹ Caso C-93/02 P, *Établissements Biret et Cie SA v. Council* 2003 ECR I-1049; Casos Acumulados C-402/05 P & 415/05 P, *Kadi & Al Barakaat v. Council & Commission* 2008 ECR I-6351. También véase Reinisch, "Conclusion", en *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, A. Reinisch (ed.) (2010), pp. 258, 263.

¹⁹² Brimmer, "International Politics Needs International Law", en *Regards d'une Génération sur le Droit International*, E. Jouannet, H. Ruiz Fabri, y J.-M. Soriel (eds.) (2008), p. 113; M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations* (2011), p. 494.

también esta postura a pesar del hecho de que no todos los intereses estén protegidos por una jurisdicción obligatoria¹⁹³.

Aun así, los desarrollos de la jurisdicción internacional demandan un momento de contemplación y reconsideración enfocado en los fundamentos de la legitimación y sus límites; al menos con el fin de prevenir que los tribunales internacionales se conviertan en víctimas de su propio éxito. Nuestro propósito se enmarca en el interés de explicar los problemas de legitimidad con respecto a su práctica, basando nuestra investigación sobre una concepción de las sentencias internacionales que las considera formas de ejercicio de autoridad pública. Con esta especificación deseamos expresar la necesidad de justificación. Con un enfoque propositivo concreto, se sugiere reconsiderar las elecciones de los jueces, abrir con cuidado los procedimientos judiciales, ampliar procesos políticos complementarios, usar la integración sistemática en la interpretación judicial así como en el diálogo entre tribunales, y reconocer la responsabilidad que los órganos constitucionales nacionales conservan en la implementación de las sentencias internacionales.

Entonces ¿en nombre de quién deciden los tribunales internacionales? La jurisprudencia internacional parece estar basada, predominantemente, en tratados internacionales y en la interacción gubernamental. Los tribunales internacionales deciden entonces en el nombre de los Estados como sujetos del orden jurídico internacional. A la luz de los principios democráticos destinados a la justificación de la autoridad pública internacional, este planteamiento parece ser cada vez menos satisfactorio. Existen un buen número de vías en las que la legitimación democrática de las sentencias internacionales puede ser mejorada. En la tradición kantiana, y es la mejor que tenemos, existe sólo una respuesta a esta cuestión: el punto de partida de las justificaciones democráticas son los individuos cuya libertad da forma a las sentencias, sin importar lo indirecto y mediado que esto resulte ser. De esta manera, la jurisdicción internacional en la constelación de la gobernaza global debe reconocer por un lado su base legitimatoria en los Estados, pero al mismo tiempo debería estar guiada por la idea de una ciudadanía transnacional y posiblemente cosmopolita.

¹⁹³ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia* (2005), pp. 600-615 (sobre la noción de un enfoque estructural).

La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial¹

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

SUMARIO: I. Introducción. II. El ejercicio del poder. 1. El ejercicio del *poder político*. 1.1. La cuestión competencial. 1.2. La cuestión democrática. 2. El ejercicio del *poder judicial*. 2.1. La obligación de reenvío judicial. 2.2. Los titulares de la obligación de reenvío. III. La protección de los derechos. 1. El tiempo de la *creación*. 2. El tiempo de la *consolidación efectiva*. 2.1. La legalidad del derecho de la Unión en cuestión. 2.2. Las libertades económicas en cuestión.

I. INTRODUCCIÓN

Se puede considerar que el derecho constitucional europeo o el “constitucionalismo europeo” tiene que ver con la creación de un *ius commune* tanto en lo que concierne a las modalidades de *ejercicio del poder* como a la *protección de los derechos fundamentales* en la Europa de los veintisiete para, al fin y al cabo, limitar el poder político por la fuerza del Derecho.

El diálogo encuentra sus raíces (según el *Diccionario histórico de la lengua francesa*) en la palabra latín *dialogus*, que evoca “una conversación filosófica a la manera de los diálogos de Platón”². Es, ante todo, una “conversación

¹ Texto original escrito en español y publicado en *Derecho constitucional europeo* [Actas del Congreso de la Asociación de Constitucionalistas españoles (4-6 de febrero de 2010)], J.I. Ugartemendia Ezeizabarrena, G. Jáuregui Bereciartu (coord.), Madrid Dykinson, 2011, Capítulo 2, pp. 41-76. Dedico este análisis, entrañablemente, a Miguel de Alarcón, desaparecido brutalmente, pero que seguirá estando vivo, para siempre, en mi memoria. A nuestros recuerdos llenos de diálogos de toda índole, que fueron constantemente fructíferos.

² *Dictionnaire historique de la langue française*, publicado bajo la dirección de Alain REY. Puede encontrarse la voz «Dialogue» con los elementos siguientes: en primer lugar *dialoge* (v.1200), procedente del latín *dialogus* «entretien philosophique à la manière des dialogues de Platon», proveniente del griego *dialogos* «entretien, discussion»,

entre dos o varias personas”³. De esto, se deduce de manera bastante evidente —aunque es importante recordarlo con vehemencia— que el diálogo induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como el acuerdo, la concordia o la aprobación. Sobre todo, el dialogo puede ser *tri* o *multidimensional*: el diálogo judicial no se manifiesta únicamente en el marco de un dúo o un tándem jurisdiccional. Se enriquece de las interacciones entre varios actores jurisdiccionales⁴.

Durante mucho tiempo, la doctrina se ha centrado en el análisis del “constitucionalismo europeo” a través de los textos, tanto examinando la naturaleza y el contenido de los tratados, como estudiando las diversas constituciones europeas. Se puso entonces de relieve un proceso paralelo e inverso en la relación entre los tratados y las constituciones: los primeros constitucionalizándose, las segundas “europeizándose” —mediante las famosas “cláusulas de apertura” o los “artículos Europa” de las constituciones nacionales⁵. Mi objetivo es mostrarles que, si esta visión sigue siendo válida y digna de estudio, no se puede estudiar sin tener en cuenta otro proceso que marca hoy en día el análisis del derecho contemporáneo y con ello me refiero al célebre “diálogo entre los jueces” o dialogo judicial⁶. En realidad,

término inicialmente empleado por los filósofos (Aristóteles y Platón) y derivado de *dialegein* «discuter».

³ Esta expresión es la de la primera acepción empleada en el *Littré* «(lat. *dialogus*), Entretien entre deux ou plusieurs personnes».

⁴ Para descubrir todos los tipos de diálogos a escala internacional, me permito citar aquí un artículo mío escrito para rendir homenaje a un gran juez administrativo francés, que marco la historia del Consejo de Estado francés: «De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois», *Le Dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 95-130.

⁵ La literatura acerca de este enfoque es sumamente conocida y no voy aquí a analizar de nuevo los elementos claves de tal análisis. Para un análisis en español, v. L-M DÍEZ PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión europea*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2002, 217 que reúne varios artículos que tratan respectivamente de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea, de la Ciudadanía europea, del Demos, de los Tratados y Constitución, de la Soberanía, de los Estados miembros, de la cuestión de la base jurídica y por fin de la Constitución española y de la integración europea. V. Igualmente, J. ZILLER (Dir.), *L'Européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'harmattan, 2003. Para un estudio centrado sobre las Constituciones del Este, A. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁶ Los estudios acerca de la «montée en puissance» de los jueces son numerosos en todas las disciplinas, v. *ad ex.*, J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005; G. CANIVET, «Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la 'bénévolence' des juges», *Revue des Sciences criminelles*, octubre-décembre 2005, pp. 805-806; Mireille DELMAS-MARTY Leçon inaugurale au

en Europa, la construcción, el desarrollo y el fortalecimiento del llamado “constitucionalismo europeo” o “derecho constitucional europeo” se desarrolla sobre todo mediante un diálogo judicial con una multitud de “actores” jurisdiccionales —las jurisdicciones nacionales (de los jueces “ordinarios” a los jueces constitucionales) y, por supuesto, no se puede ignorar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷, lo que da lugar a un entramado sumamente variado de relaciones⁸. El constitucionalismo europeo es sobre todo “dialogado”, lo que permite, entre otras cosas, superar las barreras, los retrasos de la integración generada por revisiones caóticas de los tratados. Cualquiera que sea el enfoque tomado por la construcción política de la integración europea, el diálogo judicial sigue siendo activo, fortaleciendo, sentencia tras sentencia, la existencia de unas reglas comunes de *ejercicio del poder* y de *protección de los derechos fundamentales*. Sobre todo, teniendo eso en cuenta, es fácil ver que el fenómeno arriba descrito de “constitucionalización” de los tratados constitutivos y de “europeización”

Collège de France, *Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Paris, Fayard, 2003, p. 57. D. MAUS, «Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des Cours constitutionnelles», *RFDC*, 2009, n° 80, pp. 675-696; S. SANDERS «Judicial dialogue in common law countries», *Renouveau du droit constitutionnel. Hommage à Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 413-428.

⁷ Tanto los jueces de los sistemas nacionales como los jueces supranacionales europeos (de Luxemburgo y de Estrasburgo) no pueden ignorarse los unos a los otros; están obligados, por razones de coherencia del ‘orden constitucional europeo’ y también por razones de nivel de protección de los derechos fundamentales, a desempeñar su papel “en red”, pensando, de manera sistemática, a lo que se ha dictado o lo que se podría dictar en otro país de la Unión y delante de los dos tribunales europeos. Para una visión global de estas relaciones, v. *L'Europe des Cours: loyautés et résistances*, E. BRIBOSIA, A. ÜBEDA DE TORRES, L. SCHEEK (Dir.), Bruxelles, Bruylant (en prensa).

⁸ La doctrina anglosajona puso de relieve esta importancia del «*co-operative constitutionalism*» marcado por el llamado “*judicial dialogue*”. *Ad. ex. por orden cronológico*, A. STONE SWEET, “Constitutional dialogues in the European Community”, A-M. SLAUGHTER, A.M. SWEET STONE, J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court and National Courts, Doctrine and jurisprudence: Legal change in its Social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 325-326; M. KUMM, «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, 2005, p. 262 y ss. A pesar de la dominación anglosajona, fue también un tema de sumo interés por el resto de la doctrina, v. *por orden cronológico ad. ex.* G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, A. VALLE GÁLVEZ, «El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, el Tribunal europeo de los Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales», *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1997, n° 2, pp. 329 ss. L. AZOULAI, «Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu’il se dégage de sa jurisprudence», *RTDE*, 2008, pp. 29-45; A. LAZARI, «La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo», *Revista de Derecho Comunitario europeo*, 2009, pp. 501-538.

de las constituciones nacionales deriva, en gran parte, de este mismo diálogo judicial. Muchas de las disposiciones “europeas” de las Constituciones nacionales, así como muchas de las cláusulas “nacionales” de los diferentes tratados reformados habitualmente desde la instauración de la Unión Europea en 1992, son la consecuencia de la codificación —algunos dirían de la cristalización— de los resultados del diálogo judicial.

Una vez dicho esto, no se puede considerar que el diálogo en el continente europeo es siempre idéntico y utiliza los mismos “canales”. Éste se manifiesta de diversas maneras y en diferentes contextos.

Pese a esa variedad, se puede considerar que existen, fundamentalmente, dos tipos de diálogos. Intentaré presentar una estructura apta para el análisis que permita organizar y poner en orden los numerosos tipos de diálogos, antes de presentar la significación o, mejor dicho, el alcance del diálogo: el fortalecimiento de una reglas del “vivir colectivo” en Europa.

Primero, existe el *diálogo regulado*, organizado, previsto, frente al *diálogo espontáneo*, libre. Dentro de estas dos grandes categorías, hay además algo evidente en un espacio como el espacio europeo: la manifestación tanto *vertical* como *horizontal* del diálogo.

¿A qué me refiero al hablar del “*diálogo regulado*”? El diálogo deriva de una serie de reglas procesales o de unas obligaciones internacionales que disminuyen la libertad del juez nacional al incitarle a dialogar con el juez supranacional. Este diálogo regulado es siempre vertical.

En el espacio de la Unión europea, el mecanismo del reenvío prejudicial es revelador de un diálogo “regulado” por excelencia. Es lo que se podría llamar el “*diálogo integrado*”, es decir, organizado de tal manera que lleve a la vigencia y efectividad de la integración europea. A su vez, existe lo que se podría llamar también el “*diálogo convencional*”, es decir el que sin tomar un canal procesal equivalente al mecanismo prejudicial se manifiesta entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales nacionales, que tienen que actuar como (utilizando el vocabulario comunitario) “jueces convencionales de derecho común”. Aquí, según sean los órdenes constitucionales, los hábitos jurisdiccionales y la configuración sociológica de los órdenes judiciales, el diálogo será más o menos conflictivo.

Al lado de este tipo de diálogo regulado, existe el diálogo totalmente *libre, desenfrenado, desbocado*, aparentemente espontáneo en el sentido que no deriva de una obligación internacional como tal. En realidad, veremos que muy a menudo este diálogo es la manifestación de la existencia de una multitud muy variada de obligaciones invisibles; el juez está aprisionado por lazos múltiples que no puede ignorar al razonar su fallo y al momento

de adoptarlo de manera definitiva. Este diálogo desenfrenado es tanto horizontal (entre los jueces europeos mismos o entre los propios jueces nacionales) como vertical (entre los jueces nacionales y los jueces europeos —exclusivamente el TJCE—).

Así que, a la hora de reflexionar sobre la creación y la consolidación de un “derecho constitucional europeo” no se pueden, desde mi punto de vista, ignorar dos elementos claves:

- Primero, el hecho de que no se puede aislar el sistema de la Unión Europea, por un lado, y el de los sistemas nacionales, por otro. Se tiene que pensar en los sistemas de manera imbricada. Dicho de otra manera, el Derecho constitucional europeo tiene que ser pensado con el lema de la Unión europea en mente: “*Unida en la diversidad*”. En el análisis de esta imbricación, la toma en consideración del sistema convencional europeo es hoy en día imprescindible. Los lazos judiciales entre los dos sistemas europeos son muy densos y tienen vocación, un día u otro, de serlo de manera formal, con la famosa adhesión de la Unión al Convenio Europeo prevista por el artículo 6§2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), tal y como resulta fijado éste tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el primero de diciembre de 2009⁹. En la misma óptica, los lazos entre el sistema convencional europeo y los sistemas nacionales, siendo ellos también sumamente fuertes, tienen como consecuencia la imposibilidad de segmentar el análisis del constitucionalismo europeo dejando de lado el universo convencional. Mi visión es, pues, radicalmente global y no se centra en las relaciones entre justicia constitucional e integración europea¹⁰. Estas relaciones sí que son importantísimas, sí que forman parte de las cuestiones a tratar, pero no son exclusivas de ésta.

⁹ Según establece dicho artículo 6§2 TUE: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.»

¹⁰ El tema ha sido muy bien sintetizado por R. ALONSO GARCÍA, *Justicia Constitucional y Unión europea*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2005, p. 106. Para un análisis que incluye los últimos desarrollos jurisprudenciales, P. PÉREZ TREMPES, «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *Revista española de Derecho europeo*, enero-abril 2009, n° 29, pp. 19-48. Para un extenso análisis sobre la jurisprudencia de los Estados del Este, A. ALBI, «Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of ‘Co-operative Constitutionalism’», *European Constitutional Law Review*, 2007, pp. 25-67.

- Segundo, este derecho constitucional europeo “imbricado” (que toma en consideración al mismo tiempo dos niveles de poderes), es particularmente vigoroso y complejo, pero real. Su consolidación es posible merced al diálogo cruzado entre el *diálogo integrado* y el *diálogo desenfrenado*, que se manifiestan tanto por la concordia como por el desacuerdo. Si el “desacuerdo” aparece es porque el diálogo se enmarca en la existencia de sistemas que no pueden, de manera radical, negar que sus raíces, sus fundamentos y sus valores son diferentes. Aunque los valores de los tres sistemas jurídicos presentes en Europa actualmente (los sistemas constitucionales, el sistema convencional y el sistema de la Unión) son —merced justamente al diálogo— más o menos “equivalentes”, los jueces de cada sistema, como parte de su oficio, tienen que mantener vigente *la idea* de la existencia vital de su ordenamiento jurídico, es decir la importancia de su propio ordenamiento jurídico.

Teniendo estas cuestiones presentes, pienso que hoy día se tiene que cambiar de enfoque cuando se analiza una sentencia nacional que, *a priori*, podría analizarse como un ejemplo de resistencia a la integración europea. Si uno analiza esa sentencia en el contexto de “diálogo” aquí presentado, la idea de resistencia desaparece para dar paso a un análisis desde otro punto de vista. En efecto, esa sentencia puede más bien marcar el inicio de un diálogo que puede desembocar en una posición común y, lo que es más, en un *fortalecimiento* de distintos aspectos del constitucionalismo europeo: su aspecto *transnacional* (v. La historia de los derechos fundamentales) y el nacional (v. La historia del fortalecimiento de los poderes de los parlamentos nacionales).

De todo esto, se considera que el diálogo es la búsqueda de un equilibrio constante; no establece, una vez por todas, una posición firme y estable respetada por todos los actores. Es un “*proceso constitucional*”, es decir, estamos enfrentados a un constitucionalismo abierto, evolutivo, que no es inmutable¹¹ y que se nutre de cada acción y reacción de los múltiples actores del sistema.

¹¹ A la manera del proceso autonómico que radica, en la Constitución española, en el principio “dispositivo”.

II. EL EJERCICIO DEL PODER

Cuando uno piensa en el ejercicio del poder en Europa, surge de inmediato la cuestión, vital, del ejercicio de los poderes transferidos por las instituciones europeas, un ejercicio delimitado por el principio de atribución. El asunto es trascendental, ya que pone de manifiesto, al fin y al cabo, el ejercicio democrático o no de los poderes transferidos. Los *ultra vires* ponen en tela de juicio el respeto por las instituciones del principio de lealtad, de cooperación leal o de *Bundestreue*, por utilizar una fórmula sumamente clásica del federalismo alemán. Junto al ejercicio del poder político en Europa (A), lo cual genera muchas dificultades para determinar su centro neurálgico, existe el ejercicio del poder judicial en Europa como tal, es decir, la organización de las relaciones entre los diferentes actores, desde el Tribunal de Luxemburgo hasta las Cortes constitucionales, pasando por los tan importantes jueces (mal llamados) “ordinarios” (B).

Veremos que el diálogo judicial ha permitido y continúa permitiendo la creación de una relación imbricada, marcada por los acuerdos y desacuerdos, pero que, al fin y al cabo, permite la consolidación de unos principios comunes que marcan la existencia de un “vivir colectivo europeo”. El equilibrio no está consolidado; las “conversaciones judiciales” ponen de manera habitual en discusión ciertos elementos. Uno podría considerar este proceso como frágil o, al contrario, se podría considerar como positivo, enriquecedor. Todo depende del ángulo de enfoque.

1. El ejercicio del poder político

Las cuestiones relativas al reparto y, por ende, al ejercicio de las competencias transferidas a las instituciones europeas en torno a la democracia fueron y son dos elementos claves de las múltiples conversaciones judiciales. Sabemos aquí que el diálogo encuentra sus raíces en el contexto de la ratificación de los numerosos tratados de revisión. Es mediante los procedimientos constitucionales de control *a priori* de los tratados internacionales que los Tribunales constitucionales empezaron a dialogar.

1.1. La cuestión competencial

No podemos olvidar y es necesario por ende recordar aquí que, si bien el *principio de atribución* hizo una entrada solemne en 1992 en el primer

pilar del Tratado sobre la Unión Europea¹², su relevancia se puso de manifiesto a raíz del importante desacuerdo judicial puesto a la luz por el Tribunal de Karlsruhe en su famosa sentencia del 12 de octubre de 1993, la llamada sentencia *Brunner o Maastricht*¹³. Así que, si después de esta sentencia constitucional, el Tribunal de Luxemburgo entró en una fase jurisprudencial enmarcada por un *self restraint* evidente; si a la época de las revisiones judiciales de los tratados —que sí *se* desarrollaron siempre por “buenas razones”— le sucedió un respeto más evidente del sistema de reparto de las competencias por el Tribunal de Luxemburgo, y por ende, del ejercicio de las competencias transferidas tanto al Tribunal de Luxemburgo como al Consejo de la Unión, ello se generó merced al desacuerdo puesto en evidencia por el Tribunal Constitucional alemán.

Tal sentencia fue analizada por la mayor parte de la doctrina como una manera inaceptable de dictar la conducta a seguir a las instituciones europeas y particularmente al Tribunal de Justicia. Fue también analizada como una quiebra en el reparto de las competencias entre las instituciones judiciales: el control de legalidad del Derecho comunitario debía corresponder al Tribunal de Justicia y ningún tribunal nacional debería interferir en tal reparto de competencias.

Ahora bien, partiendo de la idea de la “red judicial” que configura el poder judicial europeo, si tenemos en mente la idea del diálogo constitutivo de un constitucionalismo europeo nuevo, se puede considerar que cada actor del sistema de la Unión, en función de su posición institucional (o más bien posición judicial), tiene derecho a la palabra, a opinar. En efecto, la Unión es un conjunto, una mezcla de lo *supra* nacional y lo nacional que no se puede dividir de manera rígida. Así que, cuando el principal guardián de la legalidad del derecho común (el derecho de la Unión europea) infringe las reglas del reparto, se puede considerar que es legítima la manifestación de desacuerdo con el mismo (aunque detrás de tal actitud pueda existir nacionalismo judicial). Más aún, se puede afirmar que tal manifestación judicial de oposición colma una laguna trascendental: el fallo

¹² Antiguo artículo 5§1 T.CE, ahora artículo 5§1 del Tratado de la Unión Europea (versión Lisboa): «*La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.*»

¹³ D. GRIMM, «La Cour européenne de Justice et les juridictions nationales, vues sous l'angle du droit constitutionnel allemand. Situation après la “Décision Maastricht” de la Cour Constitutionnelle Fédérale d'Allemagne», *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 4, 1998.

ultra vires que proviene del Tribunal de Justicia no puede ser sancionado por otro tribunal superior ya que no existe; tampoco puede ser sancionado por otra institución política (como la Comisión o el Consejo), ya que eso sería una afectación grave a la separación de los poderes...

Cualesquiera que sean los argumentos doctrinales que se puedan encontrar para criticar tal actitud del juez constitucional alemán, lo importante es la reacción del Tribunal de Justicia o, para decirlo de otra manera, lo importante son los hechos, la práctica. La respuesta a través de una sentencia por el TC alemán fue la primera parte del diálogo; la respuesta del Tribunal de Luxemburgo fue la segunda, mediante el famosísimo dictamen acerca de la adhesión al Convenio Europeo de los Derechos Humanos¹⁴. Este entendió el desacuerdo, tomó en consideración la posición expresada por el Tribunal de Karlsruhe y puso de relieve como nunca antes el principio de atribución: los puntos 23 y 30 del dictamen aparecen como una respuesta clara al desacuerdo alemán.

Sabemos que, siguiendo con el diálogo bilateral, otros actores judiciales nacionales —desde el *Højesteret* danés¹⁵, hasta muy recientemente el Tribunal constitucional checo en su decisión *Tratado de Lisboa* del 26 de

¹⁴ TJCE, Dictamen n° 2/94, de 28 de marzo de 1996: J. BOULOUIS, «De la compétence de la Communauté européenne pour adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 315-322; J-F. FLAUSS, «L'avis n° 2/94 de la Cour de justice des Communautés européennes: l'orthodoxie constitutionnelle au détriment des droits de l'homme», *BullDH*, 1996, pp. 1-19 et «La protection des droits de l'homme dans le cadre de la Communauté européenne. De l'avis n° 2/94 de la Cour de justice aux propositions de la CIG», *Les Petites affiches*, 30 juillet 1997, n° 91, pp. 4-11; S. MATHIEU, «L'adhésion de la Communauté à la CEDH: un problème de compétence ou un problème de soumission?», *RMCUE*, 1998, n° 414, pp. 31-35; L. PETTITI, «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne après l'avis de la CJCE», *BullDH*, 1996-6, pp. 20 y s.; D. SIMON, «L'avis n° 2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la CEDH», *Europe*, juin 1996, pp. 1-4; O. de SCHUTTER, Y. LEJEUNE, «L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, à propos de l'avis n° 2/94 de la Cour de justice des Communautés européennes», *CDE*, 1996, pp. 555-612; P. WACHSMAN, «L'avis n° 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *RTDE*, 1996, pp. 467-491.

¹⁵ *Højesteret*, 6 de abril de 1998, v. P. DYRBERG, «La Constitución danesa y la Unión Europea II (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998)», *Revista de Derecho Comunitario europeo*, 1998, pp. 573-591.

noviembre de 2008¹⁶— confirmaron la posición alemana¹⁷. Dicho de otra manera, tomaron en consideración el *acervo dialogado*, el acervo inherente al diálogo judicial, lo que permite considerar que éste ha permitido la creación y consolidación de reglas claras en materia de reparto y de ejercicio competencial¹⁸.

Se podría considerar que la última decisión del Tribunal Constitucional alemán de *30 de junio de 2009, Tratado de Lisboa*¹⁹—la cual confirma y precisa sus criterios en materia de ejercicio de competencias— parece bastante negativa²⁰, ya que los principios claves en la materia ya habían sido estable-

¹⁶ Tribunal constitucional checo, 26 de noviembre de 2008, PI ÚS 19/08. Una versión inglesa está disponible sobre el sitio oficial de la Corte: www.angl.concourt.cz/. v. L. BURGORGUE-LARSEN, «Chronique de jurisprudence européenne comparée», *RDP*, 2009-4, pp. 1266-1268.

¹⁷ El párrafo 118 de la decisión checa es relevante en la materia ya que pone en evidencia tanto la sentencia Solange II de 1986 como la sentencia Maastricht de 1993. En el §111, el Tribunal constitucional checo considera que el Tratado de Lisboa tiene que analizarse a la luz tanto de su propia jurisprudencia como a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana.

¹⁸ El Tribunal constitucional checo consideró importante tomar como fuente de inspiración sentencias importantes de otros tribunales constitucionales. En realidad, la fuente de inspiración fue exclusivamente alemana. En este contexto, valorizó tanto la sentencia *Solange II* del 22 de octubre de 1986 (§117) como la sentencia *Maastricht* del 12 de octubre de 1993 (§118).

¹⁹ Tribunal constitucional alemán, 30 de junio de 2009, *Lisboa*, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 et 2 BvR 182/09, publicada en inglés y francés en la página web del Tribunal constitucional alemán. La sentencia es muy larga (421 párrafos), adoptada por unanimidad (con un voto disidente en cuanto al razonamiento).

²⁰ No puedo, en los límites de este artículo, analizar de manera precisa la famosísima *sentencia Lisboa* del Tribunal constitucional alemán. Los análisis acerca de esta sentencia son numerosísimos y muy diversos, *i.e.* unos, relativamente positivos, otros, muy críticos y severos. La heterogeneidad analítica es en efecto asombrosa tal y como aconteció, en su momento, con los comentarios a la sentencia *Maastricht* del mismo Tribunal constitucional alemán. Resulta de mucho interés el análisis de P. HABERLE al respecto («La regresiva ‘sentencia Lisboa’ como ‘Maastricht II’ anquilosada», *ReD-CE*, Año 6, julio-diciembre de 2009, pp. 397-429), presentando, en la primera parte del trabajo, los numerosos comentarios políticos de la sentencia. Para un ejemplo de un análisis político en Francia, se puede leer el *Rapport d’information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l’arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne au sujet de la loi d’approbation du traité de Lisbonne* (26 de noviembre de 2009, n° 119). Este informe fue redactado por Hubert HAENEL, quien paso a integrar después el Consejo constitucional francés. Sus grandes líneas fueron transformadas en un artículo en la revista *Commentaire* con un título «fuerte»: «La Cour de Karlsruhe: une leçon de démocratie», *Commentaire*, n° 130, verano 2010, pp. 411-417. Para una presentación, no exhaustiva, de análisis jurídicos sobre esta im-

cidos. En realidad, sería olvidar la evolución del proceso de integración; en otras palabras, el Tratado de Lisboa no es el Tratado de Maastricht y se puede perfectamente admitir que, a raíz del nuevo diseño del Tratado de Lisboa, el TC alemán quiera continuar desempeñando su papel de Corte constitucional *leader* (conforme a su prestigio histórico y dogmático) en la “conversación judicial” con el Tribunal de Justicia. Así, los jueces de Karlsruhe pusieron de relieve su “competencia última” como guardianes de las reglas de reparto de competencias. Insistieron al recordar su competencia de control de los actos comunitarios que no respetaran de manera obvia las reglas atributivas de competencias. Poniendo de relieve el principio de subsidiaridad el Tribunal ha confirmado, por una parte su competencia en presencia de un acto *ultra vires* (*Ultra vires Kontrolle*) para controlar el respeto del principio de atribución y el ejercicio de las competencias; por otra parte, en lo que concierne el respeto de los principios fundamentales de la Ley Fundamental (tal y como aparecen en los artículos 23 y 79 LF), se considera competente para salvaguardar la identidad de la Constitución alemana (*Identitätskontrolle*) (§§228, 230, 240 de la sentencia). Aquí viene la novedad. La noción de identidad constitucional que apareció como tal

portante sentencia, v. en las revistas francesas: F. C. MAYER, «Rashomon à Karlsruhe», *RTDE*, janvier-mars 2010, n° 1, pp. 77-92; D. HANF, L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale», *CDE*, 2010, n° 5-6, p. 639; A. VON UNGERN-STERNBERG, «L'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. La fin de l'intégration européenne?», *RDP*, 2010, n° 1, pp. 171 et s.; J. ZILLER, «Le dialogue judiciaire et la Cour de Karlsruhe. Quelques réflexions à propos du jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande concernant le Traité de Lisbonne», *RTDE*, janvier-mars 2010, n° 1, p. 93 et ss.; en las revistas españolas: F. CASTILLO DE LA TORRE, «La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 30 de junio de 2009 relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa. Análisis y comentario», *Revista de derecho comunitario europeo*, septiembre-diciembre 2009, n° 34, pp. 969-1010; en revistas publicadas en inglés, v. J. BAQUERO CRUZ, «A juridical Götterdämmerung: The Lisbon Decision of the German Constitutional Court», *Karlsruhe's Europe, Notre Europe*, 2010 (Studies & Research n° 78); D. DOUKAS, «The verdict of the German Federal Constitutional Court on the Lisbon Treaty: not guilty, but don't do it again!», *European Law Review* 2009, 34(6), pp. 866-888. Resultan también de mucho interés los análisis de D. GRIMM, J-H. REESTMAN, R. BIEBER, T. LOCK, en el número especial de la *European Constitutional Law Review*, 2009, n° 3, al igual que los de C. SCHONBERGER, F. SCHORKOPF, C. TOMUSCHAT, A. GROSSER, M. NIEDOBITEK, C. WOHLFAHRT, P. KIIVER, S. LEIBFRIED y K. VAN ELDEREN en la edición especial del *German Law Journal* de 2009, vol. 10, n° 8 «Special issue: The Lisbon Judgement of the German Federal Constitutional Court» (www.germanlawjournal.com).

en la jurisprudencia constitucional francesa²¹ ha sido ya integrada por el Tribunal alemán, el cual, tanto desde un punto de vista estratégico como lógico, hizo también referencia a la jurisprudencia del Tribunal de justicia afirmada en la sentencia *Kadi/Al Barakaat*²². Es de todos sabido que en este hito jurisprudencial el Tribunal de Luxemburgo admite la derogación, de manera excepcional, de la primacía del Derecho internacional público en el ordenamiento comunitario²³. En esta línea jurisprudencial, el TC afirma de manera muy lógica que se puede admitir la suspensión de la aplicación de Derecho de la Unión sin que eso vulnere el principio constitucional de promoción de la integración europea. Cuando el juez constitucional alemán toma la palabra al TJUE... Lo que sí hace también el TC es tomar en cuenta las nuevas referencias a la identidad “nacional” tal y como fueron integradas en el Tratado de Lisboa a raíz de su aparición en el Tratado por el que se establece una constitución para Europa (*v. infra.*)

El diálogo, tanto vertical (entre el TJ y las Cortes constitucionales) como horizontal entre las propias cortes constitucionales (que incluyen en el acervo las sentencias de las demás) no pasa por un canal procesal preestablecido por el Derecho de la Unión (como el artículo 267 TFUE); tiene que tomar en cuenta todas las posiciones expresadas a pesar del hecho de que éstas se enmarcan *a priori* en un espacio libre de obligaciones formales. No tomar en cuenta dicho acervo supondría *el rechazo de lo común*.

²¹ Se puede citar al respecto, Consejo constitucional, 30 de marzo de 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, 2006-535 DC; Consejo constitucional, 27 de julio de 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, 2006-540 DC; Consejo constitucional, 30 de noviembre de 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, 2006-543 DC. Por un lado, el Consejo afirma su incompetencia de principio para controlar la constitucionalidad de las leyes nacionales de transposición de las directivas; por otro lado, la «reserva de constitucionalidad» sigue siendo vigente, identificándola el Consejo como una «regla o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia.»

²² TJUE (ex-TJCE), Gde Ch., 3 de septiembre de 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union et Commission des Communes européennes*, aff. Jtes C-402/05 P et C-415/05 P.

²³ Para una visión general del papel y del estatuto del derecho internacional público en el ordenamiento jurídico de la Unión, v. L. BURGORGUE-LARSEN, «Existe-t-il une 'approche européenne' du droit international? Eléments de réponse à partir de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes», *Droit international et diversité des cultures juridiques*, C. TOMUSCHAT, J-M. THOUVENIN (Dir.), Paris, Pedone, 2008, pp. 257-276.

1.2. La cuestión democrática

El tema del déficit democrático también fue el centro de una conversación *dialogada* desde los primeros momentos de la integración europea. Sabemos que, una vez más, fue el TC alemán el que puso de relieve los problemas en la materia. Sin embargo, su enfoque era (en 1993 con la decisión *Maastricht*)²⁴ y sigue siendo (como lo demuestra una parte de la decisión *Tratado de Lisboa*), la versión interna o más bien nacional del déficit democrático. En esta última sentencia es sumamente significativo constatar que los jueces de Karlsruhe indicaron que la adopción por el representante del Gobierno alemán en el seno del Consejo de la Unión de los actos aprobados en el ámbito de las cláusulas pasarelas (artículos 48§7, 81§3 al.2) y en el ámbito penal (art.82§3 et 83§1 al.3) tendrían que ser aprobados por los órganos parlamentarios alemanes (*Bundestag* y *Bundesrat*). Tal obligación fortalece los mecanismos democráticos internos del tratamiento de los asuntos europeos; además, ya ha servido y continuará sirviendo como argumento político por el gobierno alemán al negociar la adopción de un acto en estos campos. Se puede analizar tal obligación de manera *interrelacionada*; dicho de otra manera, la democracia tiene que apreciarse y medirse, al igual que los otros elementos de la integración europea, de manera “compuesta”, teniendo a la vista el nivel supranacional y nacional de los elementos democráticos del sistema europeo. Hacer que los mecanismos internos parlamentarios no sean dejados de lado promueve, al fin y al cabo, el fortalecimiento del hecho democrático europeo.

Otro elemento de la “conversación judicial” se refiere al aspecto transnacional de la cuestión democrática, es decir, a la cuestión del papel, de las competencias y del modo de elección del propio Parlamento Europeo. Aquí, el dialogo muestra su faceta negativa con la puesta en evidencia de un desacuerdo bastante importante entre, por un lado, el TC alemán y, por el otro, el propio Tribunal Europeo de los derechos humanos seguido, recientemente, por el juez constitucional checo (sentencia del 3 de noviembre 2009 – *Lisboa II*)²⁵. No es frecuente comparar estas dos jurisdicciones al analizar este tema. No obstante, la aprehensión global del “constitucionalismo europeo” presentado en la introducción explica este enfoque.

²⁴ El Tribunal Constitucional alemán pone de relieve —mediante una interpretación extensiva del artículo 38 de la Ley Fundamental— varias condiciones y exigencias que tendrán que ser controladas por él. Una de ellas concierne la influencia que tendrá el Bundestag en el desarrollo ulterior de la Unión.

²⁵ Tribunal constitucional checo (*Ústavní Soud*), 3 de noviembre de 2009, Pl ÚS 29/09. Hay una versión inglesa disponible en el sitio web de la Corte: www.concourt.cz/view/726.

Al analizar el proceso de integración europea, el TC sigue considerando en la sentencia *Tratado de Lisboa* que la Unión no es otra cosa que una Unión de Estados soberanos (*Staatenverbund*) y no un Estado federal europeo (párrafo 231). En esta lógica, el TC considera (y es totalmente conforme a su situación de órgano nacional), que la legitimación de los actos jurídicos europeos emana siempre de los pueblos europeos (párrafo 284). Estima que el poder clave relativo a la integración europea radica en los órganos constitucionales nacionales. Con este enfoque analítico, el TC estima que el Parlamento no podrá superar el “déficit democrático estructural” que sigue existiendo dentro de la Unión europea. Para utilizar la expresión de Julio Baquero Cruz, parece que el TC alemán erradica de una vez por toda la Unión del paraíso de la “verdadera democracia” (*true democracy*)²⁶. Tal presentación es lógica si se parte de un análisis que prima el carácter interestatal de la Unión; sin embargo tal punto de vista entra en colisión con el análisis diametralmente opuesto del Tribunal de Estrasburgo el cual, como sabemos, en la sentencia *Matthews c. Reino Unido* consideró, ya en 1999, que el sistema comunitario era “específico” (§§ 41 y 48) y que el Parlamento era la institución más democrática de la Unión (§52)²⁷. Más recientemente, el Tribunal constitucional checo —en su segunda decisión *Lisboa*, que vio la luz a raíz de una segunda ofensiva judicial del presidente euro-escéptico Vaclav Klaus²⁸— analiza la democracia al nivel europeo de una manera *euro-compatible*. Así, considera que el artículo 10§1 TUE —según el cual el funcionamiento de la Unión está basado en la democracia representativa— abarca tanto el nivel nacional como europeo del ejercicio del poder (párrafo 43). Deben tomarse en consideración, obviamente, tanto la realidad —que demuestra cada día que los sistemas tanto administrativos como constitucionales están totalmente interrelacionados— como los múltiples trabajos doctrinales que ponen de relieve el

²⁶ J. BAQUERO CRUZ, «A juridical Götterdämmerung: The Lisbon Decision of the German Constitutional Court», Karlsruhe’s Europe, *Notre Europe*, 2010, p. 8.

²⁷ TEDH, 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*. Para un punto de vista «ius internacionalista», v. L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, n° 5, 1999-1, pp. 95-108.

²⁸ Decidió acudir al Tribunal —utilizando por eso la segunda Cámara (el Senado)— considerando que el tratado de Lisboa ponía de manifiesto seis elementos problemáticos. Por ende, consideraba que el tratado tenía demasiadas zonas de sombras, y afirmaba la vulneración del principio de no retroactividad, de neutralidad política, de confianza legítima, de soberanía, y de las características constitucionales del Estado checo.

constitucionalismo “*multilevel*”²⁹, lo que Rafael Bustos Gisbert ha llamado de manera muy impactante la *Constitución red*³⁰.

2. El ejercicio del poder judicial

El ejercicio del poder judicial en Europa no es un ejercicio *exclusivo* o, mejor dicho, no ha sido objeto de institucionalización exclusiva. Si el Tribunal de Justicia (junto con el TPI y las Cámaras institucionales) son la manifestación supranacional del poder judicial, los jueces nacionales (tanto ordinarios como constitucionales) constituyen la otra faceta del sistema judicial europeo: la faceta nacional³¹. Una vez más, hay que pensar en el sistema judicial como un todo relacionado, unido además por un lazo procesal importantísimo: *el mecanismo prejudicial*. Entramos, pues, en el universo del diálogo regulado por excelencia.

2.1. La obligación de reenvío judicial

Obligación comunitaria pero también constitucional y convencional...

Hoy en día la obligación de reenvío da lugar a una multitud de autoridades jurisdiccionales de control que demuestra, una vez más, que no se puede hacer otra cosa que observar el sistema en su globalidad y analizar los equilibrios globales que se están poniendo en marcha. La obligación — que tiene como fuente primaria el artículo 267 TFUE — tendría que tener,

²⁹ El enfoque del «*multilevel constitutionalism*» sugiere que “la Unión constituye un sistema constitucional compuesto a la vez de un nivel nacional y de un nivel supranacional, los dos siendo complementarios”, v. I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, p. 26. Del mismo autor: «Multilevel constitutionalism in the European Union», *ELR*, 2002, pp. 511-529; «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?», *CMLR*, 1999, pp. 703-750; F. MAYER, I. PERNICE, «De la Constitution composée de l’Europe», *RTDE*, 2000, pp. 623-647.

³⁰ R. BUSTOS GISBERT, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Oñati, IVAP, 2005, p. 218. Resultarán de mucho interés todos sus análisis finales acerca de las teorías anglosajonas del pluralismo. J-V LOUIS ponía de relieve —con razón— que éste era un debate existente en el universo francófono: las teorías pluralistas no eran debatidas, ver su artículo llamado: “La primauté du droit de l’Union, un concept dépassé?”, *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 443-461.

³¹ Para un ensayo magistral sobre el tema, v. D. SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea. La Construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Thomson/Civitas, 2004, 379 p. Prólogo de Dámaso Ruiz-Járabo.

normalmente, un solo sistema jurídico de control: el de la Unión europea (mediante la acción de la Comisión con el recurso en incumplimiento y/o la activación de la responsabilidad por la actividad judicial de los tribunales supremos, sentencia *Köbler*³²). Sabemos hoy en día que no es el caso. En un sistema complejo como es el sistema constitucional europeo actual, la obligación tiene también una fuente constitucional y convencional.

En países que tienen una justicia constitucional fuerte como en Alemania, Austria, España o la República checa por ejemplo, la no activación del mecanismo prejudicial por un tribunal supremo puede ser considerado y, lo ha sido, como una vulneración del derecho al “juez legal” en Alemania (artículo 101§2 de la Ley Fundamental)³³ y en República checa (artículo 38§1 de la Carta checa de los derechos y libertades fundamentales)³⁴, del derecho al “juez natural” en Austria (artículo 83§2 de la Constitución austriaca)³⁵ y del derecho a la “tutela judicial efectiva” en España (artículo 24 de la Constitución española)³⁶. Pero, la historia no acaba aquí: la obligación de reenvío tiene otro órgano de control, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sabemos que el Tribunal de Estrasburgo se reconoció competente para examinar las negativas de reenvío prejudicial, considerando que si la negativa no correspondía a los criterios de la doctrina del acto aclarado de la sentencia *Cilfit*, el artículo 6 del Convenio podía ser vulnerado. Hasta hoy, la Corte no ha activado de manera positiva el control, encontrando siempre motivos para declarar la petición o incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio europeo³⁷ o carentes de toda base jurídica, inadmitiendo la demanda³⁸. Aunque el Tribunal Eu-

³² TJCE, Gran Sala, 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, aff. C-224/01.

³³ Tribunal Constitucional alemán, 23 de mayo de 1986, *Solange II*; TC alemán, 8 de abril de 1987, *Kloppenburg* et sentencia del 31 de mayo de 1990.

³⁴ Tribunal constitucional checo, de 8 de enero de 2009, II, ÚS 1009/08.

³⁵ Tribunal Constitucional austriaco, 11 de diciembre de 1995, v. F. URLESBERGER, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, n° 5, 1999-1, pp. 27-65.

³⁶ Tribunal Constitucional español, STC, 19 de abril de 2004, n° 58/2004. v. R. ALONSO GARCÍA, Nota debajo de 19 abril 2004, *Common Market Law Review* 42, 2005, pp. 535-548; J.M. BAÑO LEÓN, “El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, n° 18, pp. 465-481; J.I. UGARTEMENDIA, «El ‘recurso’ a la prejudicial (234TCE) como ‘cuestión’ de amparo (A propósito de la STC 58/2004 de 19 de abril de 2004)», *Revista española de derecho europeo*, n° 11, 2004, pp. 411 y ss. Ver también, Tribunal Constitucional español, STC, 19 juin 2006, n° 194/2006.

³⁷ TEDH, DR, 14 de marzo de 2002, *Nikolaos Martakis c. Grèce*.

³⁸ Comm. EDH, 12 de mayo de 1993, *Société Divagsa c. Espagne*, DR 74, pp. 274-277; Comm. EDH, 28 juin 1993, *Fritz et Nana c. France*, DR 75, p. 39; CEDH, 23 mars 1999, *Desmots c. France*, DR; TEDH, 7 de septiembre de 1999, *Dotta c. Italie*, DR; TEDH, 4 de octubre de

ropeo no activó el control de manera efectiva al sancionar un Estado por no haber empleado el “reenvío prejudicial”, no se puede ignorar que la espada de Damocles está presente, constituyendo una presión suplementaria sobre los jueces nacionales.

De manera más general, es el momento aquí de recordar que el Tribunal de Estrasburgo se ha convertido, al hilo de su jurisprudencia, en un juez que controla el oficio del juez nacional. Para decirlo de otra manera, el mecanismo prejudicial no es el único ámbito en el que el juez europeo manifiesta su papel en la construcción de un constitucionalismo europeo. La sentencia *Dangeville*³⁹ hace parte, con muchas otras⁴⁰, de un contencioso interesantísimo en el cual se ve de manera obvia que el TEDH se ha transformado en un juez de control de los incumplimientos comunitarios por parte de los jueces nacionales. Este caso demuestra que un incumplimiento del Derecho comunitario puede perfectamente generar una vulneración del Convenio Europeo (con relación, entre otras cosas, al derecho a la protección de los bienes del artículo 1 del protocolo n°1).

2.2. Los titulares de la obligación de reenvío

De los jueces “supremos” hasta las Cortes constitucionales

No voy aquí a repasar la historia agitada de la aceptación o no por los jueces llamados supremos (cuyas decisiones no pueden ser apeladas) de la obligación de reenvío prejudicial. La historia es sumamente conocida desde la aparición de la doctrina del “acto claro” —iniciada en 1964 por el Consejo de Estado francés en el asunto *Société des Pétrole Schell-Berre*⁴¹— a la respuesta del Tribunal de Justicia en la sentencia *Cilfit* en 1982⁴², hasta, entre otras cosas, su reevaluación en 2005 en la sentencia *International Transports (C-495/03)*⁴³. Lo que sí quiero poner de relieve son dos elementos que forman parte de la cuestión del diálogo judicial.

2001, *Nicolas Canela Santiago c. Espagne*, DR, v. «Chronique de jurisprudence européenne comparée», 2000-4, pp. 1094-1096; 2002-4, pp. 1014.

³⁹ TEDH, 16 de abril de 2002, *Dangeville SA c. France*, v. F. BERROD V. CHEVALLIER, *Europe*, Août-septembre 2002, pp. 32-33.

⁴⁰ TEDH, 9 de enero de 2007, *Aubert et autres et 8 autres affaire c. France*; TEDH, 9 janvier 2007, *Arnolin et autres et 24 autres affaires c. France*.

⁴¹ Consejo de Estado francés, 19 de junio de 1964, *Sté Pétrole Shell-Berre*, concl. N. Questions.

⁴² TJCE, 6 de octubre de 1982, *Cilfit*, 6 de octubre de 1982, aff.-283/81.

⁴³ TJCE, 15 de septiembre de 2005, *International Transports*, aff.-C-495/03. Sobre todas estas cuestiones, v. para más matices, R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión*

Primero, el diálogo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia no es un diálogo cerrado de una vez por todas. El diálogo es un proceso, tal como lo es la construcción europea. Es evolutivo y por ende, por definición, inestable. Eso quiere decir que tanto la posición del Tribunal (como lo demuestra la sentencia de 2005) como las posiciones de los Tribunales supremos y constitucionales pueden cambiar, evolucionar. Aunque la historia de las relaciones entre los tribunales supremos y el TJUE continúa desarrollándose sobre todo a partir de la actitud de los órganos jurisdiccionales de los nuevos Estados miembros⁴⁴, concentraré mi análisis en la actitud de los tribunales constitucionales.

El problema hoy en día se concentra sobre dos aspectos del reenvío prejudicial: el primero, de carácter técnico, que concierne a la manera en la cual se regula la competencia entre el reenvío prejudicial comunitario y el reenvío prejudicial constitucional (la cuestión de constitucionalidad); el segundo concierne a la impresionante entrada en liza de ciertas cortes constitucionales en el diálogo regulado. Estos dos puntos demuestran perfectamente, una vez más, que el constitucionalismo dialogado está siempre *en equilibrio*, dependiendo de la regulación del oficio de cada tribunal, de la reglas de composición que permiten el cambio de sus miembros y su manera de ver las relaciones con Europa. Volveremos más adelante sobre el tema para descubrir los rasgos y matices de este fenómeno.

Quien pensaba que el *dictum* de la sentencia *Simmenthal* estaba bien claro y consolidado se equivocó. El panorama constitucional aparece con un cariz muy paradójico hoy en día en el continente europeo. Por un lado, en muchos de los Estados recién integrados (*i.e.* los del Este), las Cortes constitucionales, tomando en serio el famosísimo *dictum* de la sentencia *Simmenthal*⁴⁵ —confirmado muchas veces⁴⁶— tienen que “educar” a los jueces ordinarios. Por otro lado, hay otros Estados —con más antigüedad, estos—

Europea, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010, 2ª ed., pp. 166-179.

⁴⁴ Tribunal Supremo polaco, *20 de febrero de 2008* (III SK 23/07); el Tribunal se pronuncia por primera vez acerca de la noción de «jurisdicción que decide en última instancia». Sobre el caso de Chipre, ver L. BURGORGUE-LARSEN, «Chronique de jurisprudence européenne comparée», 2009-4, pp. 1276-1277 et S. LAULHE SHAELOU, «Back to reality: the implications of EU membership in the constitutional order of Cyprus», A. LAZOWSKI, *Brave New world: application of EU law in the new member States*, TCM Asser Press, The Hague, 2009.

⁴⁵ TJCE, de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Rec.* 629.

⁴⁶ Ver los asuntos TJCE, 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, C-210/06, *Rec.* I-9641; CJCE, 19 de noviembre de 2009, *Filipiak*, C-314/08; TJUE, 1^{er} de octubre de 2010, *Elchinov*, C-173/09.

que “re-escriben” la interpretación de la sentencia *Simmenthal*, sea mediante los jueces, o sea mediante la intermediación del legislador, regulando la “prioridad” de los procedimientos constitucionales frente al mecanismo del reenvío prejudicial. Realmente, parece obvio que nada está decidido de una vez por todas; se trata de la complejidad del “constitucionalismo dialogado”, que está constantemente en equilibrio; un equilibrio frágil por excelencia.

Las jóvenes Cortes constitucionales del Este deciden *pro integratone*, explicando a los jueces “ordinarios” que en caso de conflicto de competencias entre las dos preguntas, la pregunta de Derecho comunitario tenía que ser prioritaria. Piénsese, sobre este tema, por ejemplo, en la sentencia checa del 21 de febrero de 2006, en la cual el juez constitucional consideró que el procedimiento concreto de constitucionalidad del artículo 95§2 de la Constitución tenía que ser interpretado a la luz del hecho de que la República Checa es nuevo Estado miembro de la Unión Europea⁴⁷. Eso quiere decir que la primacía tiene que ser tomada en cuenta por los jueces y si descubren una contradicción entre una ley nacional y el Derecho comunitario, tienen que activar el mecanismo prejudicial⁴⁸. Otra manifestación de esta visión “euro abierta” es la del Tribunal constitucional polaco. En una sentencia del 18 de febrero de 2009⁴⁹, declaró constitucional una ley cuya meta era permitir a Polonia el suscribir la declaración de aceptación del reenvío prejudicial en el ámbito del antiguo tercer pilar (ex artículo 35 TUE).

Tal posición conciliadora de los parámetros de la integración europea no se ha manifestado en Alemania, antiguo Estado miembro. En una sentencia del 11 de julio de 2006⁵⁰, el Tribunal constitucional alemán consideró que no se podía establecer cualquier “jerarquía” entre el mecanismo del artículo 267 TFUE y el del artículo 100 de la Ley Fundamental, que concierne el control concreto de constitucionalidad. En vez de abordar la cuestión teniendo presente “la prioridad de aplicación” (y no de jerarquía), se llega a poner en tela de juicio la filosofía misma de la sentencia *Simmenthal*. No

⁴⁷ Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 21 de febrero de 2006, n° PL ÚS 19/04, M. Bobek, *Soudní rozhledy*, 2006-5, p. 171.

⁴⁸ Ver en España, Tribunal constitucional español, STC, 19 de junio de 2006, n° 194/2006, M. FROMONT, «Chronique de jurisprudence constitutionnelle de la République Fédérale d’Allemagne», *RDP*, 2007-6, pp. 1682-1684.

⁴⁹ Tribunal constitucional polaco, 18 février 2009, Kp 3/08.

⁵⁰ Tribunal constitucional alemán, 16 de julio de 2006, BvL 4/00, v. M. FROMONT, «Chronique de jurisprudence constitutionnelle de la République Fédérale d’Allemagne», *RDP*, 2007-6, spec. pp. 1682-1684.

se recuerda a los jueces ordinarios que su tarea es dar prioridad al mecanismo comunitario, sino que se considera que estos tienen que elegir la vía prejudicial que consideren como idónea. Y ¿Qué decir acerca de las nuevas regulaciones belga y francesa? Lo que sí es evidente es que demuestran la existencia, en estos países, de una corriente política que entiende que debe poner en el centro de las actividades judiciales —cuyo objeto es la protección de los “derechos”— la Constitución, *i.e.* el ordenamiento constitucional, antes que cualquier otro tipo de ordenamiento, inclusive el europeo. Bélgica abrió el camino con una ley especial, de 12 de julio de 2009, que modificó el artículo 26 de la ley especial de 6 de enero de 1989, relativa a la antigua Corte de arbitraje, hoy llamada Corte constitucional⁵¹. Organiza, aunque la palabra como tal no existe en el nuevo texto, la “prioridad” constitucional. En el mismo sentido, el reciente mecanismo de control concreto de constitucionalidad creado en Francia⁵² —merced al nuevo artículo 61§1 (consecuencia de la reforma constitucional de 2008)⁵³—, que generó una ebullición doctrinal importante en el Hexágono⁵⁴ —sobre cuya base una

⁵¹ Ley especial de 12 de julio de 2009, *Moniteur belge*, 31 de julio de 2009, p. 51617. El nuevo §4 del artículo 26 afirma: «Lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi [...] viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution.» (El subrayado es nuestro). El anteproyecto de ley había sido examinado por el Consejo de Estado belga, el cual, en una opinión consultiva del 3 de marzo de 2009 (n° 45.905/AG) había considerado el procedimiento «prioritario» belga compatible con las exigencias de la Unión.

⁵² Revoluciona la relación entre control de constitucionalidad y el control de convencionalidad en Francia, *v.* G. ALBERTON, «De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité?», *RFDA*, 2005, pp. 249-268; del mismo autor «Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité?» *AJDA*, 2008, p. 967; O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité», *Mélanges en l'honneur du Président Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 315-327; del mismo autor, «Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme», *Le dialogue des juges. Hommage au Président Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 403-417.

⁵³ V. BERNAUD, «Article 61-1», *La Constitution de la République française*, F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRETOT (Dir.) Paris, Economica, 2009 (3ª ed.), pp. 1438-1467.

⁵⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, «Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Etat des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) sur la base du projet de loi organique appliquant l'article 61§1 de la Constitution», *RFDA*, n° 4, 2009, pp. 787-799; P. CASSIA, «Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité», *RFDA*, 2008, p. 877 et s.; G. DRAGO, «Exception d'inconstitutionnalité – Prolégomènes d'une pratique contentieuse», *JCP Ed. Gen.*, n° 49, décembre 2008, I 217; B. MATHIEU «Question préjudicielle de constitutionnalité.

ley orgánica ha sido adoptada el 15 de diciembre de 2009⁵⁵, sí que organiza la preferencia (en la hipótesis de competencia entre los dos mecanismos prejudiciales) a la cuestión llamada (por el texto de la ley orgánica) “*prioritaria*” de constitucionalidad⁵⁶... Así las cosas, el Tribunal de Justicia de la Unión europea decidió no entrar “en guerra” abierta contra los órganos judiciales franceses emitiendo una sentencia de “tipo *Cilfit*” en el ya famoso asunto *Melki*⁵⁷. A la interrogación —muy severamente criticada en Francia por una parte de la doctrina⁵⁸— de la Corte de Casación de saber si el nuevo sistema francés de control de constitucionalidad era conforme al acervo

A propos du projet de loi organique», *JCP Ed. Gen.*, n° 18, 29 avril 2009, p. 4; V. BERNAUD M. FATIN-ROUGE STEFANINI, «Le réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question? Réflexions autour des articles 61§1 et 62 de la Constitution proposés par le Comité Balladur», *RFDC*, número excepcional 2008, pp. 169-195 y los debates con G. DRAGO, A. LEVADE, D. de BECHILLON (pp. 195-199). Ver el número especial de la *RD* (2009-3) con los artículos de J. RIDEAU, D. ROUSSEAU, J. ROUX, F. SUDRE entre otros.

⁵⁵ Ley orgánica n° 2009/1523 del 10 de diciembre de 2009 relativa a la aplicación del artículo 61§1 de la Constitución.

⁵⁶ El proyecto de ley orgánica fue declarado constitucional por el propio Consejo constitucional en su decisión del 3 de diciembre de 2009 gracias a los mecanismos del control *a priori*, *Loi organique relative à l'application de l'article 61§1 de la Constitution*, n° 2009-595 DC, v. B. GENEVOIS, «Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*», *RFDA*, 2010. 1

⁵⁷ TJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C 188/10 et C 189/10. v. D. SARMIENTO, «L'arrêt Melki: esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française», *RTDE*, 2010-3 (en vía de publicación).

⁵⁸ La críticas fueron diversas: las unas poniendo de relieve las lagunas de la argumentación, las otras (provenientes exclusivamente del sector académico constitucional) considerando que era inaceptable que la Corte de casación hubiera cuestionado la convencionalidad de la ley orgánica después que fuera declarada constitucional por el Consejo constitucional; v. J.-F. AKANDJI-KOMBE, «QPC *versus* question préjudicielle à la CJUE: à qui la priorité?», *JCP G* 2010, note 563; J. BIANCARELLI, G. BARRAUD, «La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne: un faux pas dans le dialogue des juges», *LPA* 26 mai 2010. P. CASSIA et E. SAULNIER-CASSIA, «Imbroglione autour de la question prioritaire de constitutionnalité», *D.* 2010. Chron. 1234; F. DONNAT, «La Cour de Justice et la QPC: chronique d'un arrêt prévisible et imprévu», *Recueil Dalloz*, n° 26, 8 juillet 2010; P. FOMBEUR, «Question prioritaire de constitutionnalité, droit constitutionnel et droit de l'Union européenne», *Recueil Dalloz*, 2010. P. 1229; M. GAUTIER, «La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire?», *RFDA* 2010. 449; A. LEVADE, «Renvoi préjudiciel *versus* question prioritaire de constitutionnalité: la Cour de cassation cherche le conflit!», *D.* 2010. chron. 1254; Ph. MANIN, «La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne», *AJDA*, 2010, p. 1023; D. SIMON, A. RIGAUX, «Drôle de drame: la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité», *Europe*, 2010, étude 5.

judicial de la Unión tal y como fue inaugurado en *Simmenthal*⁵⁹, el Tribunal de justicia dio una respuesta novedosa, poniendo de relieve su voluntad de que la “concordia” sea más fuerte que la discordia. Así, vemos de nuevo la capacidad del tribunal de Luxemburgo de tomar en serio nuevas manifestaciones de “resistencias” nacionales al fenómeno de la integración. El sistema constitucional europeo va adaptándose de manera continua. Si, por un lado, el proceso es frágil y complejo, por el otro, revela una capacidad extrema de adaptación, co-substancial al fenómeno ‘integrativo’ como tal. Se puede imaginar, en este contexto, que la respuesta del TJUE a los jueces ordinarios belgas —que han igualmente cuestionado el sistema belga de control de constitucionalidad⁶⁰— sea marcado por este espíritu de dialogo constructivo...

El segundo fenómeno que se quiere abordar aquí abarca la capacidad de las Cortes constitucionales de utilizar el artículo 267 TFUE. La Corte constitucional belga⁶¹ —que fue la primera en activar el artículo 267 TFUE cuando se llamaba aún Corte de arbitraje⁶²— se convirtió en LA Corte constitucional que, en Europa hoy en día, ha desacralizado totalmente la activación, por parte de un juez constitucional, del mecanismo prejudicial comunitario. La historia constitucional belga y la reforma reciente de la Corte explican esta impresionante apertura hacia su homóloga de Luxemburgo⁶³. Hasta hoy⁶⁴, la Corte belga activó el mecanismo nueve veces: cinco

⁵⁹ Lo que pone de relieve también la práctica es que los dos mecanismos (cuestión de constitucionalidad y reenvío prejudicial) pueden ser activos de manera simultánea.

⁶⁰ El Tribunal de primera instancia de Liège presentó una cuestión prejudicial el 30 de junio de 2010 en el asunto *Hubert Pagnoul/ Etat belge –SPF Finances* para saber si la nueva redacción del artículo 26 de la ley especial era conforme con el sistema de la Unión (asunto C-314/10).

⁶¹ El 7 de mayo de 2007, mediante una enmienda introducida en la Constitución belga, la denominación de la Cour d’arbitrage fue sustituida por la de Cour constitutionnelle/Grondwettelijk Hof/Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) (*Moniteur belge* de 8 de mayo de 2007, pp. 25.101 y 25.102).

⁶² El 19 de febrero de 1997, el TJCE recibía la primera pregunta prejudicial en proveniencia de la Corte de arbitraje belga. La respuesta del TJCE tuvo lugar el 16 de julio de 1998 *Fédération belge des Chambres syndicales de médecins ASBL, C-93/97, Rec. p. I-4837*).

⁶³ T. VANDAMME, «Prochain arrêt: la Belgique! Explaining Recent Preliminary Ruling of the Belgian Constitutional Court», *European Constitutional Law Review*, 2008, 4, pp. 127-148.

⁶⁴ Después de una investigación electrónica en el sitio *web* del TJUE. Última consulta, el 26 de septiembre de 2010.

asuntos fueron ya resueltos⁶⁵; los demás se originan en cuestiones presentadas en 2008, 2009 y 2010 y están aún pendientes⁶⁶. Esta contribución activa el diálogo que he llamado “integrado” —es decir, el del artículo 267 TFUE— abarca hoy día (después de Bélgica), Alemania (con una cuestión de un TC de un *Land*⁶⁷), Austria⁶⁸, Lituania (cuya corte constitucional activo el mecanismo apenas tres años después de la adhesión)⁶⁹ y por fin Italia (la cual estimó en 2008 que, enfrentada a una configuración constitucional interna muy específica —artículo 134 de la Constitución italiana— podía activar el mecanismo prejudicial lo que hizo *in casu*⁷⁰).

Así que este diálogo vertical, regulado por el artículo 267 TFUE, este diálogo integrado, entre actores judiciales “claves”, contribuye a *renovar* el constitucionalismo europeo. Pero una cosa es dialogar de manera desenfrenada a través de los mecanismos internos de control previo de constitucionalidad (lo que permitió poner en marcha las famosas teorías de los contra-límites o de las reservas de constitucionalidad, en las cuales se concentró la doctrina durante años) y otra bien distinta cuando un juez constitucional que actúa sin tabúes y sin sentirse “limitado” acepta el mecanismo prejudicial para abordar temas sumamente “constitucionales” a

⁶⁵ TJCE, 16 de julio de 1998, *Fédération belge des Chambres syndicales de médecins ASBL*, C-93/97, *Rec.* p. I-4837; TJCE, Gran Sala, 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05; TJCE, Gran Sala, 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor d Wereld VZW*, C-303/05; TJCE, Gran Sala, 1^{er} de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*, C-212/06; TJCE, Gran Sala, 13 de abril de 2008, *Bressol et Chaverot*, C-73/08.

⁶⁶ Ver los asuntos *Base S.A. e.a.* (C-389/08); *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselie* (C/236/09); *I.B. c. Conseil des ministres* (C-306/09); *Solvay e.a.* (aff. C-182/10).

⁶⁷ Cuestión de TC du *Land* de Hesse: respuesta del TJCE, 28 de marzo de 2000, *Badeck*, C-158/97.

⁶⁸ Cuestión de la Corte Constitucional austriaca, 10 de marzo de 1999: respuesta de la CJCE, 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien pipeline GmbH*, C-143/99.

⁶⁹ Cuestión presentada por la Corte constitucional de Vilnius (*Konstitucinis teismas*) el 8 de mayo de 2007. Respuesta del TJCE el 9 de octubre de 2008, *Julius Sabatauskas e. a.*, aff. C-239/07.

⁷⁰ Mediante un auto (ordonnance) del 12 de febrero de 2008 (n° 103/2008), la Corte constitucional decidió suspender el procedimiento en «legalidad constitucional» del artículo 134 para presentar 4 cuestiones al TJUE: 12 février 2008, n° 102/2008 et n° 103/2008, *v.* el comentario de L. S. ROSSI a cerca de las decisiones n° 348 et 349/2007 del 22 octubre 2007 et n° 102 et 103 du 12 février 2008, *CMLR*, vol. n° 46-n° 1, 2009, pp. 319-331. La respuesta fue dada el 17 de noviembre de 2009, (Gran Sala), *Presidente de Consiglio dei Ministri c. Regione autonoma delle Sardegna*.

través tanto de cuestiones de validez como de cuestiones de interpretación del derecho de la Unión Europea.

Con las *cuestiones de validez* activadas (hasta hoy sólo por la Corte constitucional belga), se pone en tela de juicio la legalidad del Derecho comunitario y ello no es ‘inocente’⁷¹. Aquí, la Corte constitucional aparece de manera obvia como un “contrapeso”, un “contra poder”, efectivo y vigilante, cuestionando el respeto por el legislador de la Unión de unos derechos fundamentales elementales. Cuando se cuestiona la *interpretación* del Derecho de la Unión en Estados con un diseño constitucional muy específico, como en Italia o en Bélgica, las consecuencias sobre el equilibrio interno de las competencias entre el Centro y la Periferia no son irrelevantes. Vamos a mostrarlo profundizando en el análisis de dos ejemplos relativos, cada uno, a estos dos últimos países. Si, en *Italia*, la Corte constitucional decidió cambiar su jurisprudencia acerca del mecanismo prejudicial fue como consecuencia de las nuevas fórmulas existentes en la Constitución italiana. Sobre la base del nuevo artículo 11§1 de la Constitución italiana (después de la reforma de 2001), la Corte constitucional se volvió competente para conocer a título principal de las diferencias existentes entre el Estado y una región o con una de las dos regiones autónomas de Trento y Bolzano. Tales litigios no pasan por un proceso delante del juez ordinario, sino que llegan directamente delante del juez constitucional, el cual interviene directamente en primera e última instancia. Así, el TC está obligado respetar el nuevo contenido del artículo 117§1, el cual *constitucionalizó* el respeto de las obligaciones del Derecho de la Unión⁷². Cuando la cuestión prejudicial tiene sus raíces en una confrontación competencial entre el Estado central y una región, no se puede evacuar la dimensión “constitucional” del asunto. La respuesta del TJUE dio la razón al Estado al considerar que unos impuestos creados por una región que se imponen exclusivamente a personas que no residan en la región no es conforme al Derecho de la Unión⁷³. Se ve aquí, de manera obvia, como el TJUE —mer-

⁷¹ Las cuestiones de validez dieron lugar a estas sentencias: TJCE, Gran Sala, 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05; TJCE, Gran Sala, 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor d Wereld VZW*, C-303/05.

⁷² Il se lit ainsi: «Le pouvoir législatif appartient à l’Etat et aux régions en vertu de la Constitution et dans les limites du droit de l’Union européenne et des obligations internationales.»

⁷³ La respuesta del TJUE es la siguiente: «1) El artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que *se opone a una norma tributaria de una autoridad regional como la establecida* en el artículo 4 de la Ley n° 4 de la Región de Cerdeña, de 11 de mayo de 2006, que contiene disposiciones diversas sobre ingresos, recalificación de gastos, medidas socia-

ced a la cuestión planteada por la Corte constitucional— se convierte en árbitro indirecto de los conflictos internos de competencias entre el centro y la “periferia”. Lo mismo pasa con Bélgica. El caso que dio lugar a la sentencia *Gobierno francés, Gobierno wallon c. Gobierno Flamenco* del 1er de abril de 2008 es un ejemplo emblemático, ya que el conflicto de competencia entre varias entidades infra-estatales es característico de la división político-lingüística de Bélgica⁷⁴. La pregunta técnica presentada por la Corte constitucional consistía en saber si el Derecho comunitario podía impedir a una entidad autónoma de un Estado miembro (*in casu* el gobierno de Wallonia) subordinar el beneficio de las prestaciones de seguridad social a la condición de tener su residencia en el territorio de la entidad. Eso excluía automáticamente a las personas que trabajaban el territorio de la entidad pero que tenían su residencia en otro lugar del territorio nacional. Lo que indirectamente se perfila es la incidencia del Derecho comunitario sobre la estructura federal de un Estado miembro. El Tribunal rechazó de manera tajante al argumentación del gobierno valón, el cual, para justificar su legislación, invocaba el reparto interno de competencias constitucionales⁷⁵. El porvenir del contencioso generado por las preguntas prejudiciales “constitucionales” seguirá sin duda desarrollándose⁷⁶...

les y de desarrollo, en su versión del artículo 3, apartado 3, de la Ley n° 2 de la Región de Cerdeña, de 29 de mayo de 2007, que contiene disposiciones sobre el presupuesto anual y plurianual de la Región – Ley presupuestaria de 2007, *por la que se establece un impuesto regional sobre las escalas turísticas de aeronaves destinadas al transporte privado de personas y de embarcaciones de recreo, que únicamente se exige a las personas físicas y jurídicas que tienen su domicilio fuera del territorio regional*. 2) El artículo 87 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que una norma fiscal de una autoridad regional por la que se establece un impuesto sobre las escalas, como el controvertido en el litigio principal que únicamente se exige a las personas físicas y jurídicas que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional, constituye una ayuda de Estado a las empresas que tienen su domicilio fiscal en ese mismo territorio.» (Lo subrayado es nuestro).

⁷⁴ TJCE, Gran Sala, 1^{er} de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon* (C-212/06, *Rec. p. I-1683*).

⁷⁵ Et de considérer que «la Communauté flamande ne pourrait exercer aucune compétence en matière d’assurance soins à l’égard de personnes résidant sur le territoire d’autres communautés linguistiques du Royaume de Belgique.» (point 57).

⁷⁶ La cuestión presentada el 22 de febrero de 2008 por la Corte constitucional belga es otro ejemplo de eso (C-73/08, *Bressol et Chaverot*). La abogada general Sharpston presentó sus muy interesantes conclusiones el 25 de junio de 2009 y el TJUE contestó el 13 de abril 2010 en formación de Gran Sala. Su respuesta, matizada, da el papel importante al juez nacional para que verifique si la ley belga no contradice la normativa comunitaria. Por lo tanto, otorga al juez nacional una cantidad importante de parámetros para interpretar “correctamente” la normativa nacional.

La justicia constitucional se encuentra hoy en día en una posición estratégica; abierta al procedimiento clave del diálogo integrado, lo utiliza de manera idónea para presentar a la luz judicial cuestiones constitucionales importantes que conciernen tanto el equilibrio interno de poderes como los equilibrios socio-económicos de la integración política.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

El diálogo —muy a menudo marcado por el desacuerdo— ha permitido al sistema de la Unión volverse sumamente protector de los derechos de las personas humanas en un entorno marcado históricamente por las exigencias de una economía integrada según los principios de la teoría funcionalista. A este tiempo de creación y de proclamación de un catálogo de derechos fundamentales (A), ha sucedido un tiempo marcado por la efectividad visible de la importancia otorgada, en el sistema de la Unión, a los derechos fundamentales. Ya no es únicamente una retórica simbólica, sino que aparece como un medio práctico para pedir y a veces obtener la nulidad de un acto de la Unión (B).

1. El tiempo de la creación

La historia de la constitución pretoriana de un catálogo de derechos fundamentales es también una historia sumamente conocida. No voy a presentarla aquí. Lo que sí quiero poner de manifiesto es lo positivo del diálogo basado sobre el desacuerdo de los tribunales constitucionales alemanes e italianos. Sus sentencias históricas fueron sistemáticamente analizadas como una quiebra a la primacía del Derecho comunitario. Pero las reservas de constitucionalidad tuvieron sus ventajas. Podemos presentar las cosas de otra manera preguntando ¿Cuál hubiera sido la protección comunitaria de los derechos fundamentales sin los desacuerdos judiciales italianos y alemanes? Pues sabemos que de estos desacuerdos surgió la creación —sentencia tras sentencia— de un catálogo sumamente rico, extenso de derechos fundamentales mediante la técnica bien conocida de los principios generales de derecho. El conjunto fue además constitucionalizado mediante la elaboración de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (la “Carta”), la cual —merced al artículo 6 §2 del

Tratado de la Unión en la versión del Tratado de Lisboa— obtiene el rango de Derecho primario⁷⁷.

Sabemos que esta creación —mediante los PGD— se basó esencialmente en los derechos tal y como existen en las “tradiciones constitucionales comunes” y como han sido interpretados por el Tribunal de Estrasburgo. En la práctica, la jurisprudencia convencional se transformó muy rápidamente en parámetro interpretativo *casi* exclusivo de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. De manera paralela, a partir de la proclamación el 7 de diciembre de 2000 de la Carta, ésta (como muy a menudo la propia jurisprudencia el Tribunal de Justicia) se convirtió en parámetro de interpretación de los derechos convencionales protegidos por el Tribunal Europeo⁷⁸. A tal punto que si la creación de los DF en el ordenamiento comunitario se desarrolló merced al Convenio europeo, éste se mantuvo “moderno” merced a un método abierto y “liberalizado” de interpretación de los derechos por el Tribunal Europeo, método de

⁷⁷ Para una síntesis percutante de toda la historia en la materia, v. L. ROSSI, «How fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon», *Yearbook of European Law*, 2008, pp. 65-87.

⁷⁸ Al 31 de diciembre de 2009, la Carta de los DFUE estaba presente en 23 casos examinados por el TEDH. *Invocación por los demandantes*: TEDH, DR, 14 de diciembre de 2004, *Ruiz Mateos y Jiménez de Tejada c. España*; TEDH, DR, 2 de febrero de 2006, *Buchheit et Meinberg contra Alemania*; TEDH, 11 de octubre de 2005, *Anheuser-Busch inc. contre Portugal*. *Evocación por los jueces minoritarios, en opiniones concordantes* TEDH, 2 de octubre de 2001, *Hatton and others v. United Kingdom*; TEDH, 21 de diciembre de 2006, *Demir y Baykara c. Turquía* y *en opiniones disidentes* (TEDH), Gran Sala, 8 de julio de 2003, *Hatton y otros c. Reino Unido*; TEDH, 26 de febrero de 2002, *Fretté c. Francia*; TEDH, 12 de abril de 2006, *Martinie c. Francia*; Cour EDH, 8 de julio de 2004, *Vo c. Francia*; Cour EDH, Gde Ch., 29 de enero de 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*. *La Carta está sobre todo utilizada directamente por la mayoría de jueces en varios casos importantes, los cuales muy a menudo encontraron un epílogo delante de la Gran Sala*: TEDH, III sección, 26 de febrero de 2002, *Fretté c. Francia*; TEDH, Gran Sala, 11 de julio de 2007, *Christine Goodwin c. Reino Unido*; TEDH, Gran Sala, 11 de julio de 2007, *I. c. Reino Unido*; TEDH, Gran Sala, 8 de julio de 2003, *Hatton et autres c. Reino Unido*; TEDH, Gran Sala, 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava c. Irlanda*; TEDH, GS, 11 de enero de 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Dinamarca*; TEDH, Gran Sala, 19 de abril de 2007, *Vilho Eskelinen y otros c. Finlandia*; TEDH, Gran Sala, 12 de noviembre de 2008, *Demir y Baykara c. Turquía*; TEDH, Gran Sala, 10 de febrero 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Rusia*; TEDH, Gran Sala, 17 de septiembre de 2009, *Scoppola c. Italie (n° 2)*; TEDH, Gran Sala, 15 de octubre de 2009, *Micallef c. Malta*; TEDH, 1er de diciembre de 2009, *G.N. c. Italia*.

“interpretación cruzada”⁷⁹ o de “cosmopolitismo normativo”⁸⁰, en el cual la Carta de los DF y también la jurisprudencia comunitaria tuvieron un papel importante hasta dar lugar a giros espectaculares de jurisprudencia. La necesidad de una coherencia jurisprudencial en Europa desemboca por tanto sobre una cultura de osmosis interpretativa entre los dos tribunales europeos, sin que una protección más fuerte por un sistema sea imposible. Al contrario. La sentencia *Elgafaji* lo demuestra de manera espectacular en materia de protección subsidiaria⁸¹.

En este contexto, el mantenimiento por parte de los Tribunales constitucionales de sus reservas de constitucionalidad relativas a la preservación de los derechos fundamentales⁸² —las jurisprudencias españolas, francesas, polacas aún en las sentencias muy recientes *Tratado de Lisboa* del Tribunal constitucional alemán o checo es, desde mi punto de vista, claramente retórico y corresponde a la naturaleza intrínseca de su oficio de guardián de las constituciones nacionales. Nos encontramos delante de un “juego” que no podrá evolucionar si Europa no se convierte en un Estado federal. Mientras tanto, cada juez constitucional proclama formalmente la primacía del ordenamiento constitucional, confirmando la existencia de un núcleo inalterable de derechos fundamentales que forman parte de la

⁷⁹ La expresión es de S. TURGIS, utilizada en su tesis *Recherches sur l'interaction entre les normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Paris, Université Paris II Panthéon Assas, 2009, 647 p.

⁸⁰ He utilizado esta expresión en un artículo en homenaje a J-P. Jacqué, «Le destin judiciaires strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif», *Hommage au Professeur J-P Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 145-173.

⁸¹ TJCE, Gran Sala, 17 de febrero de 2009, *Epoux Elgafaji, v. L. BURGORGUE-LARSEN*, «De l'autonomie de la protection du droit communautaire par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme», nota debajo de TJCE, Gde Ch., 17 février 2009, *Epoux Elgafaji, AJDA*, 6 juillet 2009, n° 24/2009, pp. 1321-1326.

⁸² Estos últimos años, muchos Tribunales constitucionales «tomaron la palabra» para dar su visión de las *relaciones de sistemas*. Aquí también, esta historia es sumamente conocida, así que me contento mencionar las sentencias sin comentarlas y sin presentar la bibliografía ya que es muy extensa: Para España, DTC 1/2004 de 13 de diciembre; Para Francia, Consejo constitucional, 10 juin 2004, *Economie numérique*; 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 29 juillet 2004, *Bioéthique*; 27 juillet 2006, *Droit d'auteur*; 30 novembre 2006, *Secteur de l'énergie*; 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, para Polonia, Tribunal constitucional polaco, 11 de mayo de 2005, K 18/04, *Dziennik Ustaw* 2005.86.744; para la República checa, Corte constitucional checa (*Ústavní soud*), 8 de marzo de 2006, n° I PL US 50/04; para la República de Hungría, cuyo Tribunal se pronunció más sobre la naturaleza del derecho comunitario en el ordenamiento húngaro, que sobre los contra-límites, Corte constitucional de Hungría, 16 de junio de 2006, n° 1053/E/2005 AB.

“identidad constitucional” de cada Estado, proclamando al mismo tiempo la necesidad de interpretar el texto constitucional de manera conforme al Derecho de la Unión⁸³. Es el equilibrio conceptual propio del diálogo *constitucionalizante*.

El choque acerca de una distorsión en materia de protección de los DF es totalmente improbable cuando uno recuerda que el TJUE se inspira de la jurisprudencia europea y también de los derechos inherentes a ciertos ordenamientos constitucionales internos, tomando en serio la “identidad constitucional” de ciertos Estados miembros⁸⁴; que el TEDH se inspira más

⁸³ Las referencias jurisprudenciales a esta obligación de interpretación conforme son numerosas. Para un ejemplo emblemático en la jurisprudencia de un «nuevo Estado», v. Corte constitucional de Eslovaquia, 29 de mayo de 2007, ÚS 151/07-14; v. también la decisión del TC polaco sobre el euro-orden (*op. cit.*).

⁸⁴ Las referencias, en la jurisprudencia del TJUE, a la identidad nacional y/o constitucional son más y más presentes y tienen que ver, de manera obvia, con la inserción de esta expresión en los tratados a partir de 1992 (ex-artículo F§1) y su reafirmación en el TECE (artículo I-5). Es interesante constatar que son los propios Tratados los que obligan, en cierta medida, a los Estados a “pensar” e “identificar” su identidad. Las sentencias las más impactantes (aunque son muy diferentes) son las siguientes: TJCE, 2 de julio de 1996, *Comisión c. Luxemburgo*, C-473/93, Rec., I-3207; TJCE, 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02, Rec., I-9609; TJCE, 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, C-145-04, Rec., 7917; TJCE, 12 de septiembre de 2006, *Eman et Sevinger*, C-300/04, Rec., I-8055; TJCE, 11 de septiembre de 2008, *UGT-Rioja*, C-428/06 à C-434/06, Rec., I-6747; TJCE, Gran Sala, 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07 [las referencias a la identidad de los Estados miembros como tal está mencionada en realidad en las conclusiones del abogado general M. Poiares Maduro (especialmente §§31 a 33)]. v. A. SANTAMARÍA DACAL, “Una reflexión más sobre la primacía del derecho comunitario con ocasión de la sentencia *Michaniki* y a la luz del Tratado de Lisboa”, *Revista Española de Derecho Europeo*, abril-junio 2009, n° 30, pp. 223-241. La importancia del tema de la «identidad» es tan importante hoy en día que explica la multiplicación de los artículos al respecto en los dos últimos *Mélanges* publicados en Francia para rendir homenaje tanto a Philippe MANIN como a Jean-Paul JACQUE, los cuales participaron en el Hexágono a la difusión del estudio del derecho de la Unión merced, entre otras cosas, a sus manuales. V. los análisis en los *Mélanges* MANIN (*Mélanges en l'honneur de Philippe Manin L'Union européenne: Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010) de V. CONSTANTINESCO, “La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales: convergente ou contradiction?”, pp. 79-94; de A. LEVADE “Identité constitutionnelle et exigence existentielle: comment concilier l'inconciliable?”, pp. 109-128; de J-D. MOUTON, “Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne”, pp. 145-154; de B. NABLI, “L'identité constitutionnelle européenne de l'Etat de l'Union”, pp. 155-172. V. los análisis en los *Mélanges* JACQUE (*Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010), de F. BENOIT-ROHMER, «Identité européenne et identité nationale: absorption, complémentarité ou conflit?», pp. 63-80; de C. GREWE et J. RIDEAU, «L'identité constitutionnelle des Etats mem-

y más en el propio ordenamiento de la Unión para modernizar derechos del Convenio Europeo y que muchos Tribunales constitucionales —mediante cláusulas como el artículo 10§2 de la Constitución española o de manera espontánea— se inspiran en el Convenio europeo para interpretar sus derechos constitucionales.

2. *El tiempo de la consolidación efectiva*

Entre el tiempo de la *proclamación* pretoriana de la existencia de un catálogo de derechos fundamentales —que desembocó en la adopción de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea— y la *afirmación de su valor* efectivo, hay un mundo. Es evidente que nos encontramos en una segunda fase de la formación de un constitucionalismo europeo *fuerte* merced a la imposición de la “protección efectiva y concreta” de los derechos fundamentales, para utilizar un *dictum* famosísimo del Tribunal de Estrasburgo.

Aquí, dos elementos claves surgen. Primero, se puede poner en duda la validez, la legalidad del Derecho de la Unión y, a veces, llegar a declarar su nulidad sobre la base de una argumentación que se cimienta en la preservación de los derechos fundamentales (1). Segundo, la protección efectiva y elevada de los derechos fundamentales puede prevalecer sobre la libertades económicas (2).

2.1. La legalidad del Derecho de la Unión en cuestión

Aquí, hay fracasos evidentes (como la tentativa de anular la directiva sobre la reagrupación familiar de residentes extranjeros), éxitos *indirectos* (las declaraciones de inconstitucionalidad por ciertos TC de las leyes de transposición de la Decisión Marco sobre la orden de detención y entrega), y éxitos emblemáticos (la anulación por el TJUE de la normativa comunitaria de lucha contra el terrorismo). Lo que es necesario destacar es que aún el solo *intento* de anular una norma europea por razón de una inadecuada protección de los derechos fundamentales es la manifestación, cuando no la victoria, de la existencia de un constitucionalismo vivo.

bres de l'Union européenne: *flash back* sur le *coming out* d'un concept ambigu», pp. 319-346.

El intento histórico de anular *directamente* una directiva basándose en la vulneración de unos derechos fundamentales en materia de protección de la vida privada es, a pesar de que la directiva en cuestión —la directiva sobre la agrupación familiar de los residentes extranjeros— no fue anulada, un acontecimiento esencial. Ha demostrado que el Parlamento se tomaba en serio el tema de la protección de los derechos fundamentales, poniendo en marcha por eso su nuevo estatus de “*requérant privilégié*” (demandante privilegiado), y que el TJCE tomaba también en serio la Carta de los DFUE integrándola en las normas pertinentes para efectuar el control de legalidad⁸⁵.

La otra manifestación excepcional de la voluntad de no ceder ni un ápice del alto nivel de protección concierne lo que podríamos llamar, utilizando el título de una famosa película francesa, la “fabulosa” *historia de la euro-orden*⁸⁶ y de la decisión marco del 13 de junio de 2002. Si el TJUE declaró al fin y al cabo la validez (merced a la cuestión prejudicial de la Corte constitucional belga) de este instrumento del tercer pilar, los tribunales constitucionales y supremos, por su parte, mantuvieron la presión sobre los legisladores internos para que la transposición de la decisión marco fuera lo más conforme posible a una protección máxima de los derechos fundamentales. Es interesante recordar aquí que los tribunales constitucionales *polaco*⁸⁷ y *alemán*⁸⁸ y la Corte suprema de *Chipre*⁸⁹ declararon inconstitucionales las leyes internas de transposición de la decisión marco cuyo objetivo, lo sabemos, es evitar, entre los países europeos, las barreras inherentes al

⁸⁵ TJCE, 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo de la Unión*, C-540/03, pt 38, conclusions J. Kokott pronunciadas el 8 de septiembre de 2005. Ver L. BURGORGUE-LARSEN, «L'apparition de la Charte des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés», note sous *Parlement c. Conseil*, 27 juin 2006, *AJDA*, 4 décembre 2006, n° 41/2006, pp. 2286-2288; R. LAWSON, «Family Reunification Directive». Court of justice of the European Communities. Family Reunification and the Union's Charter of Fundamental Rights, Judgement of 27 June 2006, case C-540/03, “Parliament v. Council”, *European Constitutional Law Review*, 2007, vol. 3, pp. 324-342.

⁸⁶ M-E. CARTIER (Dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 422p. (Col. «Droit de l'Union», n° 1).

⁸⁷ Tribunal constitucional polaco, 27 avril 2005, P 1/05, *Dziennik Ustaw* 2005.77.680: www.trybunal.gov.pl/summaries.

⁸⁸ Tribunal constitucional alemán, 18 juillet 2005, 2BvR 2236/04, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2005, pp. 1119-1128. www.bundesverfassungsgericht.de. (debajo de «Pressemitteilungen»).

⁸⁹ Corte suprema de la República de Chipre, 7 de noviembre de 2005, *Abogado general c. Costa Constantinou*, n° 294/2005: www.cylaw.org.s

procedimiento clásico de la extradición⁹⁰. Las consecuencias fueron, muy a menudo, la puesta en marcha de reformas constitucionales nacionales⁹¹ para adaptarlas a la nueva categoría jurídica creada por la euro-orden (fortaleciendo por ende la europeización de las constituciones nacionales, lo que demuestra otra vez las relaciones entre los dos niveles de poder en la Unión Europea). Es también interesante recordar que —en esta historia compleja de la efectividad de la decisión marco— hubo jueces constitucionales que consideraron que el procedimiento creado por la euro orden era totalmente compatible con la Constitución nacional y con los valores defendidos hoy en día en Europa gracias a entre otras cosas la ciudadanía europea. En este sentido, la *decisión checa* del 3 de mayo de 2006 merece un comentario, aunque sea rápido⁹². Al tener en las manos el problema de la abrogación de la ley de transposición de la euro orden (solicitada por un grupo de parlamentarios), el juez constitucional checo consideró que no era necesario activar el mecanismo prejudicial, ya que la Corte de arbitraje belga lo había hecho y que, mientras la respuesta del TJUE no fuese hecha pública, la euroorden seguía siendo válida. En tal contexto, consideró que tenía que resolver la cuestión de la constitucionalidad de la ley de transposición considerando válida la decisión marco. El TC checo consideró que no se podía ignorar el estatuto de Estado miembro de la República Checa ni las ventajas de los nacionales checos por su estatuto de ciudadanos de la Unión y que se tenían que interpretar las disposiciones constitucionales teniendo en cuenta los objetivos de la integración europea. O, mejor dicho, en presencia de varias interpretaciones posibles de una disposición constitucional nacional, se tenía que optar por la interpretación más “euro compatible”.

En este proceso, la *red* de los jueces nacionales funcionó de manera excepcional, o mejor dicho, el *diálogo horizontal* entre los tribunales supremos y/o constitucionales de los países de la Unión fue espectacular. Cada juez nacional conocía perfectamente la jurisprudencia de los demás, un conocimiento esencial en el contexto de un orden integrado como el de la Unión Europea. El diálogo horizontal fue en esta ocasión tan importante como pudo serlo durante mucho tiempo el diálogo vertical en otras. Sobre todo, estas relaciones complejas demostraron que los dos niveles del poder en

⁹⁰ Para más detalles a cerca de la argumentación de cada juez, v. «Chronique de jurisprudence européenne comparée», 2006-4, spec. pp. 1122-1127.

⁹¹ Chipre: Ley n° 127 (I)/2006 del 26 de julio de 2006: quinta modificación de la Constitución de Chipre.

⁹² Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 3 de mayo de 2006, n° Pl. ÚS 66/04.

la Unión permiten, al fin y al cabo, el mantenimiento de una presión político-jurídica acerca de la protección de los derechos fundamentales. Para decirlo de otra manera, el diálogo permite la aparición de contra-pesos judiciales que son, desde mi punto de vista, sumamente útiles ya que, al fin y al cabo, son democráticos, sobre todo cuando se recuerda que el Tribunal de Estrasburgo, en una decisión de inadmisibilidad contra España, consideró que la petición del demandante no cabía dentro de la delimitación material del artículo 6§1⁹³; dicho de otra manera, no se puede atacar hoy en día una decisión de entrega delante del TEDH invocando el artículo 6§1, ya que la “entrega” no concierne “le *bien fondé*” “pertinencia” de una acusación en materia penal según el juez de Estrasburgo.

No se trata de un proceso sencillo, sino que no permite un desarrollo lineal del proceso de integración. Entre la decisión polaca que suspendió durante dieciocho meses los efectos de su decisión para adaptar tanto la legislación como la Constitución polaca a las exigencias europeas, y la decisión alemana que anuló todos los procesos judiciales y administrativos ya abiertos sin dejar una puerta diplomática de salida a los poderes legislativos alemanes (que fueron directamente y de manera muy severa sancionados en la decisión de inconstitucionalidad), hay una diferencia mayor que es inherente al proceso dialogado y el precio a pagar para avanzar de manera democrática (tanto a nivel europeo *stricto sensu*, como a nivel nacional *stricto sensu*, los dos niveles constitutivos de la Unión Europea).

Si se desplaza el análisis hacia la aplicación concreta de las disposiciones nacionales de transposición de la decisión marco, resalta que la actividad contenciosa es sumamente densa y a veces diversa, por no decir contradictoria. Entre las sentencias de la *House of Lords*⁹⁴, que hacen todo lo que pueden para interpretar la ley interna de tal manera que no obstaculicen la aplicación de una orden de entrega (teniendo a la vista los principios de la sentencia *Pupino*) y el *Tribunal constitucional español*, el cual, en su decisión

⁹³ TEDH, DR, 7 de octubre de 2008, *José Monedero Angora c. España*. La tercera sección del Tribunal declaró inadmisibile, por unanimidad, una petición de un nacional español que contestaba una decisión de «entrega» hacia Francia. Consideraba que había una vulneración de los artículos 5, 6, 7 y 13 del Convenio Europeo. El Tribunal, después de examinar cada una de las alegaciones para rechazarlas, declaró sobre todo incompatible *ratione materiae* la petición hecha en el marco del artículo 6 §1 (aspecto penal de dicha disposición).

⁹⁴ House of Lords, 28 de febrero de 2007, *Dabas v. High Cour of Justice* [Madrid] 2007, 2 WLR 254; House of Lords, 30 juillet 2008, *Caldarelli v. judge for Preliminary Investigations of the Cour of Naples* [2008] 1 WLR 1724.

de 28 de septiembre de 2009⁹⁵, al contrario, no puso en marcha este tipo de argumentación (a pesar de dos opiniones separadas claras en este sentido), el panorama constitucional europeo es muy complejo... No obstante, la realidad del diálogo *constitucionalizante* tiene, como hemos dicho, sus dos facetas (tanto el acuerdo como el desacuerdo)...

La *historia de la lucha contra el terrorismo* ha tomado un giro en Europa que podemos considerar como histórico con la decisión de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2008⁹⁶ formulada sobre la base de las excelentes conclusiones del abogado general Poiars Maduro⁹⁷. La historia contenciosa que permitió la anulación de la normativa comunitaria que aplicaba las obligaciones internacionales —representadas por varias resoluciones del Consejo de Seguridad— es sumamente conocida. Me contentaré aquí con presentarles mi visión sobre esta jurisprudencia. Desde mi punto de vista, es la manifestación lógica de la jurisprudencia “constitucionalizante” del TJUE⁹⁸. Partiendo de la autonomía del orden comunitario y considerando el avance importantísimo de la protección de los derechos fundamentales en el sistema de la Unión, consecuencia del diálogo vertical iniciado en los años 70, el TJUE razonó como un juez constitucional que tenía que proteger los valores de este ordenamiento constitucional: valores comunes a nivel supranacional (PGD y Carta de los DF) y nacional (Constituciones nacionales). La sentencia *Kadi/Al Barakaat* es la concreción del énfasis puesto tanto por las Cortes constitucionales nacionales como por el propio TJUE durante más de 30 años sobre la importancia *existencial* de la protección de los derechos de las personas humanas. La consecuencia inmediata es el fin de todo lazo con el Derecho internacional público, ya

⁹⁵ Tribunal constitucional español, sentencia n° 199/2009, recurso de amparo n° 4234-2007. Para un ejemplo contrario, ver la sentencia del Tribunal constitucional español del 28 septiembre de 2009, STC 199/2009. Fueron en este caso los dos jueces disidentes quienes tomaron en serio la idea de una comunidad de valores comunes en Europa: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA y Pablo PÉREZ TREMPES, *v.* un comentario en *RTDE*, abril-junio 2010, pp. 442-444. Para un análisis que integra esta sentencia en un marco más amplio, *v.* C. IZQUIERDO SANS, “Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)”, *REDE*, n° 34, abril-junio 2010, pp. 193-233.

⁹⁶ TJCE, Gran Sala, 3 de septiembre de 2008, *Kadi et Al Baralaat International Foundation c. Conseil de l'Union et Commission des Communes européennes*, aff. Jtes C-402/05 P et C-415/05 P.

⁹⁷ Conclusiones de Miguel Poiars Maduro del 23 de enero de 2008 en el caso *Al Barakaat International Foundation*, C-415/05 P.

⁹⁸ Ver el artículo histórico en la materia, E. STEIN, «Lawyers, judges and the Making of Transnational Constitution», *American Journal of International Law*, 1981.

que el TJ razona como un juez constitucional capaz de poner a un lado la necesidad de la primacía del DIP sobre los derechos nacionales para hacer triunfar unos valores esenciales⁹⁹.

2.2. Las libertades económicas en cuestión

Si los jueces nacionales desarrollan unas técnicas que les permiten, al fin y al cabo, tomar en consideración las exigencias del Derecho de la Unión, el juez europeo también toma en cuenta, de manera concreta, las exigencias de protección de los derechos fundamentales. Sabemos que desde hace unos cuantos años el tema de la conciliación entre libertades económicas y derechos fundamentales alimenta las crónicas judiciales y, por ende, doctrinales¹⁰⁰.

Durante mucho tiempo, los derechos fundamentales han contribuido a la realización de las libertades económicas. Las sentencias *Cinéthèque*¹⁰¹, *Ert*¹⁰², *Carpenter*¹⁰³, *Fetersen*¹⁰⁴ son típicas de esta idea. Los derechos fundamentales eran invocados por los particulares (personas físicas y morales) con el fin de *apoyar al final la realización de la libertades económicas* garantizadas por el tratado CE y los derechos que estas libertades económicas otorgaban a los particulares. Hoy en día, sabemos que los derechos fundamentales pueden, al contrario, *ayudar a justificar las barreras a las libertades económicas*. La evolución es significativa y merece su desarrollo. Las sen-

⁹⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, «Existe-t-il une ‘approche européenne’ du droit international? Eléments de réponse à partir de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés», *Droit international et diversités des cultures juridiques*, Paris, Pedone, 2008, pp. 257-276.

¹⁰⁰ A. ALEMANO, «A la recherche d’un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur», *RDUE*, 2004-4, pp. 709-751; L. AZOULAI, «The Court of Justice and the Social Market Economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization», *CMLR*, 2008, pp. 1335-1355; J. NARCISO DE CUNHA RODRIGUES, «De nouvelles frontières en droit communautaire», *Mélanges en hommage à Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2007, pp. 381-393; C. KADDOUS, «Droits de l’homme et libertés de circulation: complémentarité ou contradiction?», *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 563-591; V. SKOURIS, «L’interaction entre les libertés fondamentales et les libertés politiques en droit communautaire», *Mélanges en l’honneur de Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2007, pp. 497-506.

¹⁰¹ TJCE, 11 de julio de 1985, *Cinéthèque*, aff. Jtes 60 et 61/84, *Rec.*, 1985, p. 2605.

¹⁰² TJCE, 18 de junio de 1991, *ERT*, aff. C-260/80.

¹⁰³ TJCE, 11 de julio de 2002, *Carpenter*, aff. C-60/00, *Rec.*, 2002, p. I-6279.

¹⁰⁴ TJCE, 25 de enero de 2007, *Fetersen*, aff. C-370/05, *Rec.*, 2007, p. I-1129.

tencias (algunas de ellas muy famosas) *Schmidberger*¹⁰⁵, *Omega*¹⁰⁶, *AGM Cost Met*¹⁰⁷, *United Pan Europe*¹⁰⁸, *Laval*¹⁰⁹, *Viking*¹¹⁰, *Dynamic Medien*¹¹¹, forman parte de una nueva generación contenciosa. Estas sentencias ponen a la luz dos tipos de situaciones¹¹². En la primera situación —puesta de relieve por las sentencias *Laval* y *Vikin*—, unos individuos hacen valer ciertos derechos fundamentales contra otros particulares, los cuales invocan, por su parte, unas libertades económicas. El choque entre los derechos fundamentales y las libertades económicas es fuerte y frontal. Si el Tribunal reconoce que el derecho de organizar una acción colectiva puede ser una justificación legítima, un interés legítimo cuya naturaleza puede justificar una barrera a la libre circulación, *in casu*, son las libertades económicas las que, después de un control de proporcionalidad, prevalecen.

En la segunda situación, los derechos fundamentales son utilizados por los propios Estados miembros (y no los individuos); ellos han integrado la lógica “DF” e invocan la importancia de la realización efectiva de ciertos derechos fundamentales como justificación de las barreras a ciertas libertades económicas. La mayoría de los casos existentes hasta hoy ponen de manifiesto esto (*Schmidberger*, *Omega*, *Dynamic Medien*, *AGM Cost Met*, *United Pan Europe*). De nuevo es necesario diferencia dentro de este grupo de sentencias.

En las sentencias famosísimas de 2003 (*Schmidberger*) y 2004 (*Omega*), el Tribunal de Justicia no creó ninguna jerarquía entre los derechos fundamentales y las libertades económicas. La protección de los derechos fundamentales está considerada como un “interés público legítimo” susceptible de justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión europea. Aquí lo importante es buscar el justo equilibrio, poniendo en la balanza de manera neutral los derechos (fundamentales) y las libertades (económicas) existentes. En estos casos, la ponderación de los intereses hizo prevalecer los DF sobre las libertades

¹⁰⁵ TJCE, 12 de junio de 2003, *Eugen Schmidberger, c Republik Österreich*, C-112/00.

¹⁰⁶ TJCE, 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02, *Rec.*, 2004, p. I-9609.

¹⁰⁷ TJCE, 17 de abril de 2007, *AGM Cos Met*, C-470/03, *Rec.*, 2007, p. I-2749.

¹⁰⁸ TJCE, 13 de diciembre de 2007, *United Pan Europe*, C-250/06.

¹⁰⁹ TJCE, Gran Sala, 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05.

¹¹⁰ TJCE, Gran Sala, 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation c. Viking*, C-438/05.

¹¹¹ TJCE, 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06.

¹¹² Para descubrir los detalles de estas dos situaciones, v. C. KADDOUS, «Droits de l'homme et libertés de circulation: complémentarité ou contradiction?», *op. cit.*, pp. 563-591.

económicas de libre circulación de mercancías y de servicios debido a las peculiaridades de los hechos. El examen de proporcionalidad fue central a la hora de decidir, caso por caso, acerca de la preeminencia de una categoría de derecho sobre otra. En las demás sentencias (como *Dynamic Medien* o *United Pan Europe*), los derechos fundamentales son presentados de inmediato por el TJUE como intereses propios a justificar, en principio, restricciones a las libertades fundamentales o como una justificación susceptible de constituir una razón imperiosa de interés general. La temática continuará incrementándose en los años que vienen. Las dificultades económicas y sociales vividas por los Estados miembros vienen ya acompañadas de una mayor “demanda social”; en este contexto, la fuerza vinculante de la Carta de los Derechos fundamentales (recién adquirida con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa)¹¹³ surtirá efectos concretos y será tomada formalmente en cuenta en el método interpretativo del Tribunal en el momento de conciliar el conflicto frontal entre libertades (económicas) fundamentales y derechos fundamentales. La interesantísima sentencia del 15 de julio de 2010 lo demuestra con fuerza¹¹⁴. El ejercicio “conciliador” del TJUE se volverá más y más frecuente configurando la Europa del mañana. ¿Llegará la integración europea a conciliarse con el espíritu de Filadelfia?¹¹⁵

¿Como concluir? No es fácil dar con una opinión cierta de una vez por todas. El constitucionalismo dialogado no es algo perfecto: todo está en equilibrio, y como hemos observado, en un equilibrio bastante frágil. Es la consecuencia de la creación de un sistema que, al fin y al cabo, es muy integracionista sin haberse transformado en un Estado federal. Sin el salto federal (que aparece hoy en día impensable), uno tiene que acostumbrarse a descubrir, conocer y asimilar este dialogo que demuestra, en pos de cierta fragilidad, una impresionante vitalidad. La *Red* europea es tanto normativa como judicial y empuja a crear, cada día, un constitucionalismo de un nuevo tipo. La realidad jurídica contemporánea es así.

¹¹³ L.S. ROSSI «Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne», *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 610.

¹¹⁴ TJCE, Gran Sala, 15 de julio de 2010, *Comisión c. Portugal*, C-271/08, puntos 38 y 39 entre otros; conclusiones pronunciadas el 14 de abril de 2010 por Verica Trstenjak.

¹¹⁵ A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 173. Los desafíos son importantes para construir una verdadera Europa social, v. igualmente. A. ROSAS, «Finis Europae Socialis?», *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 591-607.

XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales¹

RAFAEL BUSTOS GISBERT

SUMARIO: I. Introducción. II. Premisas para una teoría del diálogo judicial. III. Ámbito de aplicación, causas, interlocutores y estructura del diálogo. IV. Los resultados del diálogo. V. La homogeneidad constitucional básica como base y consecuencia del diálogo. VI. Las técnicas jurídicas de solución de conflictos propias del diálogo: interpretación mutuamente conforme y self restraint. VII. Conclusión. VIII. Anexo de casos y bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende ser una reflexión general sobre la noción de diálogo judicial. En estudios anteriores hemos examinado las bases de la teoría general aplicables en los nuevos escenarios de pluralismo constitucional (BUSTOS, 2005) y, con posterioridad, hemos glosado diversos ejemplos del diálogo judicial desarrollados en nuestro entorno (recopilados en una sola monografía en 2011). En estos trabajos se ponía de manifiesto la conveniencia de esbozar una aproximación general al concepto o a la categoría de diálogo judicial en el ámbito constitucional. La concreta redacción de una aproximación de este tipo resulta compleja², pues no es posible explicar con detalle todos los casos que han servido de referencia, ni mucho

¹ El presente trabajo se enmarca en dos proyectos de investigación cuyas referencias son DER2008-04499/JURI y DER2009-11776/JURI ha sido publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 95, 2012, pp. 13 a 63.

² Tanto que no habría sido posible sin la colaboración de muchos compañeros que amablemente discutieron y comentaron versiones previas del texto. Por ello, mi agradecimiento a Alejandro Saiz Arnaiz, Ricardo Alonso; Javier García Roca; José Martín y Pérez de Nanclares; Javier Mieres, Giuseppe Martinico; Aida Torres y Mario Hernández Ramos. Especialmente he de agradecer a Maribel González Pascual no sólo sus comentarios, sino también su ayuda con la jurisprudencia alemana magníficamente expuesta en su trabajo publicado en 2011 y sobre la que tuvo la paciencia de aclararme todas las dudas propias de quien manejaba versiones traducidas de las sentencias. Igualmente agradezco la oportunidad de presentar y discutir algunas conclusiones parciales de este trabajo en sendos seminarios organizados por las áreas de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona y de la Universidad Pompeu Fabra.

menos la enorme bibliografía que tales casos (por definición singulares) han generado. Son incontables los comentarios a decisiones como Costa; Simmenthal, Mangold; Nold; Rutilli, Kadi o Melki del Tribunal de Justicia (TJUE); o como Von Hannover; Matthews, o Bosphorus, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH); en fin como Solange, Maastricht, Lisboa o Honeywell del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCF). Lo mismo ocurre en el ámbito puramente español con respecto Decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como Cesáreo Gómez Vázquez; del TEDH, como López Ostra, o del TC, como las dos declaraciones sobre sendos tratados comunitarios.

Esta doble imposibilidad (de explicar todos los casos o *sagas* de diálogos judiciales y de citar y comentar en extenso la bibliografía sobre el tema) nos ha conducido a asumir una concreta estructura en las páginas que siguen. Una estructura en la cual los casos aparecen citados por el nombre *popularizado* en la bibliografía especializada (sin perjuicio de añadir una tabla de casos debidamente citados y con una mínima sistemática al final del trabajo) y mencionándose sólo a los autores inmediatamente utilizados en la redacción del trabajo (con la correspondiente cita bibliográfica completa al final). Con ello se pretende evitar que se pierda el hilo discursivo ante una excesiva profusión de datos y notas explicativas.

Con el mismo objetivo, este trabajo se articula a través de la exposición ordenada de 15 proposiciones generales sobre los diálogos judiciales. Se han sistematizado agrupándolas en 7 epígrafes, pero mantienen, o deberían mantener, un orden lógico. De este modo podrían clasificarse, y así aparecen numeradas, también en proposiciones preliminares (proposiciones 1-3); proposiciones descriptivas (proposiciones 4 a 11) y proposiciones consecutivas (proposiciones 12 a 15).

II. PREMISAS PARA UNA TEORÍA DEL DIÁLOGO JUDICIAL

1. *Una teoría necesaria, aunque de alcance limitado*

La primera cuestión que debemos plantearnos al inicio de estas páginas es clara: ¿para qué y con qué alcance una teoría general? La pregunta tiene sentido hacérsela en la medida en que la noción de diálogo judicial se asienta en una práctica seguida por los tribunales para resolver conflictos de muy diversa índole y naturaleza. Práctica de creación exclusivamente pretoriana buscando, de manera pragmática, solucionar conflictos no previstos (o al menos no suficientemente previstos) por los ordenamientos

jurídicos afectados. No hay pues un “plan racional” detrás de los diálogos judiciales que van a constituir el principal objeto de discusión en estas reflexiones.

El planteamiento recuerda a lo que se sostuvo por algún autor respecto a la inutilidad de la teoría general de los derechos fundamentales en un país de *common Law* como los Estados Unidos (POSNER). La intencionalmente provocativa tesis sostenía que era imposible sustentar una teoría general en una materia compuesta por la solución de casos concretos, sobre la base de previsiones demasiado generales y con la intervención de una multitud de autores (los órganos jurisdiccionales y todos aquellos intervinientes en los diferentes procesos). Sólo si lo que se perseguía era escribir para profesores sin ninguna relación con la aplicación práctica del Derecho, tal labor tendría alguna justificación. La respuesta a tales críticas en la doctrina americana se asentó en la necesidad de que el Derecho (aún el más casuístico) ha de ofrecer una cierta *consistencia* en el sentido de que antes de adoptar una decisión, ésta (para ser considerada correcta) ha de ser extensible a casos similares o al menos no venir desautorizada por la solución propuesta en otros casos (FALLON). La idea subyacente, a un jurista continental no se le puede escapar, es la enorme contribución que una teoría general proporciona en aras de la previsibilidad de la solución de cualquier conflicto lo que, obviamente, está profundamente vinculado al principio de seguridad jurídica.

Y es precisamente el principio de seguridad jurídica el que está más amenazado en este tipo de nuevas formas de solución de conflictos según sus críticos. Así se sostiene, quizás exageradamente, que las apelaciones al diálogo judicial esconden una ausencia absoluta de determinación de las soluciones esperables y una renuncia a la función de otorgar certeza que es irrenunciable a todo concepto de Derecho. Para sus críticos, pues, apelar al diálogo judicial para resolver conflictos jurídicos no es más que renunciar a determinar cuál es la solución, dejando abierta casi cualquier posibilidad.

Parece, por tanto, conveniente una teoría general que ofrezca mínimamente las pautas definidoras de lo que sea un diálogo judicial. Dado que no podemos ofrecer una previsibilidad de cuál será la solución a alcanzar (esa es la clave del diálogo, la solución será el resultado no conocido a priori del intercambio de argumentos) en el sentido de que no podremos ofrecer las líneas generales de una solución *material o de fondo* (cuál será la concreta respuesta a una demanda), deberemos esforzarnos en ofrecer una respuesta *procedimental*; esto es, cómo será el proceso mediante el cual se resolverá el conflicto planteado. Qué características tendrá; qué reque-

rirá para ofrecer soluciones legítimas, qué instrumentos normativos utilizará, cómo se aplicará en la práctica y un largo etcétera.

Ahora bien no es posible apuntar en este trabajo una teoría que explique el diálogo entre tribunales de una manera global. Esta tarea excedería con creces no ya el espacio de un artículo en una revista científica, sino también las capacidades de quien esto suscribe. Por ello, en estas líneas no se pretende más que proponer sólo algunas proposiciones generales aplicables a los diálogos judiciales. Proposiciones que puedan servir de fundamento para construir esa *previsibilidad* en la forma de operar de los diálogos judiciales pero que, con toda seguridad, serán un punto de partida y no de llegada. Por otra parte tampoco se pretenden explicar en estas reflexiones todas las formas de diálogo judicial. Sólo algunas. Las, a nuestro entender, más importantes. Las formas de diálogo judicial que versan sobre cuestiones constitucionales en el sentido material del término. Sobre cuestiones esenciales del ordenamiento (o, mejor, de los ordenamientos) y muy singularmente sobre los derechos fundamentales que, además, son el espacio o territorio, como se verá, en el que los diálogos se han multiplicado en los últimos años. Este es pues nuestro objeto de estudio. Los diálogos judiciales de naturaleza constitucional, presumiendo que existen otros tipos de diálogos caracterizables a partir de su concepción como *infraconstitucionales* (de nuevo en sentido material) que responden a lógicas muy diferentes que explican, por ejemplo, una distinta posición relativa del mismo órgano, el TJUE, cuando dialoga con los jueces ordinarios mediante cuestiones prejudiciales “de legalidad” (asumiendo una relación casi vertical vinculada a una cierta jerarquía) que cuando dialoga con estos mismos jueces o con las más altas instancias (jurisdiccionales o constitucionales) sobre cuestiones básicas de convivencia entre el ordenamiento europeo y el nacional, en las que asume, voluntariamente, un papel mucho más horizontal o de igualdad de posiciones (SARMIENTO).

Queda pues apuntada la primera proposición. Una teoría para los diálogos es necesaria, pero no puede aspirar, al menos no aún, a ser completa. Así que comencemos por los más importantes: los diálogos *constitucionales*.

2. *No toda conversación judicial es un diálogo judicial*

La idea de diálogo judicial no es tan nueva como pudiera parecer pues siempre ha inspirado la aplicación judicial del derecho. Es bien cierto (XIOL, 2011) que ha adquirido particular importancia en el mundo jurídico (“idea-fuerza” esencial de la comprensión del Derecho de nuestros días) como consecuencia de cambios en la forma de entender la argumentación

jurídica. Puede así el magistrado del Tribunal Supremo diferenciar como espacios en los que el diálogo se desarrolla el de la sentencia judicial; el de la jurisprudencia nacional; el del sistema jurídico global; el del paradigma constitucional y el de la constitucionalización del Derecho internacional.

Sea como fuere, parece claro que el diálogo como búsqueda de una solución a los conflictos está en la base de la articulación piramidal del poder judicial. El sistema de recursos no es más que una forma de diálogo vertical donde los tribunales inferiores proponen soluciones fundadas en razones que pueden o no ser asumidas por los tribunales superiores cambiando sus posiciones. Esto resulta especialmente claro en aquellos países procedentes del Civil Law donde la vinculación al precedente es mucho más débil que en los inspirados por el rígido *stare decisis* propio del *Common Law*. De este modo, continúa XIOL, la casación puede verse no como una labor autoritaria de imposición de una determinada interpretación, sino más bien como una “labor jurídica de mediación entre tesis opuestas, una función de búsqueda de la unidad mediante una síntesis de la diversidad jurídica”. Igualmente el diálogo entre tribunales es habitual cuando lo que se hace es utilizar argumentos de Derecho comparado. Incluso en la propia justicia constitucional la “conversación” ahora no ya entre tribunales sino entre tribunal(es) y legislador es un elemento básico para su construcción (FERRERES, 2011).

Resulta indudable que el éxito del signifiante “diálogo judicial” se vincula a la intensificación de la interdependencia entre Estados y entidades internacionales como uno de los rasgos característicos de ese vaporoso e indefinible fenómeno conocido como globalización. Proceso que ha cambiado buena parte de las bases sobre las que se asentaba la convivencia humana. Esos cambios, como no puede ser de otra forma, afectan a todos los aspectos de la vida personal y en comunidad. Por ello no es de extrañar que tenga efectos también en el mundo jurídico y en el comportamiento de los órganos judiciales generando, en afortunada expresión de CASSESE, una suerte de Babel judicial. En lo que al presente trabajo importa, una de las manifestaciones más relevantes de tales cambios es la aparición de lo que tempranamente fue bautizado por SLAUGHTER como una *comunicación transjudicial*.

Con estos términos se pretendía describir un fenómeno poco común en épocas pasadas: el recurso cada vez más habitual de los tribunales nacionales a la jurisprudencia dictada por tribunales extranjeros. Cada vez ha resultado más y más frecuente que para resolver una cuestión, los tribunales (en especial los más *altos* tribunales) acudieran a decisiones judiciales de otros países o a jurisdicciones supranacionales en la búsqueda de argumen-

tos que avalaran las soluciones adoptadas en su propio Estado. Esta comunicación ha sido aún más acusada cuando se ha enmarcado en procesos de integración política y económica o en procesos de homogeneización supraestatal en materia de derechos fundamentales.

Efectivamente, en tales supuestos, la comunicación no solo deriva de una búsqueda de soluciones a problemas parecidos en el marco de procesos de decisión idénticos. Responde, también, a la necesidad de garantizar la convivencia entre los diversos ordenamientos jurídicos generados (el nacional, el de la integración económica y/o política y el de la integración a través de los derechos) tratando de evitar que las soluciones de las diversas instancias jurisdiccionales lleven a situaciones de bloqueo por incompatibilidad absoluta entre ellos. Situaciones que no sólo se pueden dar en las relaciones entre ordenamientos internos e internacionales, sino también en el seno del propio orden internacional.

Este proceso de *comunicación transjudicial* ha generado sin ninguna duda una (JACOBS) *fertilización mutua* (*cross-fertilization*) entre instancias jurisdiccionales y, por ende, entre ordenamientos jurídicos. Es decir, se ha creado una progresiva influencia mutua entre instancias jurisdiccionales muy enriquecedora desde casi todos los puntos de vista, pese a que haya quién, desde un aislacionismo radical, pretenda excluir cualquier referencia a la jurisprudencia extranjera como fórmula (¿mágica?) de garantizar la soberanía del propio ordenamiento jurídico (juez SCALIA, voto particular a *Lawrence v Texas*, 539 U.S. 558 [2003]).

Sin embargo, lo cierto es que la *comunicación transjudicial* engloba fenómenos y formas de muy variada naturaleza. Es evidente que allí donde se produce una referencia cruzada expresa, existe comunicación transjudicial. Es también claro que es a menudo posible reconocer construcciones jurisprudenciales extranjeras en decisiones propias aún sin citar la fuente de procedencia. En ocasiones resulta evidente el esfuerzo argumentativo adicional de los tribunales que se apartan de decisiones *externas* (estén éstas expresa o implícitamente citadas) para justificar su particular toma de posición. Finalmente encontraremos, a menudo también, una suerte de *migraciones de ideas constitucionales* (CHOUDHRY, 2007) no sólo entre diversos Estados sino también entre entidades supra y subestatales.

Pero no sólo las *formas* son diversas entre sí. La *intensidad* de la comunicación transjudicial es también muy diferente y variable. Podríamos hablar de una comunicación “ad exemplum” en la que la jurisprudencia extranjera es citada como referencia lejana tanto en sentido positivo (apoyar la propia decisión) como negativo (mostrar las deficiencias de tal construc-

ción). Podríamos hablar de una comunicación “a fortiori”, en el que la referencia extranjera permite reforzar los argumentos propios de nuestro ordenamiento jurídico que nos han llevado a la misma conclusión. Podríamos hablar de una comunicación “ad ostentationem” que pretende reforzar la propia construcción jurisprudencial mediante la cita erudita y abundante. Podríamos hablar de una comunicación “ad auctoritatis” en la que la cita a una fuente jurisdiccional de autoridad permite asumir decisiones difíciles de argumentar sólo con el propio ordenamiento jurídico. En fin podríamos hablar de una comunicación “ex lege” porque el propio ordenamiento jurídico nos obliga a tener en cuenta la jurisprudencia ajena.

También la *estructura* de las interacciones expresadas en el diálogo pueden ser diferentes según la posición de los sujetos dialogantes pudiéndose hablar desde el ámbito exclusivamente internacional (ROSAS, 2007) de diálogos *verticales* (por ejemplo, TJUE y Tribunal de Primera Instancia); *semiverticales* (TJUE-TEDH; TJUE-“Órgano de Apelación” de la OMC; TJUE-CIJ); *horizontales* (TJUE y tribunal de la EFTA), *competitivos o superpuestos* (Tribunal Internacional de Justicia y Tribunal Internacional del Mar) o de *relaciones especiales* (TJUE y Tribunales Constitucionales estatales); clasificación que probablemente deberíamos complicar aún más si incluimos en el análisis a las relaciones con los tribunales nacionales y de estos entre sí. Del mismo modo esta comunicación será diferente según el grado de “implicación recíproca” (SLAUGHTER), pudiéndose diferenciar entre diálogos *directos*, *monólogos*, y *diálogos intermediados*.

Por último la *perspectiva* adoptada también altera la percepción que de la idea de diálogo se tenga, puede así hablarse del mismo como un punto de vista desde el que analizar la realidad jurídica de nuestros días o incluir no sólo el diálogo entre tribunales sino también el diálogo con otros actores, fundamentalmente políticos pero también técnicos (FONTANELLI/MARTINICO/CARROZA)

Es claro, pues, que tiene razón FERRERES (2005) cuando sostiene que la idea de diálogo ha de ser “precisada, para que no se convierta en un idea vacía, compatible con las más variadas prácticas judiciales”. Para ello, en primer lugar, resulta esencial diferenciar entre comunicación entendida en los términos antedichos y el vocablo, también frecuentemente utilizado, *diálogo* como una subespecie de la comunicación entre ordenamientos jurídicos a través, fundamentalmente de sus órganos jurisdiccionales. Esta distinción tiene sentido en la medida en que debemos diferenciar entre el uso *accesorio* y el uso *obligatorio* de la comunicación transjudicial. La reciente crítica de DE VERGOTTINI (2011) a la confusión conceptual entre la idea de diálogo típica y propia de nuestros días y la mucho más clásica (pero

cambiante como consecuencia de la revolución de la sociedad de la información) de “Derecho Comparado” es, en este sentido, asumible. Buena parte de la comunicación entre instancias jurisdiccionales no es más que la generalización del uso del método del derecho comparado en la aplicación judicial del Derecho. Generalización posible como consecuencia de las facilidades de acceso a la jurisprudencia de otros países resultante de la facilidad en el uso de la informática y la puesta a disposición del público universal de la jurisprudencia de cada país. Y el uso del Derecho comparado produce una *fertilización mutua* importante, pero de distinta naturaleza que la derivada de una comunicación que resulta obligada como consecuencia de la conexión entre ordenamientos jurídicos parciales que han de convivir. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el Derecho comparado será el método jurídico utilizado más habitualmente en los diálogos judiciales (TORRES), pero no todo uso de Derecho comparado por los tribunales supone, necesariamente, el establecimiento de diálogos en sentido estricto.

Abandonemos, pues, en estas páginas la noción de comunicación transjudicial y centrémonos en lo que propiamente ha de llamarse como un diálogo. O, si se quiere en otros términos, centrémonos en determinar cuándo la comunicación entre altos tribunales es la propia del uso del derecho comparado y cuando es de una intensidad superior capaz de obligar, jurídicamente, a los tribunales a acercar la propia jurisprudencia a la dictada por un órgano judicial *externo* al propio ordenamiento jurídico.

3. *El diálogo es una nueva categoría propia de escenarios de pluralismo constitucional (el diálogo en su contexto)*

Como punto de partida puede afirmarse que el diálogo judicial al que nos referimos en estas páginas *es la comunicación entre tribunales derivada de una obligación* (en el sentido en que se desarrolla a continuación) *de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho*. Esto es, el diálogo es un tipo de comunicación obligatoria entre tribunales porque actúan en un contexto de *pluralismo constitucional*.

Por pluralismo constitucional asumimos la ya clásica definición de MACCORMICK (1999): aquella situación en la que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez. Esto es, situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con

una constitución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro.

Dicho pluralismo constitucional puede adoptar, siguiendo a WALKER (2008), las siguientes formas. (i) Pluralismo constitucional por “incorporación Institucional” en aquellos casos en que un sistema constitucional es incorporado al propio. (ii) Pluralismo constitucional por “reconocimiento sistémico”. No se trata de la aceptación de un ordenamiento por otro sino que se adoptan como propios elementos de otro sistema jurídico para definirse a sí mismo. (iii) Pluralismo constitucional por “coordinación normativa”: se trata de una categoría vaga en la medida en que resulta extraordinariamente moderna e institucionalmente muy débil e incluye el efecto casi natural de confluencia entre ordenamientos jurídicos como consecuencia de la creación de sedes de encuentro y debate generadoras de directrices ampliamente compartidas por los diversos ordenamientos jurídicos. (iv) Pluralismo constitucional por “*consideración empática*”, referido a situaciones en las que sin existencia de ninguno de los vínculos característicos de las situaciones de pluralismo constitucional anteriores existe, sin embargo, una *migración de ideas constitucionales* entre ordenamientos jurídicos separados. No se trata de lo que tradicionalmente se considera Derecho comparado porque esta migración se asienta en la convicción de que existe una “base común de comprensión o afinidad” en la situación de que se trate de modo que puedan tomarse planteamientos o soluciones ajenas como ideas con una gran autoridad persuasiva.

Lo característico de las situaciones de pluralismo descritas es que ya no puede existir, por definición, una instancia última de solución de controversias jurídicas (para un resumen del problema, las cuatro posiciones sustentadas en AVBELJ-KOMAREK, 2008). Existirán tantas instancias como ordenamientos constitucionales estén siendo aplicados simultáneamente. No hay ya, por tanto, una clara unidad de interpretación, sino tantas unidades de interpretación como ordenamientos constitucionales componentes de ese pluralismo reconozcamos. En tales casos, apunta POIARES MADURO (2007), existe un contexto de conflicto potencial entre distintos ordenamientos constitucionales que ha de resolverse de manera no jerárquica.

En estos casos, por tanto, el diálogo se producirá cuando exista una distorsión entre los distintos órganos encargados de interpretar con carácter supremo sus propias normas constitucionales. Distorsión consistente en alcanzar soluciones incompatibles entre sí a idénticos problemas. Esto es, el diálogo no viene impuesto por la diversidad de soluciones, pues la

idea de diversidad es consustancial a la idea de pluralismo constitucional. Sin diversidad lo que se ahogaría es precisamente ese pluralismo que se asienta, precisamente, en un proceso dinámico de convergencias y divergencias (ROSENFELD). Lo esencial es que esa diversidad no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta. No se trata, pues, como en el orden interno nacional tradicionalmente entendido, de asegurar una interpretación totalmente coincidente, sino que lo buscado es un conjunto de interpretaciones *mutuamente compatibles*. Cuál sea el grado de diversidad tolerado (o lo que es lo mismo, cuál sea el grado de interpretación divergente que se considere compatible) dependerá de la intensidad y la naturaleza del pluralismo constitucional en que nos encontremos. Mucho más reducido en las formas “fuertes” de pluralismo constituidas por los sistemas de incorporación institucional (v. gr. Unión Europea) y por reconocimiento sistémico (v.gr. Consejo de Europa o el sistema universal de protección de derechos fundamentales) que las formas “débiles” de pluralismo constitucional. Pero aún en las formas “fuertes” la intensidad y grado de la diversidad tolerable será distinta.

Excluimos, pues, de nuestro análisis un fenómeno similar aunque con diferente *gramática*: el diálogo producido entre instancias jurisdiccionales internacionales. Este diálogo pretende evitar la progresiva fragmentación del derecho internacional una de cuyas manifestaciones más evidentes es la proliferación de instancias judiciales de naturaleza internacional. Este diálogo se asienta en principios muy diferentes vinculados más al derecho internacional público tradicional que a los fenómenos de pluralismo constitucional actuando de manera muy distinta respecto al diálogo objeto de estas páginas. En otras palabras, y siguiendo a ROMANO, se asentará en diversas hipótesis (armonía jurisprudencial; trabajo en equipo judicial, diálogo informal y formas de jerarquía judicial) y con distintos corolarios (predominio de cortes generalistas sobre especiales; predominio de cortes universales sobre las regionales y ausencia de ninguna *auctoritas* por parte de los Tribunales nacionales). En fin, este tipo de diálogos pretende asegurar la unidad del Derecho Internacional (ROSAS, 2005) y no resolver problemas de pluralismo constitucional.

Por tanto, sólo cuando el diálogo entre instancias judiciales internacionales se produce en un contexto de pluralismo constitucional (así el existente entre TJUE y TEDH; TEDH y CIDH; y en el caso de aplicación de derechos la vinculación entre los dos tribunales europeos y las normas de Naciones Unidas) las afirmaciones vertidas en estas líneas tendrán sentido.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN, CAUSAS, INTERLOCUTORES Y ESTRUCTURA DEL DIÁLOGO

4. *El campo propio del diálogo judicial es el “territorio disputado” entre ordenamientos confluientes: los derechos fundamentales y la distribución de competencias (ultra vires y overlappings)*

El pluralismo constitucional no implica la creación de una situación anárquica en la aplicación del Derecho. El esquema de funcionamiento habitual en un escenario de pluralismo constitucional es la existencia de una distribución competencial clara en la que cada ordenamiento asume el ejercicio y la resolución de controversias en su propio ámbito de actuación. En este ámbito habrá siempre sólo un tipo de instancias competentes con su propio sistema jerárquico que resuelve cualquier duda de interpretación o de aplicación del derecho con independencia de que sea un sistema nacional clásico (con su pirámide judicial claramente establecida), un sistema internacional clásico (con sistema de paneles, de arbitraje o de tribunales permanentes) o sistemas nuevos (la peculiar estructura judicial de la UE con sus órganos centralizados y el poder judicial de los Estados miembros).

Por tanto, no hay conflicto permanente entre ordenamientos. Cada uno tiene su propio ámbito competencial con los órganos encargados de resolver en última instancia. Pueden detectarse algunas excepciones en los que la competencia última de resolución de controversias puede ser concurrente entre instancias todas ellas legitimadas en el mismo ámbito competencial con carácter general. Así ROSAS cita como ejemplo paradigmático las competencias idénticas o indistintas en el caso del tribunal de Hamburgo de Derecho del mar y Tribunal Internacional de Justicia en caso de simultánea aceptación de su jurisdicción. Pero, esta es una situación absolutamente excepcional. Lo habitual, reiteramos, es que el principio de competencia sirva como criterio básico para la delimitación de la extensión de los sucesivos ordenamientos y con ello de sus respectivos *guardianes* jurisdiccionales.

Esta distribución a partir del principio de competencia presenta inevitablemente, como bien sabe cualquier iuspublicista medianamente familiarizado con los sistemas de descentralización política en el nivel estatal, dos puntos particularmente complicados de resolver (como problemas irresolubles los califica STONE SWEET) que afectan a la determinación de los márgenes de actuación de cada ente; esto es, puntos en los que se producen *intersecciones* (ROSENFELD) por lo que no es de extrañar que fueran

detectados preferentemente por la doctrina (KUMM, MAYER) y práctica jurisdiccional alemanas (SSTCF Solange I, Maastricht, o Lisboa).

El primero, detectado con toda claridad a partir de la decisión Maastricht (MacCORMICK —1995—; WEILER/HALTERN —1996—), tiene que ver con la determinación en última instancia de la amplitud de las respectivas competencias en las que se mueve cada ordenamiento. O dicho en otros términos la cuestión radica en determinar a quién corresponde la titularidad de las competencias cuando éstas sean el propio objeto de controversia. Los sistemas federales sitúan esta *Judicial Kompetenz-Kompetenz* en el órgano jurisdiccional supremo del Estado federal o en un Tribunal Constitucional que, por definición, es un órgano federal. Esto es, asignan la última palabra a un órgano de la entidad territorial que engloba a todas aquellas que se integran en su seno (lo que puede incluir, como es bien sabido en España, no sólo a las entidades regionales, sino también a las locales). Esta solución no es posible en un escenario de pluralismo constitucional.

En efecto, en este tipo de escenarios el alcance de la propia competencia la determina el órgano encargado de resolver en última instancia todos los conflictos planteados en el seno del propio ordenamiento. De este modo es perfectamente lógica la aparición de dos *narrativas* (POIARES, 2003) contradictorias. Se puede, así, producir que, por ejemplo, el TJUE considere que la determinación de las competencias asumidas por la Unión sea objeto de su competencia última en cuanto guardián último de los tratados fundacionales. Pero también es igualmente lógico que, por ejemplo, el TCF considere, como viene haciendo desde su famosa decisión sobre el Tratado de Maastricht hasta la más reciente sobre el Tratado de Lisboa, que la determinación de las competencias transferidas a la Unión le puede corresponder a él en cuanto guardián último del ordenamiento jurídico alemán lo que, lógicamente, incluye la delimitación última de las sucesivas leyes de ratificación de los tratados fundacionales de la Unión Europea (argumento que *mutatis mutandis* podría extenderse probablemente a los 26 Estados restantes miembros de la Unión). La solución a una eventual contradicción entre ambas jurisdicciones (la europea y la nacional) no puede resolverse con el predominio de ninguna de las dos so pena de concluir que realmente no estamos ante una situación de pluralismo constitucional entre ordenamientos a un mismo nivel sino en una situación clásica de monismo (sea de predominio del orden supraestatal, sea de predominio del orden estatal). Estamos, pues, en presencia de un primer

campo de conflicto³. El, en la afortunada expresión de WALKER (2003), *territorio disputado* entre dos ordenamientos autónomos que recaban para sí el ejercicio de la competencia controvertida y, con ello, del poder de decidir en última instancia a quién corresponde su ejercicio. Por tanto, es en el enjuiciamiento de la eventual actuación *ultra vires* de los diferentes poderes generadores de los distintos ordenamientos donde encontramos un primer problema no resoluble desde la aplicación del principio de competencia. Y con ello es en este campo en el que nos podemos encontrar soluciones contradictorias y no compatibles entre las diferentes máximas instancias de defensa del propio ordenamiento. Este es, pues, el primer ámbito de actuación del diálogo judicial en el sentido utilizado en estas páginas. Un ámbito donde desarrolla su plena potencialidad y en el que asume un papel distinto a nada conocido anteriormente y que lo diferencia de otras formas de comunicación judicial.

El segundo ámbito en el que el principio de competencia presenta especiales dificultades para delimitar la propia esfera de actuación es también conocido en los sistemas descentralizados en general y en España en particular. En efecto, esa *rara avis* en el panorama comparado constituida por la competencia contenida en el art. 149.1.1^a ha generado una más que

³ Nótese que parecida situación se produce si lo que se discute es la intensidad de la supervisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la configuración interna de la protección otorgada a un derecho en un caso concreto. El problema es, de nuevo, competencial. ¿A quién corresponde determinar si el TEDH se ha excedido en el ejercicio de sus poderes (valga competencias) de supervisión? Desde la lógica del Derecho interno un exceso de supervisión supone una invasión no justificada de su ámbito libre de decisión determinado en el momento de la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, susceptible por tanto de control por las instancias nacionales. Desde la lógica del CEDH es el propio TEDH el único que puede establecer el alcance de sus poderes pues aquél le asigna las competencias relativas a la interpretación y aplicación del Convenio. Esto resulta especialmente claro en los casos límite en los que se esté enjuiciando un acto concreto, pero realmente se esté planteando un acto de aplicación de una disposición de alcance general y por tanto produciéndose una suerte de *control de convencionalidad* de la ley o incluso un control de convencionalidad de una reforma constitucional interna (*Rekvenyi contra Hungría*, de 20 de mayo de 1999), de un principio constitucional básico susceptible de interpretación (la irresponsabilidad absoluta del jefe del Estado en *Wille contra Lienchestein*, de 28 de octubre de 1999) o una norma constitucional claramente establecida de carácter esencial o característico de un determinado sistema constitucional (por ejemplo la exclusión de determinadas etnias en las candidaturas presidenciales como consecuencia de una situación política absolutamente excepcional y procedente de acuerdos internacionales de paz en la muy interesante *Sejdic and Finci contra Bosnia-Herzegovina*, de 22 de diciembre de 2009).

abundante jurisprudencia y literatura especializada (véase con carácter general GONZÁLEZ PASCUAL, 2007). El problema que aquí se aborda es la existencia de competencias que por no ser reconducibles a los conceptos propios de la distribución material de poderes (sea interna, sea respecto a instancias supraestatales) son conocidas como competencias *horizontales* o *transversales* y que en el campo de la integración de ordenamientos internacionales se centran en la *protección y garantía de los derechos fundamentales*. Efectivamente, en esta *materia* todos los ordenamientos pueden incidir. Sea el ordenamiento nacional, sea el ordenamiento de la Unión Europea, sea el Derecho Regional de los derechos humanos, sea el Derecho internacional-universal de los derechos humanos, sea el Derecho internacional no específicamente dirigido a los derechos fundamentales (piénsese en las libertades de contenido económico y la actuación de la OMC —con bastante que decir, por ejemplo, en la conocida “*saga de las bananas*” o en el caso *Biret*— o en la afectación de derechos por resoluciones de la ONU en la lucha contra el terrorismo —la *saga Kadi* en la UE y el asunto *Behrami* ante el TEDH— o incluso de los derechos vinculados a las relaciones laborales de los trabajadores de organizaciones internacionales —Asuntos *Beric*, *Boivin* o *Gasparini*). Se trata de situaciones en las que lo producido son *superposiciones (overlappings)* entre las regulaciones de distintos ordenamientos sobre un mismo objeto.

De nuevo lo característico frente a las fórmulas tradicionales de descentralización con reconocimiento de diversidad de declaraciones de derechos en el ámbito federal y en el estatal es la ausencia de una entidad jurisdiccional suprema de decisión (la del ámbito de decisión territorial más amplio) capaz de resolver la cuestión, parafraseando al CJ JACKSON, no por ser infalible sino simplemente por ser la última.

Pongamos algunos ejemplos donde se reproducen esas distintas *narrativas* ya mencionadas. Desde el punto de vista de los derechos fundamentales en un escenario de pluralismo constitucional es perfectamente aceptable que el TJUE asuma para sí la competencia para enjuiciar su respeto en aplicación del Derecho comunitario; como también lo será que los Tribunales Constitucionales o supremos de los Estados miembros estén en desacuerdo en que los derechos de sus ciudadanos reconocidos constitucionalmente (y de los cuáles son guardianes) puedan verse disminuidos mediante actos estatales de ejecución de normas supraestatales y por ello amenacen con controlar el contenido de tales normas (como hiciera el TCF en su conocida sentencia Solange I). Será igualmente lógico y legítimo que el TEDH considere que si tiene el encargo de supervisar y garantizar el respeto de un mínimo común en materia de derechos fundamentales, no podrá per-

mitir que los Estados miembros escapen a tal supervisión alegando que cumplen obligaciones asumidas internacionalmente (sea en el ámbito de la Unión Europea, sea en el ámbito de actuación de otras organizaciones internacionales) incluso aunque los ordenamientos de los que proceden tales obligaciones hayan sido aprobados por entes que no son miembros de sus tratados fundacionales. En fin, puede ser perfectamente legítimo que un tribunal nacional (por ejemplo, de nuevo, el TCF) considere que la relación entre intimidación y libertad de expresión asentada desde hace decenios en criterios muy claros favorecedores de la segunda considere que la decisión de una instancia internacional (sobre la base de un texto *constitucional* distinto) en la que declara en determinadas circunstancias la inversión de la preferencia a favor de la intimidación (por ejemplo, el TEDH en el conocido asunto *Carolina*) constituye una restricción de los derechos a informar de sus ciudadanos. El problema de nuevo es, en estos supuestos, cómo articular la autonomía interpretativa correspondiente a cada ente jurisdiccional pero que no operan en términos de exclusividad (WALKER, 2002).

Estamos, pues, ante un segundo *territorio disputado*: el de la protección y garantía de los derechos fundamentales. Un campo en que diversos entes, con distintos textos de referencia y distintas formas de relacionarse entre sí, carecen, por definición, de una autoridad última de determinación del contenido de los mismos. La posibilidad de que lleguen a definiciones no coincidentes generadoras de obligaciones incompatibles entre sí es bastante más que probable si tales instancias pretenden asumir tal competencia interpretativa. Es, por tanto, este segundo campo donde también la idea de diálogo judicial como nuevo concepto cobra su pleno sentido.

5. *Los diálogos judiciales resuelven inconsistencias provocadas por los negociadores diplomáticos generadoras de obligaciones contradictorias en los tribunales llamados a aplicar el Derecho*⁴

Los escenarios de pluralismo constitucional no son anárquicos, pero son susceptibles de generar conflictos entre sí en aquellos supuestos en los

⁴ La proposición aquí formulada procede, casi literalmente, de una intervención oral del profesor TONIATTI en el debate celebrado durante las II Jornadas de Derecho de la Integración: Unión Europea-América Latina (25 a 26 de noviembre de 2009) en la Universidad Pompeu i Fabra. La reproducimos aquí puesto que es una definición perfecta y breve de la causa última de la aparición de un ámbito en el que los diálogos judiciales tienen sentido como categoría o concepto jurídico.

que la delimitación competencial propia de cada orden no es clara. Esto es, en aquellas situaciones en las que lo que se encuentra en cuestión es la propia titularidad de la competencia (o de su ejercicio) y en los que nos encontramos con materias competencialmente horizontales por lo que se produce una *superposición* (overlapping) entre ordenamientos jurídicos igualmente competentes. Y estas situaciones son consecuencia de los errores cometidos en la creación y desarrollo de los ordenamientos en conflicto y, por tanto, de los propios actores políticos negociadores de sus textos fundantes. En estos casos el diálogo pretenderá, siguiendo literalmente a ROSAS (2007), conferir al Derecho aplicable “estabilidad, consistencia y predictibilidad” en escenarios de pluralismo constitucional.

Así, respecto al primero de los “territorios disputados”, la delimitación de la esfera propia de actuación competencial de cada ordenamiento, en el caso de la UE la ausencia de ningún mecanismo de solución de controversias puede achacarse a la imprevisión del poder constituyente de la propia Unión. Imprevisión o, quizás, *meditada omisión* particularmente importante a partir del sistema jurídico creado con los tratados que conduce, con un pequeño impulso pretoriano, al reconocimiento del derecho comunitario como un ordenamiento jurídico *autónomo* y, por tanto, sometido en *exclusiva al control de validez realizado por el Tribunal de Justicia* con exclusión de cualquier otra instancia nacional. En ese contexto la imprevisión de los Estados Miembros deviene en la inevitabilidad del potencial conflicto entre el guardián de los tratados y los guardianes de los ordenamientos internos que incluyen (inexorablemente) los actos (legislativos o no) de transferencias del ejercicio de competencias.

Del mismo modo, no a otros, sino a los propios Estados miembros en cuanto poder constituyente de la UE es achacable el problema de la garantía de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario. La discontinuidad binaria (SCHEECK) representada por la UE respecto al sistema de garantías de los derechos es una consecuencia de los propios negociadores políticos de los tratados. La ausencia de un control interno y de un control externo sobre el respeto del Derecho de la UE a los derechos fundamentales es un problema de primer orden que los constituyentes europeos, conscientemente, no afrontaron. Un problema que sólo cuando estuvo a punto de provocar una crisis institucional (la *incipiente rebelión contra la primacía* la denomina STONE SWEET) pudo ser resuelta. Pero, lo fue a través de un diálogo judicial. La positivación de soluciones en esta cuestión es posterior a ese diálogo y realmente constituyó una codificación de la solución jurisprudencialmente dialogada y acordada. Incluso hoy la adopción del criterio de la *conexión comunitaria* como elemento sustancial

para determinar la aplicabilidad preferente de la CDFUE frente a los *bill of rights* nacionales, es una codificación de la jurisprudencia. Del mismo modo las cláusulas horizontales de la Carta (fundamentalmente los arts. 52 y 53) no son más que una remisión al diálogo y una (probablemente inevitable) renuncia a la posibilidad de resolver los eventuales conflictos desde la adopción de una decisión de fondo normativizada en los tratados y en las constituciones nacionales.

Estas inconsistencias pueden extenderse al resto de ordenamientos constitutivos del pluralismo constitucional. Así, la fórmula alambicada de articulación (a pesar de las reformas) del problema de la ausencia de eficacia ejecutiva de las sentencias del TEDH no es más que una renuncia voluntaria a regular una materia en la que no hay consenso. O algunos *obvidos* tan obvios como los problemas derivados del juicio indirecto de la convencionalidad de las leyes (los casos en los que la incompatibilidad con el CEDH deriva de la ley y no del concreto acto objeto del proceso); o la caracterización de una protección de mínimos de los derechos sin tener en cuenta que esa caracterización puede generar efectos en los *máximos* reconocidos constitucionalmente en los derechos fundamentales proclamados en los Estados (por ejemplo, cuando se discute un conflicto entre libertad de expresión y vida privada de personas públicas). Del mismo modo es una inconsistencia de los negociadores permitir que los Estados puedan evitar un control del respeto a los derechos fundamentales transfiriendo el ejercicio de competencias a organizaciones internacionales que no son parte del sistema europeo de protección de derechos.

Las *inconsistencias* a las que nos referimos en estas páginas son a menudo deseadas (y asumidas como riesgo) por los propios negociadores políticos estatales que no pueden renunciar al papel de sus instituciones internas en la salvaguarda de los derechos y del respectivo ámbito de competencia, pero tampoco pueden diseñar órganos internacionales de naturaleza jurisdiccional a los que les falten los instrumentos jurídicos mínimos y necesarios para desarrollar las funciones que tienen encomendadas.

La cuestión no es, sin embargo, que los *diseñadores* de los ordenamientos provoquen inconsistencias. Las inconsistencias sobre cuestiones constitucionales básicas están también presentes en la construcción de las constituciones nacionales bien porque respondan a los conocidos compromisos apócrifos schmittianos, bien porque todo sistema constitucional se asienta en *sobrentendidos* básicos que generan lagunas (*gaps o abeyances*) en los términos de FOLEY. La cuestión es que si bien los actores políticos pueden dejar determinadas cuestiones, incluso básicas, irresueltas o resueltas con acuerdos incompletos; los Tribunales llamados a aplicar las normas jurídi-

cas han de dar siempre una respuesta suficientemente fundada en Derecho (POIARES, 2007) colocándolos en una situación inédita hasta ahora. Y la búsqueda de estas soluciones en las situaciones ya descritas (*ultra vires* y *overlappings*) les conduce a encontrarse sometidos a obligaciones contradictorias como consecuencia de la actuación de ordenamientos jurídicos diversos sin reglas de preferencia de aplicación entre ellos suficientemente claras. En tales circunstancias la búsqueda de soluciones consensuadas entre todos los tribunales implicados es una exigencia *constitucional* (una exigencia de todas las *constituciones* en juego) en la medida en que son las normas constitucionales las que permiten la creación de situaciones de pluralismo constitucional. El diálogo entre ellos es, en tales circunstancias el único camino viable para encontrarlas.

6. *El Diálogo judicial requiere el mutuo reconocimiento como interlocutor válido. Puede ser expreso o implícito. Puede derivar de un acto formal o no*

No basta con que exista la confluencia entre ordenamientos ya descrita para que se produzcan los diálogos judiciales. Para que el diálogo pueda desarrollarse han de existir interlocutores válidos o al menos aceptables para todos los intervinientes en el mismo. La existencia de interlocutor es condición indispensable. Sin él cada tribunal realizará un soliloquio. Ello no obsta a reconocer que uno de los efectos de la globalización sobre el modo de aplicarse el Derecho por los altos tribunales sea su conversión en una suerte de *fuentes* interpretativa o si se quiere en un *actor jurídico universal* que tiene por interlocutor un destinatario de ámbito mundial. Es bien cierto que en los últimos años puede observarse cómo las interpretaciones de los más altos tribunales de los Estados y/o organizaciones más dispares son objeto de referencia no ya en los trabajos científicos, sino en las propias resoluciones judiciales para justificar las propias interpretaciones. Pero estas situaciones no son diálogos judiciales. En estas situaciones cada tribunal desarrolla su monólogo (que puede ser incorporado o aceptado por un tercero) sin tener en cuenta la posición de otros tribunales. En el diálogo las razones esgrimidas por el resto de tribunales involucrados en él son determinantes para la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables. Por tanto el diálogo requiere como paso previo que se reconozca al otro (u otros) sujeto dialogante como digno de participar en el mismo. Esto es, ambos tribunales han de aceptar que el otro *tiene algo que decir* en la cuestión objeto de controversia. No se trata de que se acepte la *competencia* del otro tribunal (pues ello lo que llevaría aparejado necesariamente es la titularidad del derecho a decidir por sí mismo). Se trata de que acepte que

hay argumentos suficientes para considerar que las razones esgrimidas por el otro tribunal son dignas de ser tenidas en consideración. En los términos sostenidos por POIARES (2007) debe existir una *institutional awareness*; una conciencia de la existencia de otras instituciones jurisdiccionales implicadas de modo que cada tribunal no tiene el monopolio de las normas y que a menudo compete con otras instituciones en su interpretación.

Esto no depende sólo de que haya un reconocimiento en un instrumento jurídico formal de ambos órganos judiciales (por ejemplo un tratado estableciendo un mecanismo de resolución de controversias o el ejercicio de un cauce expreso de relación entre ambos como es la cuestión prejudicial) pues no se trata tanto de que el otro actor exista legítimamente (cosa que se presupone), cuanto de que el actor tenga competencialmente algo que decir sobre una cuestión que el otro tribunal reclama para sí. De este modo, la clave está en que de alguna manera ambos tribunales acepten que los dos tienen un papel que desempeñar en la cuestión, o al menos que acepten que tienen bien la *auctoritas* para hacerlo, bien motivos razonables para realizar la *vindicatio potestatis* sobre la cuestión objeto de diálogo.

Ahora bien, del grado de reconocimiento del otro tribunal (y con él del ordenamiento que protege) va a depender en gran medida la intensidad del diálogo establecido. Esto es, cuanto mayor sea el reconocimiento de la legitimidad de la aspiración a decidir la cuestión controvertida de la otra parte, mayor será la necesidad de acercar las posturas en la defensa del propio ordenamiento o, incluso, mayor será la posibilidad de reconocer la potestad ajena para tener la última palabra sobre la cuestión.

De este modo no es de extrañar que muchos diálogos comiencen marcando la *débil auctoritas* del interlocutor. En estos casos se trata de una evidente estrategia argumentativa destinada a afirmar la titularidad de la última palabra sobre la cuestión controvertida. Tal es el caso, por ejemplo, en el conocido diálogo entre los Tribunales españoles (Supremo y Constitucional) y el Comité de Derechos Humanos con motivo de la interpretación del art. 14.5 PIDCP. Diálogo en el que la reacción nacional a las declaraciones de incumplimiento realizadas por el órgano internacional se centró en primer lugar en la desautorización de éste al que se califica como órgano no jurisdiccional, que no emite sentencias y que no es el intérprete supremo del PIDCP. En este supuesto, y en muchos otros, no se produce una negativa a establecer el diálogo (qué sí se estableció y en términos bastante claros), pero sí se condiciona su estructura en la medida en que se asume la última palabra sobre la cuestión, si bien las razones del comité son recogidas y contrargumentadas por los tribunales nacionales.

Igualmente, el efecto del reconocimiento (y de su intensidad) de la *auctoritas* al sujeto dialogante (y/o a su ordenamiento jurídico) puede observarse en el conocido asunto Kadi y Al-Barakaat en el que con toda claridad se observa cómo el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas acepta la protección dispensada a los derechos por parte de Naciones Unidas, mientras que el Tribunal de Justicia fundamenta su resolución a partir de un examen de la protección de derechos (y de sus carencias) efectivamente dispensada por la resolución en la que se fundamentaba todo el asunto. En el primer caso, como se verá más adelante, se adoptaba una técnica propia del diálogo judicial aunque sin otro tribunal con el que dialogar (la aceptación de protección equivalente, en los términos en los que examinaremos) en cuanto se considera que el otro sujeto (Naciones Unidas) tiene suficiente *auctoritas* como para justificar que el juez, en este caso, comunitario no entre en el fondo del asunto. Sin embargo, la posición del TJ es exactamente la contraria. En cuanto que no se reconoce tanta *auctoritas* como para aceptar las soluciones adoptadas por Naciones Unidas, se procede a un escrutinio pormenorizado de la conformidad de su Resolución con los derechos fundamentales de los recurrentes.

Ello no obsta a que reconocimiento del papel que puede desarrollar una instancia jurisdiccional, *extraña* al propio ordenamiento, pueda establecerse expresamente en normas jurídicas. Así, puede ocurrir que sea impuesta por el propio ordenamiento jurídico. De este modo, el art. 10.2 CE supone, a los efectos que aquí interesan, un reconocimiento automático de que los tribunales internacionales en materia de derechos fundamentales *tienen algo que decir* sobre la cuestión cuando es el juez nacional el que aplica las disposiciones de derechos constitucionalmente reconocidos. Esto es, la obligatoriedad del reconocimiento del interlocutor extraño al propio ordenamiento es una prescripción constitucional. Si bien, como es evidente, la intensidad de ese reconocimiento dependerá de otros factores vinculados (por resumirlos en un solo término) a la *auctoritas* reconocida por los tribunales españoles a las resoluciones de esos tribunales. De este modo es perfectamente explicable que las razones utilizadas por el TEDH al delimitar el contenido de los derechos contenidos en el CEDH sean particularmente tenidas en cuenta por los tribunales nacionales superiores (estableciéndose así ese diálogo fructífero de búsqueda de soluciones mutuamente aceptables), mientras que los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos sean mucho menos relevantes en la determinación del contenido de los mismos. La distinta *auctoritas* reconocida al interlocutor es, de todo punto, evidente.

Pero esta obligación de reconocimiento del papel del otro, puede ser impuesta también por el ordenamiento ajeno al propio. Así cuando, respecto a la posición de los tribunales nacionales en el planteamiento de la cuestión prejudicial, el art. 267 TFUE establece su obligatoriedad cuando se traten de instancias contra las que no cabe recurso en los supuestos de dudas sobre la interpretación del Derecho comunitario o en el caso de cuestiones de validez del mismo (sentencia *Foto-frost*) está creando la obligación de reconocer en determinados supuestos el papel del otro tribunal (*extraño* al ordenamiento propio) que si bien se refiere a la validez e interpretación de su ordenamiento (el comunitario) tiene un efecto inmediato en la forma de aplicar (o inaplicar) también el ordenamiento nacional. Del mismo modo, en el caso de los derechos fundamentales y desde la perspectiva del Derecho Internacional y no de la Constitución nacional, la ratificación de los tratados confiere ese papel a las instancias internacionales de protección, si bien su alcance será variable. Así el CEDH confiere un determinado papel al TEDH que no es, indudablemente, el mismo que el conferido al Comité de Derechos Humanos de NN UU por el protocolo facultativo num 2 al PIDCP:

Quizá desde este punto de vista resulta explicable la tradicional resistencia de los Tribunales Constitucionales nacionales a plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Es indudable que todos los Tribunales Constitucionales reconocen el papel de aquél en la configuración del ordenamiento constitucional de la UE, citando su jurisprudencia habitualmente. Es, del mismo modo, claro que los Tribunales Constitucionales son órganos jurisdiccionales (y de última instancia) a los efectos de la regulación de la cuestión prejudicial. La experiencia demuestra, sin embargo, una evidente resistencia al planteamiento de la cuestión prejudicial. Resistencia que podría explicarse por el reconocimiento del papel interpretativo (¿único?) del TJ que supone el procedimiento previsto en la cuestión prejudicial y que colocaría al Tribunal Constitucional nacional en una posición más débil en el marco de diálogos constitucionales. El creciente planteamiento de cuestiones prejudiciales por Tribunales Constitucionales de los Estados miembros de la UE parece indicar que por fin, éstos, como solicitara CARTABIA, entienden que el uso del cauce procesal (cuestión prejudicial) y el reconocimiento del papel del TJ supone comenzar a tomarse los diálogos judiciales *en serio*.

Sin embargo, en otras ocasiones, el reconocimiento del papel de otro órgano judicial en la propia labor jurisdiccional no se asienta en normas expresas directamente vinculantes para los tribunales afectados, sino que es el resultado de una vinculación *per saltum*. Así, el diálogo entre TEDH y

TJUE se articula no sobre la base de una vinculación directa entre ambos ordenamientos (con el consiguiente reconocimiento de la *auctoritas* de sus máximos guardianes) sino a partir de la doble vinculación de los Estados miembros a ambas organizaciones. Estados que no pueden estar sometidos a obligaciones internacionales contradictorias derivadas de resoluciones judiciales dictadas por órganos judiciales o cuasijudiciales de organizaciones supraestatales diversas. Así, necesariamente, el contenido de los derechos fundamentales de la UE no debe ser incompatible con el mínimo común normativo establecido en la materia por el TEDH, so pena de que el Estado miembro se viera en la disyuntiva de tener que obedecer simultáneamente mandatos internacionales contradictorios. Es esta también la explicación de que el TEDH pueda ejercer un control, si bien limitado a los supuestos que serán objeto de estudio más adelante, sobre el ordenamiento comunitario sin que la UE sea parte del CEDH, pues lo contrario equivaldría a sostener, según la reiterada jurisprudencia de Estrasburgo, que los Estados pueden *circunvalar* la protección de los derechos otorgada por el Convenio mediante la transferencia del ejercicio de poderes a organizaciones internacionales.

Pero, quizás lo más sorprendente de los diálogos entre tribunales se encuentre en la *auctoritas* reconocida a determinados tribunales por otros con los que no les une ninguna vinculación directa, y sólo lejanamente indirecta. Se trata de diálogos que se asientan casi en exclusiva en el reconocimiento de una *relevancia cualitativa* de la jurisprudencia dictada por *algunos* tribunales. De este modo puede observarse la tendencia evidente de algunos tribunales supraestatales a ser particularmente cuidadosos en su argumentación cuando se enfrentan a decisiones de altos tribunales de los Estados miembros y particular de los Tribunales Constitucionales. De este modo, y ello explicaría la ya citada afirmación de SARMIENTO, el reconocimiento de una posición especial a estos tribunales puede transformar un mismo cauce procesal (la cuestión prejudicial) en un instrumento de diálogo vertical (cuando es utilizado por el juez ordinario) o en un instrumento de diálogo horizontal (cuando es utilizado por el juez constitucional —responda o no éste a un modelo concentrado—). Pero también en el marco de las relaciones de subsidiariedad reguladoras del vínculo entre TEDH y tribunales nacionales, puede apreciarse con gran frecuencia el particular, y diferente, cuidado de los jueces de Estrasburgo cuando el caso ha sido resuelto por un Tribunal constitucional (o un Tribunal Supremo si no existe Tribunal Constitucional) en sede nacional.

Posiblemente en la base de ese reconocimiento de *auctoritas* a otras instancias tenga extrordinaria importancia (SLAUGHTER) la existencia entre

ellas de una identidad judicial y de una metodología común. La autoconciencia de la idéntica función del juez (en particular del juez de los derechos) en marcos de *rule of Law* y la expresión a través de un mismo lenguaje jurídico (judicial) con independencia del concreto idioma constituyen elementos básicos en el reconocimiento de la *auctoritas* (lo que por otra parte podría explicar la *débil auctoritas* del Comité de Derechos Humanos de NN UU).

Pero no se trata sólo de la posición *especial* reconocida a los altos tribunales (sobre la que volveremos), sino también la peculiar posición de algunos de esos tribunales que a lo largo de los años han ganado un gran prestigio y una alta capacidad de irradiación de sus construcciones jurisprudenciales. De este modo, en los diálogos entre tribunales, algunos de éstos desarrollan, más allá de los vínculos normativos expresos existentes entre los distintos ordenamientos, un papel de *liderazgo* argumentativo que les convierte en sujetos cualificados (en cuanto titulares de una *auctoritas* superior) de los mismos. Esto explicaría la peculiar posición, por ejemplo, del TCF (GONZÁLEZ PASCUAL, 2011) en sus relaciones con los tribunales supraestatales (TJ y TEDH); la de la House of Lords con el TEDH o la más espectacular (aunque no simétrica) relación entre el TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El panorama descrito es pues de *geometría variable*. Para que exista diálogo debe reconocerse al sujeto (y al ordenamiento) con el que se dialoga. Tal reconocimiento puede derivar de normas expresas directas de naturaleza constitucional (de uno u otro ordenamiento o de ambos); de vinculaciones jurídicas indirectas; o incluso de la peculiar posición de autoridad interpretativa adquirida a lo largo del tiempo por concretos tribunales en el ejercicio de sus funciones.

7. *El diálogo es propio de las instancias de defensa de la constitucionalidad de cada orden constitucional, pero a menudo colaboran otras instancias judiciales menores*

Como ha podido observarse a lo largo de estas páginas, el diálogo judicial en cuanto concepto novedoso en el panorama jurídico actual es propio, sobre todo, de las instancias de defensa de la constitucionalidad en los distintos ordenamientos. El motivo es claro, son estas instancias quienes tienen la última palabra respecto al contenido y alcance de sus propios ordenamientos, por lo que se convierten en los únicos interlocutores válidos.

Ello no obsta a que otros tribunales puedan tener un importante papel en el desarrollo del diálogo judicial apuntado. Este papel puede adoptar distintas fórmulas. En algunos casos, se trata de un role especialmente activo y directo. Tal sería el caso del que desempeñan los tribunales nacionales con el TJ a través de la cuestión prejudicial. Este cauce de conexión colaborativa, no parangonable con ningún otro de los posibles en escenarios de pluralismo constitucional, permite una conexión directa sin la intermediación de las instancias máximas de control de constitucionalidad. Es más, permite que los tribunales inferiores cuestionen la interpretación de los tribunales superiores, incluidas las instancias de control de constitucionalidad. De este modo, los propios tribunales nacionales inferiores actúan como válvula de seguridad para garantizar interpretaciones mutuamente compatibles entre derecho comunitario y derecho constitucional incluso al margen de los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros.

Desde otro punto de vista, los tribunales inferiores desarrollan un papel menos espectacular, pero igualmente importante, en la recepción interna de las decisiones procedentes de los tribunales *externos* al propio ordenamiento en cuanto son quienes aplican al caso concreto las interpretaciones realizadas por aquéllos antes de que se pronuncien o realicen una recepción expresa las instancias de control de constitucionalidad. De este modo, las primeras fórmulas de síntesis se realizan, a menudo, en los tribunales inferiores, ascendiendo por la pirámide judicial a través del sistema de recursos que supone la generación de un *diálogo interno* entre tribunales nacionales. Diálogo que confiere de este modo *razones deliberadas en sede judicial* que sirven para el pronunciamiento final de la propia instancia última de defensa de la constitucionalidad. Tal diálogo interno, que constituye una de las fases del llamado diálogo en sentido estricto, en los términos que describiremos más adelante, no debe ser menospreciado.

Por último, los tribunales nacionales inferiores a menudo pueden emitir *signalling decisions*. En efecto, la obligación de dar una respuesta suficientemente fundada en derecho ante los casos planteados genera que sean a menudo los tribunales ordinarios los que descubran o pongan de manifiesto las *inconsistencias* generadoras de los propios diálogos. De este modo, el diálogo puede nacer de los propios tribunales ordinarios.

Sin embargo, es claro que de algún modo han de intervenir las instancias de control de constitucionalidad, excepto cuando la cuestión debatida sea de pura legalidad, lo que excede el objeto de estas páginas. En tales casos, obviamente, la intervención de aquellas no es necesaria.

8. *El diálogo judicial asume la estructura de un proceso deliberativo*

Establecidas las líneas maestras acerca de por qué, en qué casos y quién dialoga judicialmente, debemos detenernos en *cómo* se desarrollan los diálogos judiciales. A este respecto no podemos sino compartir con TORRES que el diálogo judicial descrito asume la forma de un proceso deliberativo o, en los términos de SLAUGHTER, una forma de *deliberación colectiva*. Esto es, un proceso de adopción de decisiones mediante la confrontación pública de las posiciones respectivas que finaliza con la adopción de una solución compartida. No se trataría pues, en los términos de TREMBLY, de una mera *conversación*, sino de una auténtica *deliberación* dado el carácter necesario que reviste.

Si bien en el análisis de este procedimiento cabría el uso de muchos y muy diversos modelos, podemos partir para la descripción de este proceso del adoptado por ACKERMAN respecto a los procesos no formalizados de cambio constitucional en Estados Unidos. Desde este punto de vista el diálogo se compondría de cinco momentos o fases: estabilidad; desafío, diálogo en sentido estricto (incertidumbre, diálogo interno y diálogo interno-externo); síntesis y codificación.

El momento de partida es una situación de *estabilidad* en la que el *status quo* no genera conflictos en la convivencia entre ordenamientos constitucionales. Esta situación se ve alterada por un momento de *desafío*. Esto es, una alteración como consecuencia de un cambio en algún elemento básico de esa convivencia pacífica entre ordenamientos. Esta *signalling decision* puede ser jurisdiccional o puede ser el resultado de un cambio normativo en alguna de las normas fundadoras (materialmente *constitucionales*) de los ordenamientos en convivencia pacífica hasta entonces. Sea como fuere lo cierto es que constituye lo que WEILER (1997) denomina el inicio de la una “guerra fría” que ha de resolverse a través del diálogo.

El desafío provoca automáticamente lo que podríamos llamar el *diálogo en sentido estricto*. Este diálogo se asienta en tres momentos que pueden confundirse en la realidad (realizarse al mismo tiempo) pero que constituyen tres operaciones argumentativamente diferentes. Un primer momento de *incertidumbre* en el que los órganos jurisdiccionales del ordenamiento afectado por la decisión retadora se encuentran en una situación de sometimiento a dos reglas contradictorias (la derivada de su propio ordenamiento y la derivada del ordenamiento ajeno tras el cambio del *status quo*

preexistente); un segundo momento de *diálogo interno*⁵ en el que los propios órganos jurisdiccionales desarrollan un proceso de formulación de soluciones posibles a la nueva situación creada (que puede desarrollarse de forma expresa y pública desde los escalones más bajos de la pirámide judicial hasta las últimas instancias de decisión a través del sistema interno de recursos o que puede desarrollarse de manera interna y opaca en el seno del proceso y deliberación de un alto tribunal o, en fin, en el seno de un mismo órgano judicial pero de manera transparente y visible mediante el uso de votos particulares); y un tercer momento de *diálogo interno-externo* en el que las nuevas razones adoptadas por los tribunales sean enjuiciadas por el tribunal retador (sea porque fue él quien lanzó el reto, sea porque es el tribunal competente para el ordenamiento en cuyo seno se produjo la modificación normativa originaria del proceso deliberativo) y en el que, en su caso, se produzcan sucesivas decisiones que acerquen las posturas. En esta fase las situaciones que pueden producirse son, básicamente, tres: puede aceptarse la conformidad del propio ordenamiento con el desafío lanzado en cuyo caso se pasaría al siguiente momento; puede negarse radicalmente la aceptación de la previsión retadora o bien matizarse con los propios argumentos. En este caso la instancia de control de constitucionalidad que lanzó el reto habrá de *retirarse a tiempo* o bien dictar nuevas resoluciones de *consolidación* o de *matización* de aquella que comenzó el proceso y esperar a un cambio de posición de los otros tribunales afectados (lo que ACKERMAN llama un *switch in time* y una *consolidating decision* respectivamente) que permita alcanzar una solución compatible para ambos ordenamientos y, por ende, para ambos tribunales.

La solución mutuamente aceptable o, al menos, salvadora de la incompatibilidad radical generada en el desafío inicial constituye el momento de *síntesis*. Síntesis que no suele alcanzarse de manera definitiva pues, habi-

⁵ Los términos *externo/interno* designan la relación con el ordenamiento a aplicar del concreto juez (o jueces); obviamente en cuanto debe aplicar ambos ordenamientos (presupuesto de que el problema se plantee) ambos serían *internos*. Por tanto con *interno* nos referimos al ordenamiento que le es más propio; en cuyo marco se incardina su actividad habitual (así el juez estatal es juez comunitario, pero en el sentido expresado es juez *interno* cuando aplica el derecho estatal frente al juez *externo* representado por el TJUE o por el TEDH). El diálogo *interno* es pues el que se produce en el seno de la organización judicial diseñada por el ordenamiento que le es más propio [puede ser la estatal —diálogo en el seno de los tribunales nacionales— comunitario —diálogo en el seno de los distintos órganos del TJUE o diálogo entre tribunales nacionales y TJUE aplicando sólo derecho comunitario— o del CEDH —diálogo en el seno de los diferentes órganos del TEDH (salas frente a gran sala)— o entre el tribunal nacional aplicando directamente el CEDH y el TEDH].

tualmente, se ve sometida a sucesivas matizaciones en el sentido que apuntaremos en la siguiente proposición.

Finalmente la síntesis puede llevar a una fase de *codificación*, esto es, a la modificación expresa de los textos constitucionales de referencia. Codificación que no es estrictamente necesaria pero que tampoco resulta trivial como observaremos más adelante.

IV. LOS RESULTADOS DEL DIÁLOGO

9. *El resultado positivo de un dialogo asume la forma de una síntesis mutuamente aceptable. La síntesis puede ser particularista o comprensiva*

El diálogo persigue alcanzar soluciones que permitan al sistema seguir funcionando sin renunciar a los elementos esenciales característicos o definidores del propio. Eso supone la necesidad de alcanzar soluciones mutuamente aceptables. Estas soluciones son por tanto soluciones de síntesis. El término, *síntesis*, es en este punto particularmente importante. Como se ha apuntado más arriba (proposición 3) el diálogo se dirige a la consecución de soluciones *compatibles*, no de soluciones idénticas o de soluciones de plena conformidad. El juicio no es un juicio de plena adecuación entre sí de los ordenamientos constitucionales en conflicto; sino de *compatibilidad* de ambos ordenamientos. Lo que el diálogo persigue (o si se quiere la razón por la que el diálogo es necesario) es asegurar el funcionamiento simultáneo de dos (o más) ordenamientos jurídicos en espacios en los que ambos podrían ser aplicables. No pretende que sean dos ordenamientos que regulen las cuestiones controvertidas de idéntica forma. La presencia de formas distintas de regulación es consustancial a la situación de pluralismo constitucional. El problema es que esa diversidad no sea tan excesiva como para impedir el funcionamiento conjunto de ambos ordenamientos. Por decirlo en pocas palabras, el juicio de la adecuación de la solución dialogada alcanzada entre dos previsiones de naturaleza constitucional aparentemente contradictorias *no es el de conformidad sino el de compatibilidad*. La palabra *síntesis*, expresa con bastante claridad esta solución, pero ha de tenerse en cuenta que, por definición, se trata de soluciones *temporales*, esto es que a menudo no ofrecerán una solución definitiva al problema planteado que podrá, bajo otras circunstancias, volver a plantearse en el futuro como consecuencia de cambios en las normas o en las circunstancias.

La síntesis alcanzada puede adoptar dos formas. Puede tratarse de una síntesis particularista o de una síntesis comprensiva. En este punto es de

particular interés la aportación de SAIZ ARNAIZ cuando distingue (respecto al alcance del art. 10.2 CE) entre la interpretación conforme como “no contradicción” (síntesis particularista) y como identidad de contenidos de los derechos fundamentales presentes en las distintas normas afectadas (síntesis comprensiva). Las síntesis de los diálogos constitucionales examinados en estas páginas parecen adoptar esta misma estructura. Hay síntesis centradas en evitar la “no contradicción” y hay síntesis que dan un paso más tratando de integrar las previsiones normativas de los ordenamientos afectados.

A las primeras pertenece una de las técnicas más habituales de solución de los conflictos constitucionales como es la asignación de la preferencia de aplicación de uno de los ordenamientos en conflicto mediante la renuncia al ejercicio de la propia jurisdicción (que habitualmente se afirma aunque no se ejerza) aplicando los principios de protección equivalente, de inexistencia de defectos estructurales básicos; de deferencia al juez más cercano al caso o de suficiente revisión de la actuación pública. Aquí la síntesis consiste en aceptar sin cuestionar las decisiones adoptadas por el otro ordenamiento. No en incorporar dichas decisiones al propio ordenamiento constitucional.

Cuando dichas decisiones se incorporan como propias al ordenamiento constitucional podremos hablar de síntesis comprensivas. Síntesis que se producirán cuando el diálogo lleve a la inclusión de una jurisprudencia sobre derechos *externa* en la jurisprudencia *interna*; cuando se confiera relevancia constitucional *interna* a normas o procedimientos fijados por el ordenamiento *externo* (por ejemplo considerar el no planteamiento injustificado de una cuestión prejudicial una violación del art. 24 CE o del art. 6 CEDH o aceptar una fuente del Derecho comunitario como norma *apta* para satisfacer el principio de legalidad penal).

Ambas síntesis son aceptables y, a menudo, no son más que fases de un proceso progresivo de acercamiento de modo que lo que comienza siendo una síntesis particularista acaba deviniendo en síntesis comprensiva.

10. El resultado negativo de un diálogo implica la constatación de una contradicción irresoluble en la que cada instancia judicial otorgará preferencia al ordenamiento que le es más propio

El diálogo suele ser fructífero y resolver la mayor parte de los problemas, pero pueden producirse situaciones en las que resulta imposible encontrar una solución de síntesis o simplemente debe decidirse el caso en

pleno diálogo, antes de que la solución de síntesis sea adoptada por las partes en conflicto. En tales casos cada suprema instancia de control otorgará preferencia a su propio ordenamiento constitucional en cuanto es el corpus jurídico de cuya defensa se ocupa. Debemos ser conscientes, de que una cosa es la vinculación a un corpus normativo de cuya defensa tal órgano está encargado, y otra muy distinta la obligación de *tener en cuenta* a otro ordenamiento que *tiene algo que decir* en la cuestión afectada. La solución de síntesis es claramente preferible, la garantía de la compatibilidad entre ambos es una exigencia de las *constituciones* en conflicto, pero si no es posible alcanzarla, será inevitable la declaración de la precedencia del ordenamiento que es el propio del órgano decisor (POIARES en AVBELJ & KOMÁREK, 2008). Esto es la aplicación de la norma iusfundamental desvinculada de todo referente “constitucional” *ajeno*.

Sin embargo, la experiencia europea demuestra que estas situaciones no suelen producirse. O, si se producen, la vía para resolverla es clara y no genera problemas de convivencia entre los ordenamientos constitucionales.

En efecto, en el ámbito europeo (no así en otros continentes como muestran algunos conflictos en América del Norte y del Sur) parece regir lo que gráfica, temprana y correctamente, WEILER (1997) definió como una suerte de *disuasión a través del riesgo de la mutua destrucción*. La imposibilidad de alcanzar soluciones mutuamente compatibles en cuestiones de importancia constitucional pone en riesgo la supervivencia del proceso de interconexión internacional en el que se esté operando y con ello a los propios actores judiciales del diálogo. Por ello, el incentivo para encontrar soluciones compatibles para los dos ordenamientos es enormemente fuerte. Sólo cuando no existe ese *riesgo* se afirma la propia posición sin la búsqueda de una solución sintética.

De este modo no resulta sorprendente apreciar cómo se han producido supuestos en los que las instancias nacionales de control de constitucionalidad declaran la falta de conformidad entre el ordenamiento constitucional nacional y normas procedentes de otros ordenamientos, pero sólo en los casos de control *previo* de constitucionalidad y nunca en los supuestos de control *sucesivo*. Esta asimetría se explica, a nuestro juicio, porque en los supuestos de control previo no opera (u opera con menos intensidad) ese *riesgo*. En este tipo de situaciones (la DTC 1/1992 sería un claro ejemplo) el conflicto no se ha producido todavía y es resoluble mediante la modificación de las normas aplicables. Así una declaración previa de inconstitucionalidad de un tratado constitutivo de la UE se resuelve con facilidad bien con la reforma de la Constitución (así la reforma del art. 13.2 CE),

bien con la incorporación de un protocolo adicional al tratado. Pero aún en estos supuestos la mayor o menor facilidad de la resolución del eventual conflicto provocará una mayor o menor búsqueda de una solución de síntesis. De este modo si lo que está en cuestión es la incorporación de una nueva ciudadanía no prevista constitucionalmente, tratará de acotarse la reforma constitucional necesaria a aquellos supuestos en los que ésta resulte más sencilla de llevar a cabo (así la reforma del art. 13.2 CE sometida al procedimiento infinitamente más liviano del art. 167 CE y no la reforma del derecho de participación política —art. 23 CE— sometido al complejo procedimiento del art. 168 CE).

Pero, cuando la cuestión conflictiva no pueda solucionarse sin alterar alguna base fundamental de alguno de los ordenamientos en conflicto, tampoco el control previo declarará la inconstitucionalidad pues el *riesgo* será muy alto. En estos casos el propio control previo se convertirá en el cauce procesal adecuado para la adopción de una solución sintética. De este modo podremos explicar, quizás, el esfuerzo argumentativo del TC español (DTC 1/2004) para declarar la constitucionalidad de un principio (la primacía del derecho comunitario) vigente en España y no sometido en ningún momento a forma alguna de control sucesivo durante casi 30 años. En este supuesto, ni siquiera mediante el control previo podía declararse la inconstitucionalidad de un precepto codificador de un principio esencial a la arquitectura constitucional de la Unión Europea.

11. El diálogo fructífero puede conducir a una codificación. El diálogo no fructífero necesita una codificación

A menudo los resultados del diálogo son codificados. Es más, buena parte de las cláusulas constitucionales reguladoras de las relaciones entre los ordenamientos componentes de una situación de pluralismo constitucional son la codificación de los resultados del diálogo (BURGOURGUE-LARSEN).

Más arriba lo hemos descrito como una fase posible del proceso deliberativo en que aquél consiste. La codificación consiste en la incorporación de las soluciones mutuamente compatibles alcanzadas en sede jurisdiccional a los textos constitucionales de uno o de los dos ordenamientos en conflicto. La codificación del acuerdo añade seguridad y coherencia al escenario de pluralismo constitucional afectado, pero no supone una fase necesaria del proceso pues no supone un cambio de fondo en los principios aplicables a los conflictos planteados o planteables. Desde este punto

de vista, por ejemplo, la incorporación progresiva de los derechos fundamentales a los textos fundacionales de la UE no supondría ningún cambio radical frente a la asunción de los mismos en sede jurisprudencial. Nada hay sustancial de nuevo por el hecho de que se reconozca en el antiguo art. 6.2 TUE la procedencia de los mismos de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y del CEDH respecto a las reglas ya aplicadas o reconocidas por el TJUE. Del mismo modo el respeto a las estructuras constitucionales comunes de los Estados miembros (por abreviar, los llamados *contralímites*) era ya parte (por vía jurisprudencial) del derecho constitucional europeo y nacional antes de que se introdujera en el TUE (y se reformulara parcialmente en el tratado de Lisboa) o se reformara el art. 23 de la constitución alemana. En fin, nada hay sustancialmente de nuevo, en el hecho de que la tabla de derechos sea construida jurisprudencialmente basándose en los textos constitucionales nacionales y en el CEDH o sea adoptada en una tabla de derechos como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La codificación, desde esta perspectiva, no tendría más que ventajas pues sin alterar las soluciones alcanzadas añade una importante seguridad jurídica.

Sin embargo, el acto codificador no es tan sencillo o inocente como pudiera parecer. Es cierto que la *decisión constitucional básica* ya estaba adoptada en las correspondientes decisiones jurisprudenciales de síntesis. Pero la codificación supone a menudo, si no una modificación de los principios sustanciales, sí un cambio en las reglas concretas aplicables. El que exista o no una tabla de derechos escrita en el ámbito de la UE no es relevante desde el punto de vista de la garantía suficiente en abstracto de los derechos fundamentales (pues ya estaban garantizados), pero sí lo es en lo atinente a la determinación de las reglas concretas aplicables a cada *superposición* (RUBIO, 2002) que pueda plantearse en los términos determinados en la proposición 4. Igualmente, la codificación puede generar dinámicas institucionales nuevas. Así la proclamación formal de los derechos en la CDFUE parece haber generado un claro efecto en la mayor disponibilidad del TJUE a utilizar los derechos en su argumentación de modo que progresivamente se convierte en un *Tribunal de derechos* con el peligro de generar formas de *colonialismo judicial* (CARTABIA, 2009). Desde este punto de vista la resistencia de algunos Estados a la CDFUE es explicable no en tanto oposición a la garantía de los derechos en el ámbito de la UE, sino respecto a las consecuencias que la concreta aplicación de nuevas reglas pueda tener sobre el conjunto del sistema (y en particular sobre la distribución de competencias entre UE y Estados miembros). Así, también se podrían explicar las dificultades encontradas por la declaración expresa

del principio de primacía en el proceso de ratificación del difunto Tratado Constitucional Europeo (y su *significativa* desaparición en el Tratado de Lisboa, donde queda reflejado sólo en una declaración) pese a tratarse de un principio cuya formulación era ya pacífica mucho antes en la práctica de los tribunales europeos.

De este modo la codificación de soluciones de síntesis puede tener, en ocasiones, un triple efecto negativo. Por una parte, la redacción de reglas concretas puede generar contradicciones *literales* con las normas constitucionales del otro ordenamiento. Por la otra, la codificación lleva aparejada una reducción del margen de maniobra interpretativo de los órganos judiciales y, no conviene olvidarlo, las soluciones de síntesis serán tanto más difíciles cuanto más concretas sean las reglas aplicables al caso. Finalmente, puede servir de base para la aparición de problemas de compatibilidad (nuevos *overlappings* o nuevos problemas respecto al alcance de las competencias) que nunca se habrían planteado desde las soluciones jurisprudenciales de síntesis.

Así como la codificación de los resultados del diálogo no es necesaria (presentando ventajas e inconvenientes) cuando es un proceso que alcanza soluciones mutuamente aceptables; sí será una exigencia ineludible cuando el diálogo acabe con la constatación de la incompatibilidad entre dos ordenamientos. Esto es, cuando una solución de síntesis jurisdiccional no sea posible, inevitablemente deberá procederse a una modificación de las reglas que supongan la eliminación de la contradicción insalvable declarada lo que puede manifestarse simplemente en el abandono del proceso de integración en el que se estaba incurrido o en la modificación de las reglas constitucionales causantes del conflicto.

V. LA HOMOGENEIDAD CONSTITUCIONAL BÁSICA COMO BASE Y CONSECUENCIA DEL DIÁLOGO

12. El diálogo se ve facilitado por la existencia de normas de conexión material (habitualmente resultado de procesos previos de diálogo) entre ordenamientos que permitan encontrar soluciones mutuamente aceptables

Toda comunicación requiere la presencia de un contexto compartido. Sin el mismo la comunicación no resulta posible, pues no cabe la posibilidad de que los sujetos intervinientes en el mismo puedan comprender el significado de las opiniones del otro. El contexto ha de ser tanto más com-

partido cuanto mayor sea la intensidad de la comunicación. Los diálogos jurisdiccionales objeto de nuestro estudio son, como ya se ha apuntado, de geometría variable por lo que el grado de compartición del contexto dependerá de la intensidad del diálogo. Intensidad que, como ya se apuntara en la proposición 3, depende de la forma y contenido del escenario de pluralismo constitucional en el que se desarrolle.

En el caso de los diálogos judiciales objeto de estas líneas, el contexto común implica la necesidad de compartir una homogeneidad sustancial de fondo en cuanto a los principios constitucionales últimos inspiradores de los ordenamientos concurrentes. Cuanto más intensa sea la imbricación entre ordenamientos, lógicamente más homogéneos deben ser tales principios. Esta homogeneidad constitucional básica no implica *identidad o plena conformidad*, pues estamos en presencia de ordenamientos jurídicos autónomos no superadores de la diversidad constitucional particular, sino más bien, *compatibilidad estructural* (von BOGDANDY, 2003) o *sistémica* (POIARES, 2007).

De este modo una contribución evidente a que el funcionamiento del diálogo sea posible es la existencia de normas de conexión *material* entre ambos. Normas que aseguren lo que CRUZ ha denominado una *metaconstitucionalidad recíproca*, esto es una conexión de sentido de carácter básico entre los ordenamientos constitucionales concurrentes o lo que ROSENFELD denomina *puntos de convergencia materiales* es decir, una suficiente comunidad de intereses o principios compartidos. Tienen pues razón, por una parte, WIENER cuando propone que “la posibilidad de interpretaciones convergentes del significado de normas constitucionales aumenta con el grado de interrelación entre normas constitucionales esenciales” y, por la otra, WALKER (2003) al sostener que los conflictos entre ordenamientos son irresolubles cuando afectan a elementos identitarios básicos de uno y no compartidos por el otro ordenamiento. En fin, es necesaria (PERNICE, 2003) la existencia de cláusulas que permitan una *estabilización constitucional recíproca*.

Quizás lo más relevante en este punto sea que, frecuentemente, uno de los resultados del diálogo sea la formulación de este tipo de normas. Esta es, por otra parte, una circunstancia perfectamente explicable en la medida en que las dificultades para encontrar soluciones mutuamente compatibles entre dos ordenamientos en conflicto se asientan (sobre todo en el caso de los *overlappings* causados por la garantía de los derechos fundamentales) no tanto en una contradicción literal entre normas, cuanto en la imposibilidad de resolver la contradicción por vía interpretativa porque tales normas responden a principios generales no compartidos. Cuando los

principios jurídico-constitucionales en los que se encuadran las normas en conflicto son homogéneos entre sí las posibilidades de encontrar interpretaciones no excluyentes son, obviamente, mucho mayores. De este modo la construcción de este tipo de normas *de conexión* entre ordenamientos se convierte en un instrumento esencial para poder resolver problemas concretos.

Por ello, no cabe sino considerar (PÉREZ TREMPs) que la *europaización* de las Constituciones nacionales y la *estatalización* del Derecho constitucional europeo (mediante la introducción de referencias cruzadas básicas de mutua comprensión en los textos constitucionales de ambos ordenamientos jurídicos del tipo art. 23 GG y art. 4.2 TUE) unido a la asunción de principios esenciales procedentes del Derecho estatal, así como nuevos principios para la articulación de sus relaciones (art. 2 TUE) son una manifestación, entre otras cosas, de la codificación del diálogo entre tribunales producido en Europa durante más de 50 años.

Estas normas de conexión pueden ser expresas o contenidas en la propia jurisprudencia (así la adopción de la doctrina de los contralímites en España en la DTC 1/2004), si bien (PÉREZ TREMPs) su inclusión no puede ser sino bienvenida para asegurar la coherencia última del sistema y con ello la posibilidad de alcanzar soluciones compatibles.

Estas normas de conexión material son mucho más claras en escenarios de pluralismo por reconocimiento sistémico, en particular en materia de derechos fundamentales, pues con independencia de que exista un reconocimiento expreso a ordenamientos situados fuera del propio (así, por ejemplo, el art. 10.2 CE), se sustentan en una base compartida de comprensión de la naturaleza y contenido de los derechos si se quiere no ya sólo de índole normativa, sino, incluso, epistemológica.

13. El diálogo aprovecha cauces procesales preexistentes para su articulación y conexión en los distintos ordenamientos, pero no excluye la aparición de nuevas fórmulas

El diálogo no implica la creación de nuevos sistemas de conexión procesal entre tribunales para ser articulado. Normalmente aprovecha cauces y técnicas preexistentes para canalizarse. De este modo puede hablarse, con BURGOURGUE-LARSEN, de diálogos *regulados* (objeto de una normativa específica que lo canaliza) y de diálogos *espontáneos*.

Sin embargo, el cauce *estrella* en el ámbito europeo es la cuestión prejudicial. Efectivamente, la cuestión prejudicial es un mecanismo realmente

adecuado para la articulación del diálogo judicial. Pero no sólo la cuestión en sí misma considerada, sino el propio sistema judicial creado en el seno de la UE se asienta en la idea de colaboración (valga diálogo) entre tribunales. Ciertamente eso convierte a la UE y a la cuestión prejudicial en un paradigma básico para la comprensión de los diálogos judiciales que ha de ser manejado con extremo cuidado. En efecto, como se ha apuntado varias veces, la descripción de los diálogos se asienta en esquemas de geometría variable. La forma, contenido e intensidad de los diálogos depende de multitud de factores y entre ellos del tipo e intensidad del modelo de pluralismo constitucional en que lo estemos examinando. En el caso de la UE hablamos de la manifestación del pluralismo por incorporación (la fórmula más *fuerte* de pluralismo) más intensa del mundo conocido. El diálogo en su seno es, por tanto, incomparablemente más intenso y profundo que en cualquier otra forma de pluralismo constitucional (valga integración o cooperación internacional). Por ello, el paradigma del diálogo en el marco de la UE (que incluye la creación de un instrumento procesal específico, la cuestión prejudicial, en el marco de una configuración descentralizada de su propio poder judicial) es difícilmente trasladable a cualquier otra realidad (incluso a otras formas de pluralismo por incorporación). Dicho en otros términos, el diálogo judicial en el marco de la UE a través de la cuestión prejudicial es una realidad extraordinariamente específica difícilmente comprensible fuera de su estricto ámbito de aplicación y no trasladable, en forma alguna, a otras fórmulas de pluralismo constitucional de menor intensidad. Sin embargo, lo que sí podemos apuntar como proposición general es que una intensidad extraordinariamente fuerte en la imbricación entre ordenamientos puede exigir cauces procesales muy desarrollados que conecten ambos ordenamientos.

Fuera de la cuestión prejudicial (y las similares cuestiones en la Comunidad Andina y o las proyectadas, aunque no vigentes todavía, en MERCOSUR) no suelen crearse, *ex novo*, cauces procesales específicos para la articulación del diálogo entre tribunales. Lo habitual es que se utilicen los cauces procesales habituales en los ordenamientos internos de modo que a menudo los diálogos pueden convertirse en *diálogos ocultos* en la afortunada expresión de MARTINICO.

Así la caracterización del recurso subsidiario (por ejemplo para el acceso al TEDH) es una técnica perfectamente conocida por los tribunales internos antes de incorporarse a las instancias de protección de derechos supraestatales. Igualmente otro de los cauces a través de los cuáles se manifiesta el diálogo (cómo hemos tenido ocasión de comprobar) es el control previo de constitucionalidad que, de nuevo, es una técnica procesal bien

conocida desde hace tiempo en la actuación de la jurisdicción constitucional.

Junto a estas técnicas procesales *tradicionales* puede apreciarse la aparición de nuevas y específicas normas procesales destinadas a canalizar o regular el diálogo entre tribunales. Así las reformas belga y francesa introduciendo la cuestión prioritaria de constitucionalidad constituyen un claro ejemplo de normas específicas creadas para la articulación de los cauces procesales de actuación de los tribunales en los casos de doble prejudicialidad (constitucional e internacional). También pueden calificarse de nuevas, las reglas introducidas en muchos países europeos (no, desgraciadamente, en España) para la revisión extraordinaria de sentencias firmes como consecuencia de una declaración de violación del CEDH (en especial en lo referido a su art. 6).

VI. LAS TÉCNICAS JURÍDICAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PROPIAS DEL DIÁLOGO: INTERPRETACIÓN MUTUAMENTE CONFORME Y SELF RESTRAINT

14. Las síntesis son interpretativas o de self restraint. Los criterios aplicables parten de conceptos conocidos adaptados a las nuevas realidades

El aprovechamiento de conceptos y categorías tradicionales y la creación sólo de aquellos nuevos conceptos indispensables en el marco del diálogo entre tribunales no es sólo propio de los cauces procesales, sino también, y sobre todo, de las soluciones de síntesis alcanzadas tras un diálogo de este tipo y que podríamos clasificar en dos grandes grupos.

En primer lugar las que podríamos llamar *soluciones interpretativas* que son las únicas que pueden originar síntesis *comprensivas* en los términos expuestos más arriba, pero que también pueden servir para síntesis *particularistas*. Este tipo de soluciones suponen la aplicación de técnicas interpretativas que permitan la comprensión de las normas en conflicto de modo compatible entre sí. La técnica habitual es perfectamente conocida para cualquier jurista y adopta la forma de una *interpretación conforme*, pero con una importante particularidad como es que se trata de una interpretación *mutua o doblemente conforme* pues implica no adaptar la interpretación a una norma situada en un nivel más elevado (escenario de la interpretación conforme) sino simultáneamente a dos normas superiores. Junto a esta técnica, bien conocida, puede apreciarse el surgimiento de otros criterios más

novedosos y que, específicamente, se articulan para resolver este tipo de cuestiones. Como ejemplo puede tomarse el espléndido Voto particular de la Juez Ruth Wedgwood en el Asunto, *Bernardino Gomáriz Valera*, 26 de agosto de 2005; (Comunicación n° 1095/2002; CCPR/C/84/D/1095/2002). En el citado voto, defiende que la aplicación del art. 14.5 PIDCP a un Estado, parte del CEDH y que no introdujo reservas al Pacto, puede sustentarse en el propio texto del CEDH, por una parte, y en las reservas adoptadas por algunos Estados (parte del CEDH) al PIDCP, por la otra. De este modo la interpretación mutuamente compatible se acaba fundando en una interpretación analógica de reservas a tratados realizadas por terceros Estados y en una jerarquía inversa (de orden territorial, no jurídico) en virtud de la cual el Convenio de ámbito universal es aplicado de acuerdo con el convenio de ámbito regional cuando lo es a un Estado miembro de ambos.

Es esperable que la línea de utilizar técnicas interpretativas más complejas para la búsqueda de soluciones mutuamente compatibles, apuntada en el voto particular de la profesora de la Universidad de Yale, será una constante en el futuro.

Junto a las soluciones interpretativas, podemos encontrar *soluciones procesales o procedimentales*. Este tipo de soluciones se vinculan, de nuevo, a técnicas bien conocidas en los ordenamientos constitucionales nacionales y agrupables bajo el genérico nombre del *self restraint* de los tribunales en el enjuiciamiento, sobre todo, de la constitucionalidad de las leyes. Aplicado a los diálogos constitucionales objeto de nuestro estudio será una típica solución de síntesis *particularista*. Normalmente, aunque como se verá también adopta otras formas, se trata de que una forma de diálogo puede consistir en reconocer que la decisión de otro tribunal es necesariamente compatible con el propio sistema constitucional. Esto es, en la afirmación de la propia competencia para resolver la cuestión debatida, pero renunciando al ejercicio de la misma *en tanto en cuanto (solange)* se cumplan unas determinadas condiciones mínimas aseguradoras de que la solución final es compatible con el orden jurídico afectado. Se trataría de lo que se ha dado en llamar el “método *Solange*” en muchos y diversos ámbitos de los conflictos jurisdiccionales entre tribunales internacionales (LAVRANOS). De este modo el tribunal *renunciante* ejerce no un control sustantivo en profundidad sino un control limitado a la constatación de las condiciones exigidas. Control que, como es habitual, tendrá distinta intensidad según el tipo de pluralismo en el que nos encontremos. Las fórmulas utilizadas son variadas, usándose, en ocasiones, de manera intercambiable demostrando en este punto los defectos técnico-jurídicos inherentes a su carácter novedoso.

Las manifestaciones principales de este tipo de soluciones serán las siguientes técnicas o, en ocasiones, doctrinas:

(a) *la presunción de protección equivalente* que supone la aceptación de que la solución ofrecida por el otro ordenamiento jurídico es equivalente (no idéntica) a la ofrecida por el propio por lo que el guardián jurisdiccional de este renuncia a enjuiciar el fondo del asunto (es el conocido método *Solange* utilizado también en las relaciones entre TEDH y UE en el asunto *Bosphorus*). Esta técnica implica la realización de un juicio general sobre la equivalencia de la protección dispensada en el otro ordenamiento jurídico que puede producirse en una sola ocasión sin que el tribunal afectado vuelva sobre la cuestión en casos sucesivos, o bien en cada supuesto concreto sometido a su consideración. Este criterio frecuentemente viene acompañado de uno o de los dos criterios siguientes.

(b) *La interdicción de la protección manifestamente insuficiente*. Este criterio implica la realización de un juicio muy general sobre el grado de protección conferido por otro ordenamiento a un derecho fundamental (así en el asunto *Gasparini*). El test aplicado es muy laxo y basta acreditar que las instancias jurisdiccionales ajenas confieren una protección, aunque sea mínima y por tanto claramente inferior a la propia, a los derechos afectados.

(c) *La revisión de las deficiencias estructurales*. Este criterio se limita a apreciar si el sistema diseñado por el ordenamiento jurídico ajeno presenta defectos estructurales en su funcionamiento que impidan el reconocimiento de sus decisiones. El momento de aplicación del test jurisdiccional varía según los supuestos. En ocasiones la deficiencia estructural se refiere al momento en el que el propio ordenamiento tomó la decisión por la cual paso a encontrarse en una situación de pluralismo, es decir, en el momento de ratificación de un tratado mientras que, en otros, se refiere al momento en el que se plantea el conflicto.

(d) El criterio de la *deferencia pura* sería el aplicado en aquellos supuestos en los que por muy diversas razones uno de los jueces que podrían recabar para sí la decisión del conflicto planteado decide no intervenir en el fondo del asunto por considerar que el juez del otro ordenamiento está en mejor situación para adoptar la decisión final. Los motivos para que se produzca este concreto ejercicio de *self restraint* son variados, pero es habitual que se vincule a la mayor cercanía de un juez sobre otro que aconseja dejar la decisión al más próximo al problema. Un supuesto diferente de deferencia pura sería aquél en el que se renuncia de plano al ejercicio de la propia jurisdicción por entenderse incompetente, aunque pudieran existir elementos justificadores, en alguna medida, de tal competencia. Tal

sería el supuesto de renuncia por parte del TEDH a controlar los actos de autoridades de Estados europeos cuando actúan, incluso en territorio de los Estados miembros, sometidos totalmente a normas de organizaciones internacionales sin ningún margen de maniobra (este sería el supuesto de la doctrina sentada en *Bosphorus* y seguida en *Connoly*) o bien actuando bajo las instrucciones de autoridades dependientes de organizaciones internacionales (*Behrami*). En estos casos, como señala ANGELINI, *el silencio importa* pues la renuncia del TEDH a discutir el asunto tiene consecuencias evidentes sobre la protección de los derechos fundamentales finalmente dispensada.

(e) La conocida *doctrina del margen de apreciación nacional* es típica también de los escenarios de pluralismo constitucional y una de las fórmulas para permitir soluciones no incompatibles en lo referente a la garantía de los derechos. Este criterio, pese a la imposibilidad de realizar una definición dogmática clara de su contenido (GARCÍA ROCA), consiste no en el reconocimiento de la existencia de una protección equivalente, sino más bien el de una protección *suficiente*. En estos casos lo que el tribunal realiza es una labor de *supervisión* de la protección otorgada al derecho marcando sólo algunos mínimos y dejando un amplio campo de libertad para la actuación del otro ordenamiento. En ocasiones el margen de apreciación puede combinarse con el criterio de deferencia dando lugar a una suerte de deferencia *impura* en el que un tribunal no supervisa, sino que establece algunos criterios básicos para la solución del conflicto, dejando un amplio margen de interpretación de los mismos en el caso por parte de las autoridades judiciales que resuelven definitivamente el asunto de fondo (valga como ejemplo el caso *Familiapress*)

(f) El criterio de la *afectación de un elemento constitucional básico* viene a significar que la renuncia al ejercicio de la jurisdicción se produce cuando el no hacerlo (ejercer la propia competencia) `pueda generar problemas en un elemento estructural esencial del ordenamiento jurídico *externo* afectado. Tal criterio puede ser aplicable tanto respecto al mero hecho de ejercer la competencia como respecto al resultado de su ejercicio. Esto es, el mero hecho de que un tribunal nacional ejerza un control de constitucionalidad sobre, pongamos, una norma comunitaria por considerarse una actuación *ultra vires*, constituye una ruptura de uno de los principios esenciales del propio derecho comunitario (su unidad y autonomía y con ello la exclusividad del control de validez en manos de las instancias comunitarias). Por ello, pese a que los tribunales nacionales no renuncien a la competencia (es decir a la posibilidad de ejercer ese control) serán extremadamente cuidadosos a la hora de ejercerla pues ello pondría en peligro la propia

existencia del otro ordenamiento (véase la diferente aproximación teórica adoptada por el TCF en la Decisión *Lisboa* y la aplicación práctica en *Honeywell*). Del mismo modo, un tribunal será cuidadoso especialmente cuando al ejercer sus propias competencias pueda afectar a algún elemento estructural del otro ordenamiento limitando su grado de conocimiento o incluso de supervisión. Esto puede explicar, por ejemplo, que no existan en Europa más que aproximaciones muy parciales a temas que puedan generar conflictos con las identidades constitucionales como el aborto o el matrimonio homosexual, o que se produzcan situaciones tan extrañas, y hasta contradictorias, como las representadas por las SSTEDH Lautsi 1 y 2.

(g) La *preferencialidad en la decisión*: una fórmula de *self restraint* es también la renuncia a pronunciarse sobre una cuestión antes de haberse dado la oportunidad de pronunciarse al otro tribunal. En estos casos lo que se produce es una suerte de preferencialidad. Esta idea, anunciada por diversos autores como KUMM, ha sido finalmente asumida en el conocido asunto *Honeywell* y viene a resolver, momentáneamente, el problema del control de la actuación *ultra vires* de la UE en cuanto anuncia ya claramente que en el supuesto de plantearse un problema de constitucionalidad (alemana) de una norma comunitaria por exceso en el ejercicio de la competencia, el TJ deberá haber tenido la oportunidad previa de pronunciarse (incluso planteando el propio TCF la oportuna cuestión prejudicial). Igualmente, esta idea de preferencia en la intervención se encuentra detrás del proceso de negociación del ingreso de la UE en el sistema del Consejo de Europa que requiere la articulación de algún mecanismo asegurador de que el TJ tenga oportunidad de pronunciarse antes de que una demanda por violación del CEDH llegue a Estrasburgo. Idéntico problema presenta, a la inversa, la creación de cuestiones prioritarias de constitucionalidad en Francia y Bélgica. El hecho de que la prioridad sea aquí de los tribunales nacionales plantea los problemas indudables que reflejan la STJ en el asunto *Melki* en el que admitiendo, aparentemente, la comunitariedad del sistema avisa de que ello no puede impedir al juez nacional plantear, en cualquier momento, la cuestión prejudicial.

(h) Un último criterio interesante para resolver diálogos, útil incluso para los casos en los que la síntesis final es imposible, es *la limitación del efecto de las sentencias*. En este supuesto se trataría no de resolver el diálogo mediante soluciones de síntesis, cuanto de conferir tiempo para que los negociadores políticos puedan resolver la contradicción insalvable detectada. Para ello se puede aplicar la técnica de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad o con nulidad diferida en el tiempo. En tal sentido se dirige con toda claridad la STC 38/2007, de 15 de febrero al declarar

que la inconstitucionalidad de un tratado “presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo, lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo” (fundamento jurídico, 3) o se apuntaba en la propuesta de modificación del art. 39 del proyecto de reforma de la LOTC de 2006 al recoger la posibilidad de que se dictarán sentencias de inconstitucionalidad que no llevarán aparejada la nulidad de la norma o que confiriera un plazo a los poderes públicos para que subsanaran el problema planteado (mediante la reforma de alguna de las normas en conflicto). Estas técnicas son bien conocidas en algunos Estados europeos (Alemania o Austria) y han sido incluso utilizadas en alguna ocasión por parte del TEDH (respecto, por ejemplo, el derecho del voto de los reclusos en el Reino Unido en la STEDH *Hirst c. Reino Unido*, de 6 de octubre de 2005 o la peculiar fórmula utilizada en los *pilot judgements* emitidos por el TEDH).

Debe tenerse en cuenta que las soluciones apuntadas se aplican de manera distinta a los tipos de conflictos planteables. Así, la solución interpretativa es válida tanto para los *overlappings* como para las actuaciones *ultra vires*; todas las soluciones procedimentales apuntadas son aplicables a los *overlappings*, mientras que sólo se podrán afrontar los problemas de actuación *ultra vires* con los criterios de deficiencia estructural; afectación de una cuestión constitucional esencial; preferencia en la decisión; inconstitucionalidad sin nulidad o con nulidad diferida.

En ocasiones podremos encontrar soluciones que adoptan simultáneamente técnicas de interpretación doblemente conforme y de delimitación del alcance de la propia competencia. Tal sería el caso de la conexión entre art. 24 CE, eventual planteamiento de cuestión prejudicial e inaplicación judicial de norma legal interna contraria a derecho comunitario en la interpretación que de la jurisprudencia constitucional española realiza ALONSO GARCÍA (2011) que implicaría una síntesis comprensiva (mutuamente compatible con la constitución nacional y la europea) y una técnica de intensidad del control constitucional de la motivación del juez ordinario en la inaplicación de la ley. Del mismo modo, y cómo se ha apuntado, las técnicas de self restraint pueden usarse de manera conjunta; así WALTUCH (2011) sostiene que la decisión *Honeywell* del TCF alemán, además de adoptar un sistema de preferencialidad (imposibilidad de declarar la actuación *ultra vires* de la UE sin previo planteamiento de cuestión prejudicial desde el propio Tribunal Constitucional) supone la asunción de una forma de déficit estructural (la actuación *ultra vires* objeto de control ha de ser suficientemente cualificada para justificar el propio acto de control)

en la que debe tenerse en cuenta un amplio *margen de apreciación* del TJUE en la determinación de las competencias de la UE. Se habrían combinado en esta importante decisión tres técnicas de solución de síntesis vinculadas al self restraint (preferencialidad, protección gravemente insuficiente; y margen de apreciación) para evitar una *guerra de cortes* que en materia de actuación *ultra vires* es particularmente difícil de solucionar.

VII. CONCLUSIÓN

15. El diálogo judicial es sólo un procedimiento legitimador, útil e infrecuente para resolver conflictos en situaciones de pluralismo constitucional, pero no el único

La última proposición que creemos defendible con carácter general es que el diálogo es un procedimiento legitimador de las decisiones finalmente adoptadas (TORRES). Cómo se ha podido observar, el diálogo es un proceso deliberativo. Proceso, además, adoptado por altas cortes de justicia que expresan la voluntad última de sus respectivos ordenamientos. Un proceso en el que participan no sólo los tribunales sino un conjunto de actores (los Estados, las instituciones supraestatales, organizaciones internacionales de diversa índole y naturaleza, etc.) que aportan sus propias razones para que la decisión se dirija en uno u otro sentido. Por tanto, es un proceso con un claro componente legitimador. Ahora bien, no es un proceso legitimador equiparable al proceso político democrático. Precisamente lo que pretende paliar es la ausencia de un proceso democrático capaz de resolver cuestiones de fondo. No debe, en este sentido, olvidarse la proposición número 5. El diálogo actúa allí donde el proceso de adopción de decisiones de naturaleza política ha fallado. Cubre una laguna de tal proceso político de manera legítima; pero no sustituye el proceso democrático de legitimación de decisiones. Como mucho confiere una legitimación que podríamos caracterizar como *incompleta*.

Ahora bien, esta legitimación es tanto más necesaria cuanto que el proceso político democrático encuentra graves dificultades para desarrollarse con alta intensidad en el seno de las organizaciones internacionales. No es este el momento de detenerse en un problema tan complejo, pero es obvio que la necesidad (y por tanto la importancia relativa) de la legitimación a través del diálogo judicial será tanto mayor cuanto más débil pueda resultar el proceso político democrático que obviamente es muy diferente (en

ocasiones quizá inexistente) en la UE, en el Consejo de Europa, en la OMC o en Naciones Unidas.

Igualmente, debe recordarse que el diálogo no sustituye a las fórmulas tradicionales de resolución de los problemas de aplicación del Derecho. El diálogo, proposiciones 3 y 4, sólo actúa en escenarios de pluralismo constitucional y cuando el principio de competencia no puede, por sí solo, resolver la cuestión por tratarse de supuestos de cuestionamiento de la actuación *ultra vires* o de *superposiciones* entre ordenamientos. Desde este punto de vista el diálogo es un procedimiento *útil*, pero extremadamente *infrecuente*. Y decimos, conscientemente, *útil*, no *infalible*. El diálogo puede alcanzar soluciones de síntesis, pero es perfectamente posible que la síntesis no sea posible. En estos casos el diálogo sólo puede terminar, como ya se apuntara en la proposición 10, con la constatación de la contradicción y con la defensa por cada instancia de constitucionalidad de su propio ordenamiento. Ello no supondrá más que el necesario inicio de otro tipo de diálogo, ya de naturaleza política, que resuelva la contradicción insalvable mediante la modificación de una o de las dos normas en conflicto (v.gr. reformas constitucionales anteriores a la ratificación de tratados o protocolos adicionales a los tratados que salven la incompatibilidad). De este modo, es claro que los diálogos judiciales no resuelven *todos* los problemas generados por las superposiciones o las actuaciones *ultra vires*, pero sí buena parte de ellos y, cuando no sea posible, concluirán con una *signalling decision* que ponga en marcha al proceso político democrático capaz de resolver el conflicto de fondo.

El diálogo no es, pues, una suerte de instrumento mágico de solución de todo conflicto en el mismo sentido en que operó en el pasado el principio de jerarquía. Es, sólo, un instrumento más entre las muchas técnicas de resolución de conflictos nuevas e incompletas para una realidad tan compleja (o si se quiere con tantas caras) como la del pluralismo constitucional.

VIII. BIBLIOGRAFÍA Y CASOS CITADOS

Diálogos TEDH-Tribunales nacionales

Procedimiento deliberativo: Caso Carolina:

Decisión retadora:

STEDH von Hannover c. Alemania; de 24 de junio de 2004;

Decisión de consolidación (matización):

STEDH *Mgn Limited contra Reino Unido (Naomi Cambell)*, de 18 de enero de 2011 (El TEDH se apoya expresamente, y esto es infrecuente, en la House of Lords, [2004] UKHL 22, para justificar no ya esta sentencia, sino la anterior decisión de von Hannover a partir de la resolución británica, anterior sólo en unas semanas a la dictada en Estrasburgo).

Posible decisión de síntesis externa:

Audiencia del TEDH (Gran Sala) de 13 de noviembre de 2010 (pendiente de sentencia) en los casos *Springer c. Alemania* (recurso n° 39954/08) y *von Hannover (2) c. Alemania* (recursos n°s 40660/08 y 60641/08)

Síntesis Interna (España)

La recepción (todavía incompleta en España): la saga Alvarez Cascos: véanse, entre otras: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 12 de Madrid de 9 de diciembre de 2004, Programa “Día a Día”; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 38 de Madrid, de 17 de enero de 2005. Programa “Aquí hay tomate”. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 52 de Madrid, de 27 de abril de 2005. Programa “Crónicas Marcianas”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 19) de 7 de marzo de 2006; Sentencia de la Audiencia Provincial (sección 8ª) de 8 de septiembre de 2006; STS número 611/2009, de 7 de octubre; STS 719/2009 de 16 de noviembre). Estos casos han de completarse con la saga Miss España: sentencia de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de septiembre de 2005 y STS 400/2009, de 12 de junio.

Síntesis interna (Alemania):

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de febrero de 2008 (BVerfG 1 BvR 1602/07) recurrida ante el TEDH, *von Hannover (2)*, por considerar los recurrentes que aplica incorrectamente la jurisprudencia del TEDH.

Deferencia en asunto afectante a identidad constitucional:

STEDH *A, B y C contra Irlanda*, de 16 de diciembre de 2010 (despenalización del aborto sólo en determinados supuestos). Esta STEDH ha de conectarse con STEDH *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, de 29 de noviembre de 1992 y STEDH *Woman on waves y otros c. Portugal* de 3 de febrero de 2009.

STEDH *Lautsi y otros (1) contra Italia*, de 3 de noviembre de 2009 y *Lautsi y otros (2) contra Italia* (Gran Sala), de 18 de marzo de 2011

Diálogos TEDH-UE:

Síntesis comprensiva:

Caso Mathews: STEDH *Mathews c. Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999 y STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-145/04.

Protección equivalente:

Caso Bosphorus: STEDH *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda* de 30 de junio de 2005. Otras decisiones de admisibilidad como *Coopera-*

tive Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Holanda, decisión de inadmisión (tercera sección) del TEDH de 20 de enero de 2009 (ausencia de manifiesta insuficiencia en la protección del derecho de defensa por impedirse la contestación del particular a las conclusiones del Abogado General antes de la resolución de una cuestión prejudicial)

Deferencia Pura y ausencia de deferencia:

STJCE, de 4 de octubre de 1991 C-159/90 (asunto *Grogan*: ausencia de conexión comunitaria por la interdicción de informar a asociaciones de estudiantes irlandeses sobre clínicas abortivas en el Reino Unido) frente a (ausencia de deferencia pese a afectación de un elemento constitucional esencial) la STEDH en el caso *Open Door and Dublin Well Woman contra Irlanda*, de 29 de octubre de 1992 (contradicción con el CEDH de un supuesto de hecho muy similar al planteado en *Grogan*).

Diálogos TJUE-Tribunales nacionales:

Protección equivalente:

Solange 1 (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 29 de mayo de 1974, BVerfGE 37, 271); STJ *Nold* (de 14 de mayo de 1974 C-4/73); STJ *Rutili* (de 28 de octubre de 1975, C-36/75); *Solange 2* (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339), *Bananamarktordnung* (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 27 de junio de 2000, BVerfGE 102, 147).

Técnicas de self restraint:

Ultra vires: *Foto-Frost* (STJCE de 22 de octubre de 1987, C-314/85); *Mangold* (STJUE 22 de noviembre de 2005, C-144/04); *Maastricht* (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89,155) *Lisboa* (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009, BVerfG, 2 BvE 2/08); *Kucukdeveci* (STJUE, de 19 de enero de 2010. C-555/07); *Honeywell* (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 6 de julio de 2010, BVerfG 2 BvR 2661/06).

Preferencialidad:

Simmenthal (Sentencia de 9 de marzo de 1978, C-106/77); *Melki* (STJUE, de 22 de junio de 2010, C-188/10; C-189/10)

Identidad constitucional:

Maastricht (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89,155); DTC 1/2004 de 13 de diciembre.

Síntesis comprensiva:

Art. 24 CE, inaplicación de la ley y Cuestión prejudicial. STJCE *Simmenthal* (Sentencia de 9 de marzo de 1978, C-106/77) y *CILFIT* (6 de octubre de 1982, C283/81) y SSTC 58/2004; 194/2006 y 78/2010.

Síntesis particularista:

Primacía STJCE *Costa c. Enel*, 3 de junio de 1964, C-6/64 (y decisiones concordantes) en relación con la DTC 1/1992 de 1 de julio y DTC 1/2004 de 13 de diciembre (dos versiones de síntesis particularista).

Diálogos Tribunales Internacionales (u organismos internacionales) y Tribunales nacionales y europeos:

Imposibilidad de síntesis (necesidad de codificación):

La doble audiencia al condenado penal. Véanse entre otras Decisiones del Comité de Derechos Humanos: Comunicación n° 701/1996, de 11 de agosto de 2000; CCPR/C/69/D/701/1996 (Caso *Cesáreo Gómez Vázquez*); Comunicación n° 1073/2002, de 15 de noviembre de 2004; CCPR/82/D/1073/2002 (Caso *Jesús Terrón*); Comunicación n° 1095/2002, 26 de agosto de 2005; CCPR/C/84/D/1095/2002 (Asunto, *Bernardino Gomáriz Valera*). Frente a las decisiones internas negándose, aparentemente, a aceptar la posición sustentada.: STC 70/2002 reiterado en SSTC 64; 65 y 66/2003 y el ATS de 14 de diciembre de 2001

Protección equivalente:

En la jurisprudencia del TJUE:

Positiva en *Kadi 1* (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 21 de septiembre de 2005, *Kadi/Consejo y Comisión T-315/01*, y *Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, T-306/01*).

Negativa en *Kadi 2* (*Kadi y Al Barakaat, STJUE de 3 de septiembre de 2008 —Gran Sala—; C-402/05 y C-415/05*) (2ª instancia).

Diálogo interno en *Kadi 3*, STJ: Tribunal General, de 30 de septiembre de 2010, T-85/09.

En la jurisprudencia del TEDH:

Bosphorus c. Irlanda, STEDH de 30 de junio de 2005; *Coopérative des agriculteurs de la Mayenne et la coopérative laitière Maine-Anjou c. Francia* decisión de inadmisión de la segunda sección del TEDH de 10 de octubre de 2006. Véanse los casos recogidos más abajo de protección manifiestamente insuficiente y déficit estructural.

Protección manifiestamente insuficiente:

Gasparini c. Italia y Francia decisión de inadmisión de la II sección del TEDH de 12 de mayo de 2009 (Protección no manifiestamente insuficiente de los derechos de empleado de la OTAN);

Etablissements Biret et Cie S.A & la Societé Biret International c. 15 Estados Miembros de la UE. Decisión de Inadmisión (quinta sección) del TEDH de 9 de diciembre de 2008 (ausencia de manifiesto déficit en la protección del derecho de propiedad del Recurrente en Francia como consecuencia de la aplicación —en ese país— de las directivas que implantaron un embargo a la carne con hormonas procedente de USA que a la postre fue declarado nulo por el órgano de apelación de la OMC —Hay toda una saga sobre la cuestión en el ámbito del TJUE con varios recursos pendientes de resolución);

Déficit estructural:

Waite & Kennedy c. Alemania y Beer & Regan c. Alemania, STEDH (Gran Sala) ambas de 18 de febrero de 1999 (ausencia de déficit estructural en la protección de derechos por parte de la Agencia Espacial Europea).

Honeywell (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 6 de julio de 2010, BVerfG 2 BvR 2661/06)

Deferencia pura

Schmidberger, STJUE 12 de junio de 2003, C-112/00

Banković y otros c. Bélgica y otros 16 Estados, Decisión de inadmisibilidad del TEDH (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2001 (incompetencia por extraterritorialidad —bombardeos en los Balcanes—);

Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega; decisiones de inadmisibilidad del TEDH (Gran Sala) ambas de 31 de mayo de 2007 (incompetencia *ratione personae* por actos de autoridades militares de los Estados miembros sometidos al mandato de la KFOR en el marco de resoluciones de Naciones Unidas).

Deferencia no pura

FamiliaPress STJCE, de 26 de junio de 1997, C-368/95).

Diálogos entre Tribunales Internacionales de protección de derechos

Síntesis comprensiva:

Elaboración de los conceptos por la CIDH a partir de la Jurisprudencia del TEDH: Libertad de expresión: véanse por todas: *Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de Periodistas en Costa Rica*, de 13 de noviembre de 1985 (OC5/85) y *SCIDH Herrera Ulloa contra Costa Rica*, de 2 de julio de 2004 Libertad de expresión en la jurisprudencia de la CIDH.

Cambios Jurisprudencia TEDH con argumentos procedentes de la CIDH:

STEDH *Timurtas c. Turquía*, de 13 de junio de 2000 (recibiendo la doctrina de la Corte interamericana sobre desapariciones para apartarse del precedente establecido en *Kurt contra Turquía*).

STEDH *Kasabova contra Bulgaria*, de 19 de abril de 2011 (negativa del TEDH a descriminalizar el libelo en todas sus formas, pero aplicación de un juicio de proporcionalidad particularmente estricto).

STEDH *Akdivar y otros c. Turquía*, de 16 de septiembre de 1996 (sobre extensión del deber de agotamiento de los recursos internos).

Bibliografía

- R. ALONSO GARCÍA (2010): *Lisbon and the Court of Justice of the European Union*, WP. IDEIR, num. 1.
- R. ALONSO GARCÍA (2011): *Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)*, WP IDER, num 4.

- A. ANGELINI (2010): “*Behrami and Saramati: When Silence Matters*”, en FONTANELLI/MARTINICO/CARROZA, *Shaping Rule of Law through Dialogue*,
- M. AVBELJ & J. KOMÁREK eds. (2008): “Four Visions of Constitutional Pluralism”, *EUI Working Papers, Law*, 2008/21 (incluye las intervenciones de J. BAQUERO CRUZ, M. KUMM, M. POIARES MADURO y N. WALKER).
- C.A. BAUDENBACHTER, P. TRESSELT Y T. ÖRLYSEN (editores) (2005): *The EFTA Court. Ten years on*. Oxford/Portland.
- L. BURGOURGUE-LARSEN (2010): “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, Ponencia General presentada en el congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, San Sebastián.
- R. BUSTOS GISBERT (2005): *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Vitoria.
- R. BUSTOS GISBERT (2011): *Pluralismo Constitucional y Diálogo Jurisprudencial*, México D.F.
- C. CARTABIA (2009): “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, en *European Constitutional Law Review*, 5.
- R. CASSESE (2009): *I Tribunali di Babele. I Giudici alla Ricerca di un Nuovo Ordine Globale*, Laterza.
- P. CRUZ VILLALÓN (2004): *La Constitución Inédita*, Madrid.
- G. DE VERGOTTINI (2011): *Más Allá del Diálogo entre Tribunales*, Madrid (prólogo Javier García Roca).
- R.H. FALLON (1999): “How to chose a Constitutional Theory”, *California Law Review*, 87.
- V. FERRERES COMELLA (2005), “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”, en A. SAIZ ARNAIZ y M. ZELAIA (coords); *Integración Europea y Poder Judicial*, IVAP, Oñati.
- V. FERRERES COMELLA (2011): *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires.
- F. FONTANELLI/ G. MARTINICO/ P. CARROZA (2010): “Introduction” en la obra por ellos coordinada *Shaping Rule of Law through Dialogue*.
- J. GARCÍA ROCA (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid.
- M.I. GONZÁLEZ PASCUAL (2007): *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales*, Vitoria.
- M.I. GONZÁLEZ PASCUAL (2011): *El Tribunal Constitucional Alemán en la Construcción del espacio europeo de los derechos*, Madrid.
- F.G. JACOBS (2003): “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice”, en *Texas International Law Journal*, Num 38.
- M. KUMM, (1999): “Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe: Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Court and the European Court of Justice”, en *Common Market Law Review*, num. 36
- N. LAVRANOS (2008): “The Solange-Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals”, en *Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 30.

- F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS y A. RAYNOUARD (dirs.) (2004): *Le Dialogue entre les juges européens et nationaux: incatation ou réalité?*, Bruselas.
- T. LOCK (2010): “Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights’ Case Law on the responsibility of Member States of International Organizations under the European Convention on Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, vol. 10, num 3.
- N. MacCORMICK (1999): *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reasoning in the European Commonwealth*; Oxford.
- N. MacCORMICK (1995): “The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now”, *European Law Journal*, Vol. 1, Num 3.
- G. MARTINICO, (2010): “Judging in the multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of Hidden Dialogue”, en *King’s Law Journal*, 21, pp. 257 y ss.
- F. MAYER (2003): “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in Multilevel Systems”, Jean Monnet Working Paper 9/03: *European Integration: The new german Scholarship*.
- M. POIARES MADURO (2003): “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, en *Revista de Estudios Políticos*, 119.
- M. POIARES MADURO (2007): “Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism”, en *European Journal of Legal Studies*, vol. 1; num. 2, 2007.
- R.A. POSNER (1998): “Against Constitutional Theory”, en *NYU Law Review*, 74.
- C.P.R. ROMANO (2009): “Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue”, en *Journal of International Law and Politics*, vol. 41, num 4.
- A. ROSAS (2005): “With a Little help from my friends: International Case-Law as a source of reference for EU Courts”, *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 5 (I),
- A. ROSAS (2007): “The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue”, en *European Journal of Legal Studies*, vol.1; num. 2, 2007.
- M. ROSENFELD (2008): “Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism”, en *I.con.* vol. 6, nums. 3 y 4.
- A. SAIZ ARNAIZ (1999): *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos fundamentales: el artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid.
- A. SAIZ ARNAIZ (2005): “El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización: de los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa” en M. CARTABIA, B. DE WITTE, P. PÉREZ TREMPES (dirs): *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Madrid.
- F. RUBIO LLORENTE (2002), “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, num. 64.
- D. SARMIENTO (2004). *Poder Judicial e Integración Europea, la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid.
- L. SCHEECK (2005): “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, en *ZaöRV*, 65.
- A.M. SLAUGHTER (1994), “A Typology of Transjudicial Communication” en *Richmond Law Review*, 29.

- A. STONE SWEET (1998): "Constitutional Dialogues in the European Community", en A.M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET y J.H.H. WEILER (ED): *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Social Context*, Hart Publishing, Oxford.
- L.B. TREMBLY (2005): "The Legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between courts and legislatures", *I-CON*, vol. 3, num. 4.
- A. TORRES PÉREZ (2009): *Conflicts of Rights in the European Union: a Theory of Supranational Adjudication*, Oxford.
- A. von BOGDANDY (2003): "Doctrine of Principles", en *European Integration: the new German Scholarship*, Jean Monnet Working Paper, 9/03.
- N. WALKER (2002): "The idea of Constitutional Pluralism", *EUI Working Paper*, 1/02.
- N. WALKER (2003): "Late Sovereignty in the European Union", en N. WALKER (ed), *Sovereignty in Transition*; Oxford.
- N. WALKER (2008): "Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, Nums. 3-4
- J. WALTUCH (2011): "La guerre des juges n'aura pas lieu. A propos de la décision *Honeywell* de la Cour Constitutionnelle fédérale allemande", en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, num. 2.
- J.H.H. WEILER (1997): "The Reformation of European Constitutionalism", en *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, num. 1.
- J.H.H. WEILER/U.R. HALTERN, "Who is the ultimate Umpire of European Community Competences", Jean Monnet Paper, 1996.
- J.A. XIOL RÍOS (2011): "El diálogo entre Tribunales", en *Revista del Poder Judicial*, num 90.

El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo¹

JAVIER GARCÍA ROCA²

1. Queridos colegas me encuentro muy a gusto en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM rodeado de buenos amigos como son Jorge Carpizo quien fue profesor visitante en la Complutense durante varios y fructíferos años. Sergio García Ramírez, antiguo Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el que compartimos el desarrollo de un I+D sobre el diálogo entre las Cortes Americana y Europea de Derechos Humanos. Edgar Corzo quien está coordinando desde la UNAM la elaboración de una obra colectiva “La América de los derechos” a imagen y semejanza, con la misma metodología, de la que Pablo Santolaya y yo coordinamos antes “La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos”. Nos parecía que impulsar estos dos sólidos basamentos, la sistematización de la jurisprudencia en cada continente, era una condición previa para poder entablar una comparación en materia de derechos humanos y alcanzar un recíproco enriquecimiento. También Eduardo Ferrer Mac-Gregor cuya invitación para participar en este evento sinceramente agradezco. Y, por último pero no en importancia, algunos jóvenes investigadores mejicanos como son Alfonso Herrera y Giovanni

¹ Este texto arranca de mi intervención oral en una conferencia y posterior coloquio en el seminario sobre el “Diálogo jurisprudencial entre Cortes internacionales y Tribunales Constitucionales”, celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el 7 de octubre de 2010. He preferido mantener en su redacción el tono ágil, informal y desprovisto de excesivas citas y del apoyo de otras fuentes de conocimiento que es propio de una conferencia, que fue además grabada y difundida en imágenes por la UNAM en su *Campus* virtual.

² Catedrático de Derecho Constitucional (Universidad Complutense de Madrid).

Figuerola, que han escrito recientemente sus importantes tesis doctorales entre nosotros en Madrid en el renovado Instituto de Derecho Parlamentario y en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense, manteniendo viva una tradición de décadas de colaboración con Méjico. Nuestra universidad afronta ahora con nuevos impulsos el reto de la excelencia académica y de la europeización mediante una titulación adaptada al Espacio Europeo de Educación Superior: el Master en “Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos”.

2. El tema del cual hoy vamos a hablar es uno de los de más actualidad en el Derecho Constitucional Europeo y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y, creo es también uno de los más relevantes en América Latina en cuanto afecta a la protección supranacional, real y efectiva, de los derechos humanos. La *garantía de los derechos*—los sociales entre ellos— sigue siendo una de las cuestiones más necesitadas de un reforzamiento en todo el constitucionalismo y, en particular, en este hemisferio.

Me gustaría compartir con ustedes tres reflexiones en apariencia independientes entre sí, pero en todo caso directamente unidas en mi pensamiento y creo que también en la realidad de las cosas. Primero, me interrogaré sobre qué llamamos *diálogo judicial*. Una tesis que posee ventajas e inconvenientes y sobre la que albergo todavía algunas dudas, pero que me he decantado finalmente por usar dada su ductilidad, idónea para describir un fenómeno emergente.

Segundo, realizaré una defensa apasionada de la *globalización de los derechos humanos*. No menos meditada, ya que arranca de un arraigado convencimiento tanto sobre su utilidad para la integración supranacional a nivel regional como acerca de la mayor eficacia de un mecanismo de garantía colectiva en un espacio superior al de los Estados. Un juicio de valor derivado de la observación durante tres lustros de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y de las decisiones del Tribunal Constitucional español durante más de tres décadas.

Me parece además que una comprensión equivalente o cuando menos semejante de los derechos en Europa y América Latina supone un rico patrimonio, la creación de una lengua franca, una misma cultura jurídica basada en los valores del constitucionalismo, que adquiere ya visos en Europa de un nuevo *ius commune*, y que puede permitirnos avanzar fuertemente en su garantía frente a los numerosos obstáculos que día a día surgen en los diversos ordenamientos domésticos. La comunidad cultural iberoamericana es un observatorio privilegiado para impulsar este diálogo entre ambos continentes. El carácter compartido de las decisiones jurisprudenciales so-

bre derechos, su redacción en forma dialogística, refuerza considerablemente la *auctoritas* de las sentencias supranacionales y hace más probable un mayor acierto del juzgador y su cumplimiento e implementación por los Estados demandados que normalmente no querrán verse aislados del resto. Es menester defender la superioridad —tanto desde la ética pública inherente a la democracia como desde la utilidad— de este entendimiento frente a las visiones nacionalistas y aislacionistas sobre los derechos, que acaban por ser mucho más débiles e inconsistentes en su racionalidad, pero que de tiempo en tiempo afloran como fantasmas que recorren Europa e Iberoamérica; a menudo, sólo encubren tentativas de menguar la eficacia de los derechos de las personas y de los ciudadanos y de justificar violaciones e interferencias indebidas en el sistema de garantías al socaire del nacionalismo de los poderes públicos.

En tercer lugar, haré una todavía más medida y crítica defensa de la necesidad —ciertamente limitada— de la técnica del *margen de apreciación nacional* en Europa. Este margen suele no ser siempre necesario, de forma general, sino únicamente en algunos derechos que no tengan carácter absoluto —nunca en la vida y la prohibición de tortura— o cuya naturaleza no permita restricciones domésticas —v.gr. el proceso debido, singularmente, el juez imparcial e independiente y la presunción de inocencia— y, desde luego, reclama situaciones muy sensibles para las comunidades nacionales y especialmente delicadas en un juicio internacional. En buena lógica su uso debe ser progresivamente más limitado según el espacio de decisión supranacional se va consolidando, desaparecen los recelos iniciales y se avanza en la integración regional.

No obstante, ya he razonado en varios trabajos que la herramienta multiusos que es el margen me suscita serios reproches por su indeterminación, puesto que aboca a un impreciso uso jurisprudencial y es, por consiguiente, escasamente predecible. Pero es verdad que ofrece una diplomática aproximación internacional a ciertos problemas domésticos, fundada en la deferencia hacia las autoridades nacionales. Me parece, por tanto, una consecuencia de la lógica de una protección internacional, de mínimos y subsidiaria respecto de la más intensa garantía interna y constitucional que deben dispensar los Estados parte. Y, sobre todo, un corolario difícilmente evitable dada la amplitud del espacio convencional europeo sobre derechos. Un ámbito espacial o territorial de la jurisdicción del TEDH que va, de oeste a este, nada menos que desde las Islas Azores a Vladivostok y, de norte a sur, desde la isla de Mageroya en el extremo de Noruega a las Islas Canarias, y que abarca 47 Estados y unos 800 millones de personas. El ámbito personal es incluso mayor, porque se refiere a toda persona some-

tida a la jurisdicción de esos Estados (artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en adelante CEDH) independientemente de donde se encuentre.

Un *espacio* tan extremadamente *amplio y heterogéneo* en pueblos, lenguas, climas, religiones y culturas evidencia el intenso pluralismo territorial propio de esta comunidad de Estados en materia de derechos. Si la integración en torno a unos derechos comunes fuera demasiado rápida se asumiría el riesgo de que algunos Estados se descolgaran del sistema, presionados por sus opiniones públicas o por razones electorales, o incluso que las decisiones europeas resultaran disfuncionales por homogeneizadoras. Desde este realismo, no me parece —ni a la inmensa mayoría de la doctrina que se ha ocupado con rigor del asunto— que sea hoy posible en Europa una integración supranacional y una garantía colectiva sin conceder una discrecionalidad, un limitado margen de autonomía a los Estados en ciertos derechos; un paso atrás, para poder dar dos hacia delante, al cabo al igual que ocurre dentro de los Estados con el sutil y dinámico equilibrio federal.

Mas debo advertir que creo que en América Latina, donde la doctrina del margen aún no se ha construido ni por la Comisión Interamericana ni por la Corte de San José, acaso no sea necesaria, dada su mucha mayor proximidad lingüística, histórica y cultural. Una América que estuvo unida en entidades mayores tanto en la época precolombina como durante la colonia y que mantiene sustanciales semejanzas culturales. Y en todo caso, de resultar conveniente su introducción —sobre lo que albergo dudas—, quizás debiera edificarse de otra manera más analítica, predecible y limitada según he defendido en mi monografía sobre el tema. Ustedes están a tiempo de decidir sobre la ausencia de necesidad en este continente de la herramienta y, en su caso, de inventar algo, de edificar otra construcción. Pero ésta es una cuestión sobre la que creo no debo opinar por prudencia en cuanto europeo, no fuera a ser tachado de neocolonialista o de hablar de lo que uno no sabe, vulnerando una regla básica de cualquier pensamiento científico.

Podría acabar en este momento la conferencia, para no aburrirles o resultar reiterativo, pero me temo que no me habría ganado con el sudor de mi frente el privilegio de almorzar con ustedes, de manera que ahondaré un poco en estas tres reflexiones en el escaso margen de tiempo que una veintena de minutos entraña.

3. ¿A qué llamamos *diálogo judicial*? Asistimos a una ceremonia de consagración de esta idea que siempre me ha parecido harto imprecisa. Un seminario sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos en marzo

de 2010 en Bolonia me permitió escuchar ciertas críticas a la doctrina del diálogo jurisdiccional efectuadas por Giuseppe de Vergottini. El contexto social y político era entonces idóneo para polemizar, pues muchos italianos descontentos con la sentencia del Caso Lautsi contra Italia, de 3 de noviembre de 2009, que estimó contrario al sistema del Convenio el uso del crucifijo en las escuelas públicas, se preguntaban en ese momento por qué no existía un diálogo con sus tribunales nacionales y un margen de apreciación en este tema. De forma semejante al margen que el TEDH había reconocido a los turcos en el Caso Leyla Sahin contra Turquía, sentencias de 29 de junio de 2004 y 10 de noviembre de 2005, relativo al uso del velo, donde la Corte Europea dejó en las manos nacionales la decisión del asunto ante la diversidad de opiniones europeas. Curiosamente, en fechas posteriores, una Gran Sala ha dictado otra sentencia en el Caso Lautsi II, de 18 de marzo de 2011, en un sentido completamente distinto a la Sala, reconociendo ahora un amplio margen de apreciación al Estado italiano para resolver el asunto del crucifijo. ¿Cómo puede un tribunal cambiar de posición 180° en tan poco tiempo? Me temo no haya más explicaciones que la dimensión internacional del asunto, la presión de una docena de Estados, y la sensibilidad nacional hacia el problema en el Italia donde no olvidemos se ubica el Vaticano. Pero este delicado caso, —pues la solución inevitablemente puede molestar bien a la sensibilidad laica de algunos, apoyada por la aconfesionalidad de los Estados, o a la sensibilidad católica de otros—, permite mostrar hasta que punto la llamada doctrina del margen de apreciación nacional permite dictar una decisión y su contraria y visualizar que no constituye una verdadera doctrina.

La posterior publicación en italiano y español de la monografía de Vergottini “Más allá del diálogo entre tribunales (comparación y relación entre jurisdicciones)” y la relectura de dos importantes monografías en la materia de dos autores españoles, Rafael Bustos y Aída Torres, con los que organicé un seminario en el Instituto de Derecho Parlamentario, me permiten formular ahora algunas consideraciones al respecto y solventar algunas de mis dudas respecto del problema en Europa.

La doctrina del diálogo judicial, de origen anglosajón, mezcla ingredientes filosóficos, políticos y sociológicos y, en la medida en que no es una elaboración exclusivamente jurídica, ni ciertamente una categoría precisa puede producir el serio riesgo de un debilitamiento metodológico. Al menos para países como España e Italia habituados a la sólida doctrina del ordenamiento jurídico donde, v.gr., construir el principio de competencia como criterio de ordenación de las fuentes del derecho, complementario de la vieja jerarquía, ha llevado tres décadas. O donde todavía no hemos

asumido plenamente otro criterio cual es el la función constitucional que —a mi entender— cumplen algunas fuentes infra constitucionales, intermedias o interpuestas frente a otras leyes en virtud de la reserva que erige una norma fundamental. Temo, como advierte Vergottini, que todo sea diálogo, un “fetiche retórico”, una bonita presentación —como se dice ahora traduciendo literalmente del inglés— impactante, pero parca en contenidos. Una especie de cajón de sastre donde se amontonan las cosas en simple *commixtio* para que ya no nos tengamos que molestar en analizar las relaciones entre tribunales y ordenamientos con mayor profundidad, abandonando un método analítico y reflexivo como siempre hicimos los juristas para continuar progresando.

No es lo mismo *influencia, diálogo o derecho comparado* explica Vergottini. Ni es igual la relación entre *tribunales estatales internos* que mantienen hasta cierto punto una relación de jerarquía, que la presente entre los tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión y, particularmente, con el TEDH que se pronuncia subsidiariamente y tras los primeros.

Muy específicas son las relaciones de influencia y diálogo indirecto *entre las Cortes supranacionales de San José y Estrasburgo*. Es evidente que ambas dirigen sistemas regionales independientes y no sostienen entre sí relaciones procesales mediante recursos. Pero esto es sólo la pequeña parte que sobresale en la superficie de un iceberg; no podemos quedarnos ahí. No olvidemos que ambos modelos derivan de un sistema universal que emana de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los dos Pactos Internacionales de 1996 y vienen por ello obligados al entendimiento. Las dos Cortes interpretan unos mismos derechos humanos, reconocidos en normas internacionales muy semejantes en ambos convenios, el americano y el europeo. Por otro lado, los derechos de las personas han sido lentamente configurados por la historia y la cultura jurídica en torno a unos mismos objetos que no se detienen en las fronteras, pues emanan de la misma dignidad de la persona, y responden al libre desarrollo de la personalidad, a unas experiencias compartidas y a unos mismos valores finalmente recogidos en las tradiciones constitucionales y en la protección internacional. Ambas Cortes no deberían llegar, por tanto, a lugares diferentes, si deben seguir prácticamente el mismo camino en la tutela de unos mismos derechos. Pero es cierto que las diversas realidades, los hechos en que los derechos se engastan y ubican, y la diversidad de legislaciones nacionales pueden propiciar matices y ciertas diferencias parciales en algunos contenidos. Nunca hasta el punto —estimo— de modificar el objeto o bien jurídico protegido por el derecho, que emana de la inalterable dignidad

de la persona que no puede ser distinta en Europa o en Iberoamérica sino que refleja un valor universal.

Tampoco es la misma la relación allí donde existe un *procedimiento pre-determinado* que obliga necesariamente a dialogar a los sujetos judiciales. La mejor muestra de *diálogo necesario* es la *cuestión prejudicial* que plantean los órganos judiciales ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo cuando dudan de que una norma se adecúe al derecho europeo, para luego aplicar en forma matizada su decisión al proceso interno. Una situación que pasa por ser el paradigma del diálogo judicial. También la *cuestión de inconstitucionalidad* que eleva un órgano judicial a su Tribunal Constitucional en Alemania, Italia, España y recientemente en Francia, pero restringida allí a algunos órganos supremos. La situación no igual cuando estos procedimientos no existen y el *diálogo* es *facultativo* y simplemente debe aceptarse por su razonabilidad y la misma naturaleza de las cosas.

Finalmente, son muy específicas la secuencia de acciones de tutela que suponen los diversos *amparos de derechos*, que son bastante semejantes materialmente y se engarzan conforme a la lógica del principio de subsidiariedad. Primero, un recurso ordinario o en su caso un específico *amparo judicial*. Segundo un *amparo constitucional* que la víctima interpone en los ordenamientos donde existe. Y tercero un *amparo americano o europeo* ante los tribunales de San José o Estrasburgo, que no es una última fase de un mismo procedimiento ordinario, o una cuarta instancia en palabras de la Corte Interamericana. El amparo supranacional es un procedimiento independiente ante una protección ciertamente jurisdiccional, pero internacional, y, en consecuencia, más limitada que la interna. Siendo cierto este punto de partida, también lo es el constante crecimiento de la jurisprudencia europea hacia el automatismo y la eficacia de sus medidas cautelares y la búsqueda de la *restitutio in integrum*, según hemos mostrado en nuestra obra colectiva “Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado”. Ya cada vez es menos cierto que las decisiones del TEDH sean *legally binding but not self-executing* una posición que aún defiende el conservador Informe del Consejo de Estado sobre la eficacia del Derecho Europeo. Algo ha cambiado el sistema del Convenio Europeo a golpe de sentencia en cinco décadas como conocen perfectamente sus seguidores.

Me temo no tengo tiempo ahora para explicar con profundidad los rasgos de todas estas relaciones ni probablemente capacidad ni energía. Pero creo que las distinciones que acabo de comenzar a desenmarañar muestran que es necesario seguir un método más analítico, diferenciando cosas diversas. Espero, no obstante, poder editar pronto dos estudios más

detallados y estructurados, uno sobre el diálogo indirecto y la recíproca influencia entre las Cortes Americana y Europea de derechos humanos, y otro acerca de las relaciones entre los tribunales constitucionales y el TEDH, que me encuentro actualmente culminando y quizás pueda arrojar allí algo más de luz.

Sobre todo deseo remarcar que la confortable noción de diálogo judicial no debería llevarnos a dejar de prestar atenciones a cuestiones que siguen siendo las más esenciales para la mayoría de los juristas europeos. Quizás impulsados por otro tipo de juristas, anglosajones, muy abiertos al sincretismo metodológico —sobre el cual albergo muchas dudas científicas y fue seriamente censurado durante décadas en el continente europeo— y preocupados por brillantes presentaciones formales de las cosas; o que pertenecen a ordenamientos que no han ratificado los sistemas supranacionales de integración de derechos como ocurre con Estados Unidos; o que integran entre sí una *Commonwealth* británica de precedentes jurisprudenciales *toto caelo* distinta de otras comunidades. Entre estos asuntos, mencionaré los criterios y principios para interpretar los derechos supranacionales, que son cada vez más cercanos a una *interpretación constitucional*. O los efectos *supra partes* de las sentencias del TEDH y sus formas de cumplimiento. O la necesidad de impulsar la creación de recursos internos para modificar o revisar sentencias nacionales firmes como consecuencia de su declaración como lesivas del sistema del Convenio. Nada de esto ha dejado de ser muy importante para la tutela de los derechos, no basta con dialogar.

Sin embargo, y temo dar una de cal y otra de arena pero espero no contradecirme, el punto de partida del que arranca el discurso del diálogo me parece inevitable. Vivimos en Europa tiempos de “*pluralismo constitucional*”, como ha explicado MacCormick, o de “*constitucionalismo en red*” en palabras de Bustos, o de “*metaconstitucionalismo*” según Cruz Villalón. Quiere significarse con todas estas expresiones que, en el espacio europeo, las relaciones entre los Tratados de la Unión, las Constituciones de los Estados y otras normas de relevancia a estos efectos, como es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no se basan en relaciones de jerarquía, de supremacía material y formal, sino que son un conjunto de fuentes cuya validez no deriva cada una de la otra, pero que se relacionan entre sí de manera interdependiente, y ordenada mediante un trabajo en red. Esta es la cuestión y común a todas las relaciones fundadas en el diálogo. La vieja pirámide de la teoría escalonada del derecho, construida en los años veinte y treinta por la escuela de Viena, ya no nos vale como visualización del nuevo fenómeno ni menos aún como explicación u ordenación de las relaciones y del funcionamiento del sistema. Las necesidades inherentes a la integración euro-

pea y latinoamericana nos obligan a flexibilizar las categorías tradicionales y a comprenderlas de manera diversa y dinámica. Un tratado puede no ser una constitución, pero a veces ambas cosas se aproximan mucho como v.gr. ocurre en el origen de una constitución federal en un Estado federal clásico que proceda de la evolución de una Confederación.

Desde esta perspectiva antiformalista, creo que ya no son tan decisivos los distintos sistemas de recepción nacional del CEDH como ha tendido a verse la cuestión en América Latina (v.gr. los importantes estudios de Carlos Ayala). La relación entre el rango constitucional y legal de las normas internas y el lugar de dicho Convenio en los ordenamientos internos, supuestamente escalonados según la jerarquía de las fuentes, no impide el funcionamiento del sistema conforme a la técnica de una interpretación constitucional *secundum Conventionem* que vienen obligados internacionalmente a hacer jueces y tribunales. Comenzando por los Tribunales Constitucionales y los Tribunales Supremos que deben actuar como moderadores o facilitadores de la jurisprudencia internacional ante los órganos judiciales de sus ordenamientos. Este funcionamiento dinámico es esencialmente igual en los Estados donde el Convenio forma parte de la Constitución o tiene rango constitucional, si bien aquí el fenómeno se advierte por los órganos domésticos con mayor facilidad, que en los Estados donde el Convenio simplemente tiene una jerarquía superior a la ley, que es el supuesto mayoritario en Europa, o incluso allí donde comparte el rango de la ley (*vid in extenso* Brage y Grawenwarter). En todos ellos, los espacios abiertos en las normas constitucionales deben cerrarse conforme al sistema del Convenio y la jurisprudencia que del mismo emana, si no existe una contradicción sustancial entre ambas clases de normas, —lo que es una situación que rara vez se produce—, y se impone una exegesis constitucional *secundum Conventionem*.

No es por eso casual que el TEDH considere al sistema del Convenio como “*un instrumento constitucional del orden público europeo*” al servicio de una unión más estrecha de los europeos como afirma el Estatuto del Consejo de Europa. Los derechos fundamentales son una materia constitucional y como tal producen siempre *procesos de integración* política, según nos advirtió en los años veinte con una intuición clásica Rudolf Smend. También los contenidos en tratados internacionales. Puede que algunos Estados parte, especialmente escépticos respecto de la integración europea, no advirtieran suficientemente este fenómeno al tiempo de adherirse al sistema del Convenio —es una queja habitual en el Reino Unido—, pero gracias a esa miopía el espacio de la jurisdicción europea ha ido creciendo de tiempo en tiempo hasta sus confines naturales. Tutelar de forma

colectiva y efectiva unos mínimos derechos europeos es también alcanzar una *unión más estrecha*: una forma de asociación e integración de pueblos diversos. Recordemos que Smend acertó a explicar bien las conexiones de sentido existentes entre las ideas de asociación e integración.

La idea de un diálogo judicial —una ficción jurídica que sólo a veces impone la ley— es asimismo útil para explicar cómo los derechos humanos se construyen globalmente mediante una *interpretación suasoria* a través de sentencias escritas por diversas cortes que asumen una mentalidad dialógica —en vez de aislacionista y nacionalista— y cooperan *en una red de sujetos* que atienden a la solución de unos problemas semejantes.

Finalmente, entre las ventajas del recurso al diálogo se encuentra que las sentencias que han sido escritas desde el diálogo entre el TEDH y los tribunales constitucionales domésticos suelen tener una *mayor legitimidad*, derivada de su mayor autoridad, y alcanzar en consecuencia una *mayor obediencia*. De este modo lo ha explicado Aida Torres quien nos muestra la conexión de esta tesis con la doctrina de la democracia deliberativa de Elster cuyas virtudes suasorias, de cara a la implementación de las decisiones, se trasplantan y asumen en este otro terreno.

En todo caso, estimo que el *diálogo entre el TEDH y los tribunales constitucionales* debe fundarse en *dos principios*. El primero actúa como regla general y obliga a que los derechos constitucionales sean interpretados *secundum Conventionem*, según acabo de explicar y tal y como demandan el artículo 10.2 de la Constitución española y su precedente en el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa. Los tribunales constitucionales —y a través de la mediación de sus sentencias todas las autoridades judiciales internas— deben cerrar los espacios abiertos en sus constituciones de acuerdo con una interpretación constitucional al tiempo conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y la jurisprudencia que emana de su Tribunal. Pues carece de sentido distinguir ambas cosas —tratado y jurisprudencia—, una vez sentado en Estrasburgo que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de *nowadays present conditions* y no mediante una interpretación originalista, atenta únicamente a la voluntad de los trabajos en la asamblea preparatoria.

Cabría acaso pensar que tal obligación de los Estados no existe en los muchos ordenamientos donde no hay un precepto constitucional análogo, pero nada más alejado de la realidad porque la *doctrina del valor simultáneo del derecho internacional y el derecho interno* impide la existencia de contradicciones. Un Estado parte podría denunciar el CEDH y salirse del sistema, si es capaz de arrostrar tal coste ante su opinión pública, pero no puede

dejar de cumplir las obligaciones internacionales que del mismo emanan sin incurrir en un flagrante incumplimiento.

El segundo principio que deseo subrayar es la existencia en Europa —no hablo de América Latina— de un cierto *margen de apreciación nacional* de los Estados, una técnica que permite que algunos derechos no sean exactamente iguales en todos los ordenamientos, así como autoriza a dar por buenas, en su revisión jurisdiccional europea, ciertas soluciones domésticas a algunos problemas políticamente sensibles. Pero —insistiré— no puede aplicarse a todos los derechos ni a cualesquiera situaciones y aquí comienzan los problemas. Volveré más adelante sobre este extremo.

4. ¿Por qué una *globalización* de los derechos al servicio de una *integración supranacional*? ¿Por qué los tribunales constitucionales y otras cortes nacionales deben superar progresivamente las aproximaciones nacionalistas a estos asuntos? Primero porque son *comunes los problemas* que suscitan los derechos —los supuestos de hecho, los conflictos en las ponderaciones— tienden a ser semejantes en todos los territorios y habitualmente en su tratamiento en la cultura del *constitucionalismo*. Una familia de Estados que conocen experiencias comunes e influencias recíprocas —en normas, categorías, instituciones, autores, decisiones—, así como también en su protección internacional de forma jurisdiccional y mediante el acceso de las víctimas. De este sólido basamento arranca la idea de una globalización. La expresión *globalización* indica la contracción del tiempo y del espacio en las decisiones sobre los derechos y atiende a la construcción de motivaciones judiciales ponderando las razones de otras; es ciertamente una noción aún más ambigua que la de diálogo, pero lo es menos en este terreno que en el de la liberalización y desregulación de los mercados financieros y desde luego carece aquí de subproductos dañinos. Una unión mucho más intensa que la globalización es la derivada de la noción de *integración*, en particular, la europea fundada en la asociación de los Estados en organizaciones, mercados y derechos comunes.

Las *normas parámetros* de enjuiciamientos con las que se garantizan los derechos, a nivel internacional y constitucional, son a menudo las mismas o cuando menos semejantes; y los *supuestos de hechos*, los casos de violaciones y las *ponderaciones* son análogos y permiten a menudo compartir las razones y las formas de argumentar.

Hay además una evidente *interacción de las declaraciones*, de los listados de derechos, que reciben constantemente influencias recíprocas e interactúan entre sí, y acaban leyéndose por los tribunales cada una a la luz de la otra cuando el caso que se enjuicia hace necesaria esta exégesis. Tal

relación de influencia se produce a menudo entre las declaraciones constitucionales donde suele hablarse de ciclos del constitucionalismo y de derechos de generación en un mismo tiempo.

A su vez, estimo que cabe hablar de una *cuádruple recepción del sistema del Convenio* en los ordenamientos internos. La mayoría de las constituciones europeas recibieron primero la influencia del CEDH en el momento de su redacción, una importantísima recepción normativa directamente a nivel constitucional. Luego las propias jurisprudencias de los tribunales constitucionales europeos, en su mayor parte posteriores a la puesta en funcionamiento del TEDH, sentaron sus basamentos aprendiendo de la doctrina creada en Estrasburgo y normalmente en armonía con la misma, y no arrancando aisladamente desde cero. También los cambios posteriormente sobrevenidos en la lectura del CEDH por la jurisprudencia de Estrasburgo han sido normalmente asumidos en las jurisprudencias constitucionales (es proverbial en España el ejemplo de la protección frente al ruido y otras variantes de contaminación medioambiental al hilo del derecho a la vida privada y familiar). Y, por último, la todavía joven Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recibe, según reconocen las indicaciones del *Praesidium*, la herencia tripartita de las tradiciones constitucionales comunes, del Convenio Europeo del cual es la heredera principal, y del Derecho comunitario donde se han construido algunos nuevos derechos. No olvidemos que la Carta tiene valor normativo de tratado y goza del fuerte efecto de primacía del Derecho de la Unión, un rasgo que no poseen las normas y las decisiones que integran el sistema del Convenio.

Existe también una interacción y recíproco enriquecimiento de las jurisprudencias de los *tribunales constitucionales europeos*, ya que no es extraño que se lean unos a otros y conozcan las exégesis de sus respectivas declaraciones. De hecho forman una conferencia que se reúne con periodicidad para estudiar problemas comunes y sirve de sólida referencias, especialmente, a sus miembros más jóvenes o a las democracias emergentes.

Asimismo cooperan *los dos altos tribunales europeos*, el TJ y el TEDH, quienes interpretan —armónicamente hasta ahora y sin disensos— las dos declaraciones, la Carta y el Convenio y las intersecciones con las libertades clásicas del mercado europeo, y se citan entre sí, invocando sus decisiones, cuando la ocasión lo hace necesario.

Esta interpretación supranacional de los derechos que emana de la doctrina del TEDH es un serio *límite a la soberanía nacional*, al ejercicio del poder por los Estados. El control más eficaz que conozco hasta el extremo que integra junto a otras técnicas y procesos de integración —singularmen-

te la Unión Europea— una nueva división de poderes de los Estados constitucionales internacionalmente integrados, condicionados y limitados. Es sorprendente observar como las democracias constitucionales con mayor tradición redactan ya sus legislaciones de emergencia sobre terrorismo o disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas dentro del perímetro que contemplan los límites que derivan de la jurisprudencia del TEDH, para evitar el desagradable evento ante sus ciudadanos de una futura condena europea por violación de los derechos humanos.

Asistimos pues a la lenta erección de un nuevo *ius commune europeo* como ocurrió con la construcción del viejo derecho común en torno al derecho romano y al canónico en Bolonia y otras universidades italianas. Al igual que en la Baja Edad Media, no tenemos ahora un legislador común de los derechos, pues no puede realmente considerarse como tal el tratado internacional que crea el sistema del Convenio y sus Protocolos adicionales o de reforma dado el margen de indeterminación y de concretización legal que resta por debajo para los parlamentos nacionales en la libre conformación de los derechos. La construcción de este nuevo derecho común vuelve a hacerse también, sobre todo, a través de la jurisprudencia y la doctrina científica y tiene asimismo un nada desdeñable efecto integrador. Como todo verdadero derecho común, no impide el *iura propria*. No es un fenómeno semejante al de la posterior codificación civil en el siglo XIX. Pero no olvidemos que la codificación no hubiera sido posible sin la previa construcción del derecho común. No hablamos en todo caso de unos derechos idénticos en toda Europa sino de un mínimo común, internacionalmente protegido como basamento, más unos derechos internos que deben ser equivalentes y garantizar una mayor protección.

A veces la reflexión judicial se enmarca incluso en un *espacio* aún más amplio que el europeo y verdaderamente *global*. No es extraño que el TEDH maneje precedentes de otras Cortes no europeas v.gr. del Tribunal Supremo de Canadá en el Caso Sauvé cuando dictó el Caso Hirst contra el Reino Unido, sentencias de 30 de marzo de 2004 y 6 de octubre de 2005, sobre los derechos políticos de los presos. Quizás buscaba la Corte Europea un aliado en un antiguo dominio de la Commonwealth en un asunto que temía no fuera bien comprendido en el Reino Unido, dado la propensión de las islas a sentirse alejadas del continente. Sorprende por el contrario la cerrazón de la *Supreme Court* de los Estados Unidos al manejo de los precedentes extranjeros de derecho comparado en un mundo cada vez más globalizado.

Los *criterios de interpretación* de las Cortes que tutelan los derechos, singularmente entre el TEDH y los tribunales constitucionales, son casi los

mismos o cuando menos normalmente muy semejantes. Hemos asistido a un crecimiento, trasplantes y expansión constantes del *principio de proporcionalidad* por encima de las fronteras; primero en el derecho sancionador en Prusia, luego en la jurisdicción constitucional en Alemania, después en el Tribunal de Justicia y en el TEDH que mantienen variantes del mismo principio con algunas diferencias, así como también en algunos especialistas y cortes iberoamericanas.

Es habitual en Europa ofrecer una *interpretación evolutiva*, realista y sociológica de los derechos. No hemos llegado a sostener una controversia sobre el llamado “originalismo” como en los Estados Unidos. Así el TEDH gusta decir que interpreta los derechos de acuerdo con las condiciones actuales de nuestros días. Y tiende a primar en Europa una *interpretación antiformalista y garantista* de los derechos tanto en las jurisdicciones constitucionales como ante el TEDH, tendencia que emana de la Corte de Estrasburgo, quien a menudo afirma que protege derechos reales y efectivos y no garantías ilusorias y ha mantenido un acendrado antiformalismo en numerosos casos.

Tan es así que probablemente puede hablarse ya de una *teoría europea de los derechos fundamentales* compuesta de una serie de doctrinas comunes, algunas de ellos son interesantes aportaciones creadas por el propio Tribunal Europeo como ocurre con la doctrina de las obligaciones positivas de los Estados que permiten salvaguardar de forma efectiva incluso derechos de libertad —la vida o la integridad física—. Una herramienta que se utiliza asimismo por la Corte de San José.

5. Por último me referiré brevemente a la imprecisa doctrina del *margen de apreciación nacional* que ha construido el TEDH y de la cual me he ocupado en varios trabajos que concluyeron en un libro cuyas conclusiones principales sintetizaré. Es una cuestión tan estudiada en Europa como difícil de resolver, pues no parecen hallarse grandes soluciones que mejoren el estado de la cuestión.

El margen es un *criterio frecuente* de decisión por el TEDH mas su uso produce una sensación de inseguridad jurídica y de imprevisibilidad o *impredictibilidad* del resultado, pues permite un exceso de discrecionalidad en la decisión. A veces parece valer para una cosa y su contraria. Hasta se mantiene como motivación, pero conduce al resultado opuesto del esperado, permitiendo un control intenso en el amparo europeo, paradójicamente, en virtud del amplio margen que el Tribunal dice, en teoría, reconocer a los Estados.

Desde una perspectiva científica, inevitablemente crítica, no creo este-mos ante una verdadera “doctrina”, aunque así suele llamarse al margen en los estudios y las sentencias, es decir, una opinión ordenada que se deduzca directamente de la jurisprudencia a través de unos estándares formulados de manera general y abstracta, que garanticen unas suficientes dosis de previsibilidad de las decisiones en cuanto fundamento de su legitimidad como órgano jurisdiccional. No me parece valga como una advertencia o límite a los Estados, —más allá de simples predicciones de inciertos resultados—, para que sepan realmente a qué atenerse respecto del grado de discrecionalidad del que gozan; ni siquiera a los recurrentes para prever la intensidad del escrutinio europeo que pueden esperar como justiciables en amparo. Es un criterio de decisión no reglado, flexible, pragmático y de aplicación irregular. Una fórmula a la que acude la jurisprudencia de Estrasburgo, y resuelve caso a caso sin excesivas preocupaciones sistematizadoras, y que resulta de incierta teorización doctrinal. De suerte que más parece un “*criterio de justificación*” de las decisiones del TEDH que ratifican las nacionales, más o menos retórico, que un verdadero “*criterio de interpretación*” jurídica de los derechos.

Pero si no nos desentendemos de un imprescindible realismo en materia de garantías, muy necesario ante una jurisdicción internacional fundada en el *consentimiento de los Estados*, paradójicamente, la herramienta del margen parece necesaria en el actual estadio de la integración europea; no obstante su uso debería ser menguante según se consolide la jurisdicción y la teoría europea de los derechos. Asimismo, el margen puede parecer necesario si no nos olvidamos del *pluralismo territorial* que un razonable entendimiento y aplicación del principio de subsidiariedad y del principio democrático en cada comunidad deben respetar. Su empleo está en algunas ocasiones provisto de *equidad*, y satisface una justicia del caso derivada del fuerte pluralismo de los pueblos que integran Europa. Pero, en muchas otras, refleja simplemente una *diplomática prudencia* con el fin de no generar mayores conflictos.

Es, en todo caso, patente la *indeterminación de esta herramienta* multifunciones cuyo uso el TEDH se resiste a definir con suficiente estabilidad, pero resaltaré que no faltan autores que creen que ahí está su principal virtud y que el uso de la técnica no es susceptible de racionalización.

La propia *indeterminación de muchas reglas* jurídicas en el “espacio convencional europeo” de garantía de ciertos derechos y la misma falta de homogeneidad cultural de nuestras realidades sociales (v.gr. en materia de pluralismo y libertad religiosa) pueden operar a veces como presupuestos

de una inevitable aplicación del margen e impulsar una no decisión europea.

Sin embargo, en otras ocasiones, el recurso a esta herramienta produce la extraña sensación de echar balones fuera... Cuando la violación del derecho por la regulación nacional o su aplicación parece verosímil y no se revisa, entonces la *eficacia del sistema de garantía colectiva* resulta seriamente dañada y el recurso al margen se antoja desprovisto de una verdadera justificación racional. La efectividad de los derechos debería prevalecer como tendencia sobre el margen.

Por otro lado, no se percibe con claridad el motivo por el cual deba acatarse la solución nacional en algunos supuestos de hecho como, v.gr., son: la investigación de la paternidad, el uso del velo islámico o del crucifijo en las escuelas públicas, el divorcio, la sindicación, la utilidad pública de una expropiación o la configuración legal del sufragio. Y no en otros casos, no menos controvertidos, como pueden ser: el matrimonio de los transexuales, o ciertas serias limitaciones a la expulsión de los extranjeros. Tal vez la respuesta haya que buscarla no en abstracto y de manera racional sino en cada caso concreto. El margen es una herramienta dotada de una acusada *dependencia del contexto*; esta es la explicación más habitual y plausible por su valedores.

Pero me parece que su aplicación debería estar restringida a algunos *derechos relativos* o de intensa configuración legal, es decir, que no posean carácter absoluto ni devengan directamente esenciales para el libre desarrollo de la personalidad. El margen no puede considerarse universal, para todos los derechos ni, menos aún, máximo, en vez de mínimo y provisto de una justificación expresa —por escueta que sea—, atendible o aceptable en una sociedad democrática y dotada de una mentalidad abierta.

Desde luego, la aplicación jurisdiccional del margen debería venir fundada en las *distintas realidades sociales* y culturales. Pero no en obstáculos fácticos que redunden en inadmisibles violaciones de derechos de las personas, pues la tutela de su dignidad y libre desarrollo debe considerarse un valor prevalente. El margen no puede ser una patente de corso para excluir a los Estados soberanos, como piratas, de todo control jurisdiccional de sus excesos al modo de una inmunidad jurisdiccional. Su limitada aplicación reclama cuestiones culturalmente muy sensibles para las respectivas comunidades nacionales, en las que la intensidad del enjuiciamiento pueda entonces a veces modularse con prudencia diplomática, sin generar un grave daño y para no crear más problemas que los que el TEDH estima puede arreglar. Así es de impreciso el juicio.

Desde la óptica sistemática, he tratado de ordenar que el margen supone una ponderación prudente —como toda verdadera jurisprudencia—, más que sabia, de *varios elementos* de harto complicada compatibilidad:

- El grado de esencialidad del derecho (no son lo mismo los derechos absolutos e inderogables, que los relativos).
- Las circunstancias políticas e históricas de cada país.
- Las sensibilidades nacionales ante ciertas regulaciones.
- El grado de asentamiento del Estado constitucional.
- La naturaleza del derecho y la gravedad de la lesión que la víctima aduce.
- El sólido fundamento que entraña una base normativa común (*common background*) o, por el contrario, las habituales serias diferencias en las regulaciones internas de una casi cincuentena de Estados. Un criterio que abre la puerta a un *sólido método comparado europeo* para construir las motivaciones de las sentencias. Estimo es el criterio decisivo.
- Las obligaciones positivas que quepa imponer a esos Estados en cada momento, pues no es lo mismo pedirles que reformen su Constitución a que modifiquen su legislación, o apliquen las normas con un diverso entendimiento.
- El sacrificio excesivo de los intereses privados en detrimento de los generales.
- La transgresión del principio de legalidad de los derechos y del control de las violaciones por una autoridad independiente, etc.

No es extraño pues que, ante tantos ingredientes del juicio, permanezca una acusada dependencia del contexto en los amparos europeos fundados en el margen. Podría quizás venir reducida en el futuro en la medida en que el *amparo europeo se objective*, atienda a las deficiencias estructurales de los ordenamientos domésticos y no a los concretos supuestos de hecho; y esta objetivación del amparo le permita al TEDH cumplir una verdadera *función armonizadora*, por vía interpretativa, de los contenidos de los derechos convencionales y, por carambola, de los constitucionales.

De estas enriquecedoras contradicciones no me parece pueda salirse por ahora. Sin embargo, estimo que la doctrina científica debería contribuir a intentar resolver el problema, *desagregando analíticamente los diversos ingredientes* del margen, para sugerir recomendaciones que permitan disciplinar su aplicación, y estructurarla debidamente como ya ocurre con el

principio de proporcionalidad. Pero también el Tribunal Europeo debería comenzar a andar el mismo camino por sí mismo.

En sentido contrario al margen, la *integración funcional* de los europeos en torno a unos derechos colectivamente protegidos, fortaleciendo la unidad asociativa de sus pueblos en un espacio público común, es la finalidad política del Consejo de Europa y la labor a la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sirve como jurisdicción. Deriva asimismo de la misma lógica de la universalidad de unos derechos verdaderamente fundamentales, pese a sus serios condicionamientos materiales, fruto de las diversas realidades europeas. Estas circunstancias impiden dar por compatibles con el sistema el Convenio algunos entendimientos nacionales si esas diferencias están desprovistas de un suficiente fundamento racional e incurrir en arbitrariedades. El Convenio supone una influencia externa que se interioriza dentro de las Constituciones y ordenamientos nacionales.

La tutela de los derechos humanos no es ya un *huerto cerrado* en manos de la soberanía estatal en el ámbito del sistema del Convenio europeo. Ojalá estas reflexiones esperanzadas sirvan también en el espacio que preside la Convención Americana de derechos humanos. Mas, no nos engañemos, nos resta mucho por hacer sobre el *cumplimiento de las sentencias* y el reforzamiento de su *eficacia de cosa interpretada*, y, en particular y como consecuencia de las mismas, en la revisión o *reexamen de las sentencias firmes* declaradas en violación de los derechos convencionales. Pero, estamos mucho mejor que hace medio siglo, andamos en el buen sentido de la marcha —algo tan horrible como Guantánamo no sería posible hoy en Europa con publicidad por la misma existencia del TEDH— y ello me hace ser optimista sobre el funcionamiento de un sistema que no creo sea tan distinto del de ustedes.

Referencias Bibliográficas

Dada la naturaleza de este trabajo, una conferencia, me limitaré a citar las obras expresamente aludidas, o usadas en su construcción, o a las que reenvío para demostrar algunas proposiciones que puedan parecer simplificadoras o asertivas en exceso; vienen ordenadas según la numeración del texto principal.

Epígrafe 1. Menciono en la introducción el libro colectivo Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA (coords.): *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, 2ª edición, corregida y aumentada en 2009 por la que citaré. Un compendio de este amplio comentario al CEDH según la jurisprudencia del TEDH será publicado próximamente en lengua inglesa.

Un segundo fruto de esta línea de investigación en equipo, complementario del primero, es Javier GARCÍA ROCA y Pablo A. FERNÁNDEZ (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

Doy noticias del tercer proyecto de investigación que dirijo como investigador principal y coordinador de cuatro subproyectos “*El diálogo entre los Convenios Americano y Europeo de Derechos Humanos*”, período 2008-2011 (I+D referencia: DER2008-06390-C04-01/JURI). Es el tercer I+D sobre derechos supranacionales que realizamos un numeroso equipo. Tras sesiones de trabajo de juristas de los dos continentes en Méjico, Sevilla y San José, esperamos tener editados en un libro los resultados de nuestras pesquisas el último trimestre de este año 2011.

Menciono dos importantes tesis doctorales en Derecho Procesal Constitucional relacionadas con jurisdicciones de derechos y control normativo, defendidas en la Universidad Complutense de Madrid en el 2009 y pendientes de editarse, respectivamente, en Porrúa y Marcial Pons: Giovanni FIGUEROA: *Sentencias atípicas y Corte Suprema de Justicia de la Nación*; y José Alfonso HERRERA: *El control de constitucionalidad de las leyes en vía de amparo. Hacia una distinta caracterización jurídico-procesal del recurso de amparo*. La primera es especialmente útil sobre el concepto de “vinculación” a las sentencias constitucionales, —común en Alemania, España e Italia con distintos matices—, y que estimo permite hacer interesantes comparaciones, *servata distantia*, con el efecto de “cosa interpretada” típico de las sentencias del TEDH.

Epígrafe 2. Sobre la *globalización* de los derechos convencionales y su *interpretación more constitutionalis*, pese a estar reconocidos en tratados internacionales, y no sólo ni prevalentemente con las reglas y principios del Convenio de Viena, puede leerse mi artículo: “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 5, 2006, Méjico, pp. 139-182, y en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 6, 2005, pp. 37-82. Arrancamos de esta filosofía para acometer el tercer I+D.

Desde una perspectiva más amplia, Sabino CASSESE: *La globalización jurídica*, Marcial Pons, INAP; Madrid, 2006, con prólogo de Luis ORTEGA, en especial, los capítulos I y II sobre el espacio global y el trabajo en redes de colaboración.

Epígrafe 3. Acerca del llamado *diálogo judicial* y sus problemas aludo a tres estudios relevantes. Giuseppe de VERGOTTINI: *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, esta versión española del original en italiano, incorpora un estudio previo mío en pp. 11-30. El pionero trabajo de Rafael BUSTOS: *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005, influido por las ideas de Neil MACCORMICK. Y, más tarde, Aida TORRES: *Conflicts of rights in the European Union. A theory of supranational adjudication*, Oxford University Press, 2009, un libro escrito por esta profesora española en la Universidad de Yale.

Buena parte de las afirmaciones de este epígrafe proceden del citado libro de VERGOTTINI o de mi estudio previo inspirado por el mismo y por estos otros dos trabajos.

También en lengua española puede verse Laurence BOURGORGUE-LARSEN: “La formación de un Derecho Constitucional Europeo a través del diálogo judicial” en Gurutz JÁUREGUI y Juan Ignacio UGARTEMENDIA (coords.): *Derecho Constitucional Europeo*, Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. Allí mismo puede leerse, Luis JIMENA: “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?”, quien aborda cuestiones relacionadas con esta conferencia.

Aludo a las tesis sobre el “metaconstitucionalismo” de Pedro CRUZ VILLALÓN: *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004. La idea de “constitucionalismo en red” se ha defendido en España por Rafael BUSTOS: *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, op. cit. Entre los estudios sobre “pluralismo constitucional” de Neil MACORMICK: *Questioning sovereignty. Law, State and nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999.

Cito los acertados trabajos del antiguo Presidente de la Comisión Interamericana Carlos AYALA: “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos” en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004. Liber Amicorum Cançado Trindade*, San José, 2005; y “Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos” en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, volumen I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, CIDH, 1998, pp. 341-373.

El TEDH califica con frecuencia al CEDH como “a constitutional instrument of european public order”. Sobre las consecuencias de esta calificación puede verse Javier GARCÍA ROCA: “El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo” en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 25 a 53. También Encarna GARCÍA JIMÉNEZ: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, epígrafe “El Convenio y el orden público europeo”, pp. 33 y ss.

Es de referencia Alejandro SAIZ ARNAIZ: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10. 2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. Deben verse asimismo dos libros más recientes y muy documentados en su diálogo con la jurisprudencia de Argelia QUERALT: *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; y *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008; así como su trabajo “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH” en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, op. cit. Creo que este efecto de cosa interpretada es central para el cumplimiento de las sentencias supranacionales y estimo se encuentra insuficientemente desarrollado todavía por la doctrina latinoamericana, puede conectarse con el control de convencionalidad difuso.

Epígrafe 4. Sobre la *globalización de los derechos* véanse los estudios mencionados respecto del epígrafe 2. En particular, en mi artículo “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”, op. cit., donde detallo la idea de una cuádru-

ple recepción interna del sistema del Convenio y la similitud del juicio sobre derechos supranacionales en los sistemas europeo y americano al venir fundadas en una misma interpretación constitucional.

Deben consultarse, entre otros muchos, sobre las relaciones entre el Tribunal de Justicia y el TEDH Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO: *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas españolas y europeas*, Civitas, Madrid, 2006; también José Antonio PASTOR RIDRUEJO: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa” en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, op. cit.

Las ideas de un nuevo *ius commune* europeo y de un espacio convencional de decisión sobre derechos las he desarrollado en Javier GARCÍA ROCA: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, coedición del Instituto de Derecho Parlamentario, 2010. En la construcción doctrinal de ese espacio arranco del análogo debate sobre la Unión sostenido en Alemania, un contexto parcialmente distinto, pero no tanto desde la idea constitucional de “integración funcional” mediante derechos según razono en ese libro y frente a las tesis más tradicionales típicas en Derecho Internacional que estimo diferencian demasiado tajantemente entre organizaciones de cooperación y de integración para las necesidades actuales. Bien es verdad que esa integración mediante derechos en la Unión y en el Consejo de Europa tiene también rasgos distintos. Evidentemente razono a partir de la idea de integración de Rudolf SMEND (en castellano, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985) que dio ocasión a una brillantísima respuesta, muy crítica, pero equivocada, de Hans KELSEN.

Tiene interés Maribel GONZÁLEZ: *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2010.

Acerca de la interpretación evolutiva del Convenio, Raúl CANOSA: “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, op. cit.

La existencia de una teoría europea de los derechos fundamentales, con bases en la doctrina científica y en la jurisprudencia del TEDH, puede leerse en diversos trabajos de Joaquín BRAGE con origen en elaboraciones alemanas, entre otros: “Ensayo de una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, op. cit. En la misma obra colectiva y sobre la idea de *cross fertilization* que produce el diálogo Rafael BUSTOS: “TJCE y TEDH: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”.

Sobre el rol de los Tribunales Constitucionales como mediadores de la jurisprudencia europea difundiendo e imponiendo su resultado en sus ordenamientos internos, es sugerente el trabajo del Presidente del Tribunal Constitucional alemán Andreas VOßKHULE: “Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts. Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund” en *European Constitutional Law Review*, n° 6, 2010, pp. 175-198.

Epígrafe 5. Sobre el *margen de apreciación nacional* sintetizo las conclusiones principales de mi libro: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, op. cit. Puede consultarse la abundante bibliografía europea en inglés y francés que allí se menciona pues ilustra que el debate sobre el margen, por su transversalidad, constituye el mejor medio de precisar la intensidad del control europeo y el alcance de la jurisdicción.

Este libro fue citado en el interesante Voto razonado, concurrente, del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cabrera García Montiel y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010, al razonar sobre el alcance del llamado “control difuso de convencionalidad” por los jueces ordinarios y dar noticia sobre una próxima reforma de la Constitución mejicana en materia de derechos humanos y de juicios de amparo que garantiza el lugar de los tratados internacionales en materia de derechos y facilita la eficacia de las sentencias de la Corte. El Juez alude a la erección de un *ius commune* interamericano (epígrafe V) y menciona la doctrina del margen de apreciación nacional (hasta ahora inédita en Latinoamérica) para apoyar el espacio de discrecionalidad que los Estados miembros deben tener para interpretarlo.

No obstante, debe quedar claro que según razona el TEDH y se explica en mi libro no existe margen alguno en derechos absolutos como son, entre otros, los derechos a la vida y a la prohibición de tortura ni en otros como el derecho al juez imparcial frente a la jurisdicción castrense cuando actúa fuera de su ámbito natural. No es una técnica idónea para ser usada en todos los derechos. Insistiré sobre la idea de que en su caso el trasplante de esta técnica a América Latina demandaría mayores argumentos sobre su necesidad y, de resultar este juicio favorable, probablemente formularse en la jurisprudencia de una manera más analítica y desagregada en sus ingredientes que la europea según razono en esa monografía al igual que otros autores que allí cito y comparten la tesis.

Se argumenta la herencia del sistema del Convenio en la Carta y sus muchos rasgos originales, pese a las apariencias, en Javier GARCÍA ROCA: “Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad” en *Revista de Estudios Políticos* n° 119, 2003, monográfico sobre la reforma de la Unión Europea, pp. 165-190.

Sobre la necesidad de acometer la objetivación del amparo constitucional pueden verse dos trabajos míos que recogen las conclusiones de sendos seminarios complementarios: “La cifra del amparo constitucional y su reforma” en VVAA: *La reforma del recurso de amparo*, Pablo PÉREZ TREMPs (coord.), conclusiones del seminario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 273-295. Y “¿El confortable panorama de la tutela de los derechos fundamentales en los procesos ordinarios y amparos judiciales?” en VVAA: *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Pablo LUCAS MURILLO y Encarnación CARMONA (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp., 353-395. La idea básica radica en delegar la tutela prevalentemente subjetiva de los derechos a los órganos judiciales en varias instancias, asegurándose de su buen funcionamiento, y concentrar el amparo constitucional en labores de interpretación de los contenidos. Así como mi libro *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, Porrúa, Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, esta versión mejicana incluye un prefacio sobre los tres años posteriores.

El mismo proceso de objetivación empieza lentamente a producirse en el amparo europeo con la tendencia de la jurisprudencia a identificar las causas estructurales de las violaciones, pero sin abandonar los rasgos subjetivos, que producen la búsqueda de una verdadera *restitutio in integrum*, superando poco a poco la inicial naturaleza declarativa de las sentencias europeas, véase Claudio ZANGHÍ: “Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del TEDH” en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, op. cit.

Puede consultarse Miguel REVENGA: “En torno a la eficacia de las Sentencias del TEDH: ¿Amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina? Una propuesta de reforma” en *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 12, 2004, pp. 521-538.

El diálogo del Tribunal Constitucional Español con la doctrina de otros Tribunales

EUGENI GAY MONTALVO¹

SUMARIO: I. La Constitución Española como fundamento del sistema jurídico. II. Diálogo interno entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. III. Diálogo entre y con Tribunales supranacionales. IV. Reflexión final.

I. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO FUNDAMENTO DEL SISTEMA JURÍDICO

1. La Constitución de 1978 es en España el fundamento del entero sistema jurídico y el Tribunal Constitucional, que es creado y predeterminado en sus aspectos organizativos y funcionales en el Título IX de la misma, es su último intérprete y responsable de su mayor efectividad. En esta tarea, y por tanto desde esa posición constitucionalmente definida cuyos contornos precisaremos más adelante, ha entablado un diálogo rico y complejo con los tribunales ordinarios españoles, con otros Tribunales Constitucionales europeos, y de un modo especialmente importante con algunas instancias jurisdiccionales supranacionales como el TEDH y el TJUE.

2. Este cuerpo legal, que expresa el pacto de convivencia de la sociedad española ratificado por el pueblo español en el referéndum de 6 de diciembre de 1978 y que ha durado más que ningún otro en nuestra historia, contiene los principios esenciales e intangibles de nuestro ordenamiento jurídico, que vinculan a todos los poderes públicos (art. 9.1 CE):

“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

Es también la Constitución la que configura y dota de competencias al poder legislativo, mejor dicho poderes legislativos pues España es un

¹ Vicepresidente del Tribunal Constitucional español.

Estado compuesto, que son los que dentro de sus atribuciones respectivas pueden, con un margen de apreciación muy amplio pero no ilimitado, desarrollar aquellos principios de acuerdo a las mayorías democráticas de cada momento. Puede decirse, por tanto, que en España conviven varios ordenamientos jurídicos y que son las reglas de distribución competencial previstas en la Constitución, y aplicadas por el Tribunal Constitucional, las que posibilitan su existencia ordenada y los reconducen a un sistema jurídico único.

Y no acaba aquí la diversidad ordinamental, pues, como expondremos con detalle más adelante, el constituyente español, demostrando ser consciente de los signos de los tiempos, estableció cauces (arts. 10.2, 93 y 96 CE) que permitieran la penetración en España de ordenamientos jurídicos provenientes de fuentes normativas supranacionales. Debido a que alguno de ellos tiene sus propios órganos jurisdiccionales de interpretación, como sucede con el TEDH y el TJUE, es cada vez más común la recíproca influencia entre la jurisprudencia de éstos y la doctrina de los tribunales constitucionales de los Estados.

La realidad atestigua que son muchos los supuestos litigiosos donde estos ordenamientos jurídicos aparecen interconectados, de modo que los aplicadores españoles del Derecho, en especial por lo que aquí interesa el Tribunal Constitucional, poco a poco, ponderando recíprocamente las soluciones técnicas ofrecidas, tienden a la adopción de un principio común.

II. DIÁLOGO INTERNO ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

3. La aplicación judicial de esta diversidad de ordenamientos jurídicos, que aparecen constantemente interconectados y que adquieren unidad solo por referencia al texto constitucional, es atribuida por la Constitución española a los órganos integrantes del Poder Judicial, pues como afirma el artículo 117.3 CE “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes...”.

En el ejercicio de esta tarea los jueces y tribunales son independientes y están sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.3 CE), lo que implica que no se hallan legalmente vinculados por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores, de modo que pueden fallar los asuntos de su competencia partiendo de una interpretación distinta de la normati-

va aplicable. Las disparidades interpretativas que potencialmente puedan surgir se salvan mediante el sistema de recursos devolutivos previstos por las normas procesales, que permiten a los órganos judiciales superiores reafirmar su doctrina o, si lo consideran necesario, establecer una distinta con carácter general. En esta construcción, tal como prevé el art. 123 CE, “el Tribunal Supremo [...] es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”. Merece la pena enfatizar que en materia de garantías constitucionales esa superioridad corresponde al Tribunal Constitucional y no al Tribunal Supremo. Volveremos más adelante a ello.

En fin, los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial cuando se limitan a interpretar y aplicar normas de rango infraconstitucional entablan un diálogo organizado en torno a los principios de independencia judicial y de unificación de doctrina por medio de los recursos legalmente previstos. Las disparidades interpretativas que subsistan a pesar del sistema de recursos son quiebras del sistema, pero salvo el supuesto especial en que afecten a alguno de los contenidos constitucionales protegidos por el recurso de amparo no tienen remedio.

Se están levantando voces que, para evitar ese resultado, reclaman de *lege ferenda* que la doctrina sentada en casación por el Tribunal Supremo tenga, como sucede con la doctrina sentada por las resoluciones del Tribunal Constitucional, carácter obligatorio para todos los Juzgados y Tribunales, pero el sacrificio que ello supondría para la independencia judicial empobrecería, a mi entender, gravemente la impartición de justicia.

El sistema jurídico presidido por la Constitución española ofrece un último resorte. Cabe que la disparidad interpretativa, aun no afectando a ningún contenido constitucional específico, sea tan grave y arbitraria que precisamente por su manifiesta irrazonabilidad no se pueda entender que el órgano judicial ha dispensado la tutela judicial a que el ciudadano tiene derecho según el artículo 24.1 CE:

“Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

4. Es de la mayor importancia destacar que en nuestra configuración constitucional los tribunales ordinarios no solo están llamados a aplicar los productos normativos de rango infraconstitucional, sino que la Constitución española, en su afán por ser efectivamente cumplida y para que sus preceptos desplieguen verdaderos efectos para los ciudadanos en su vida diaria, ha querido que los órganos judiciales ordinarios —los integrados en

el Poder Judicial— tengan un papel protagonista en asegurar su carácter vinculante. Por ello le impone la obligación de aplicarla, lo que también supone reconocerle competencia para interpretarla. Tajante es el artículo 9.1 CE cuando dice que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, los Juzgados y Tribunales ordinarios tienen importantes límites cuando se trata de resolver litigios en los que están implicados contenidos constitucionales, límites que, de una u otra manera, tienen algo que ver con las atribuciones asignadas al Tribunal Constitucional como garante último de la intangibilidad de la Constitución española y de su plena efectividad.

4.1. Adviértase, en primer lugar, que el artículo 53.2 CE* atribuye la tutela inicial de los derechos fundamentales a los Tribunales ordinarios y configura como subsidiario el acceso al Tribunal Constitucional vía recurso de amparo. En otras palabras, aquéllos están llamados a reparar las lesiones sufridas por los ciudadanos en sus derechos fundamentales y libertades públicas pero no es su criterio sino el del Tribunal Constitucional el que prevalece.

*“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Esta es la misma idea que se desprende claramente del ya mencionado artículo 123.1 CE cuando dice que “*El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*”. Este precepto, aunque es muy claro en su redacción, puede no ser pacífico en su aplicación, pues hay categorías jurídicas reguladas en la legislación ordinaria cuya aplicación al caso concreto exija tener presente principios constitucionales, de modo que ciertas lecturas pueden ser contrarias a éstos. El Tribunal Constitucional en estos casos ha de intervenir para garantizar que no se desconozca el principio constitucional implicado, aunque ello implique proscribir una interpretación de la ley ordinaria o incluso imponer un solo sentido como constitucionalmente adecuado. Es también cierto, sin embargo, que el Tribunal Constitucional ha de usar prudentemente de esta facultad so pena de extralimitarse e invadir el ámbito propio de los Tribunales ordinarios y del propio Tribunal Supremo como órgano superior de entre ellos.

4.2. Un segundo límite se encuentra en que los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial administran justicia sujetos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), lo que determina que está fuera de sus facultades resolver los litigios que sean sometidos a su conocimiento apartándose de la ley, aun cuando consideren que ésta es irrespetuosa con algún precepto constitucional.

Sin embargo, el constituyente español de 1978, consciente de que los tribunales ordinarios están al mismo tiempo vinculados por la Constitución, les habilitó en estos casos para paralizar los procesos pendientes y plantear su duda de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en su calidad de único órgano competente para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley (art. 163 CE). Este precepto, al poner en manos de cualquier juez ordinario el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad contra una norma con rango de ley relevante para decidir un litigio pendiente, está configurando un importante instrumento de colaboración y diálogo entre los Jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional, pues siendo justicia rogada la que imparte este último, el sometimiento de una cuestión de este tipo, le permite fijar contenidos constitucionales sobre los que el aplicador del Derecho tenga dudas e incluso, cuando aprecie que es inconstitucional, expulsar la ley en cuestión del ordenamiento jurídico.

El criterio que preside este diálogo judicial, por tanto, consiste en que los órganos judiciales ordinarios, incluido el Tribunal Supremo como cúspide de la organización jurisdiccional, a pesar de ese destacado papel, no son el último intérprete en cuestiones constitucionales, condición que el constituyente quiso que correspondiera al Tribunal Constitucional, como así acontece.

Hay dos normas que afianzan en la práctica esta posición absolutamente preferente del Tribunal Constitucional cuando se trata de interpretar y aplicar contenidos constitucionales. De un lado, el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que afirma que *“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”*. Por contraste con la eficacia de la jurisprudencia dictada en casación por el Tribunal Supremo, que como ya dijimos no restringe la independencia de los tribunales ordinarios, la doctrina enunciada por el Tribunal Constitucional sí vincula a aquéllos en la interpretación y aplicación que hacen

de los preceptos y principios constitucionales, no pudiendo separarse escudándose en la independencia judicial.

Por otra parte saliendo al paso del diálogo, en ciertos momentos, conflictivo entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, sobre todo en la delimitación del ámbito de la jurisdicción de cada uno de ellos, la LO 6/2007, de 24 de mayo, ha pretendido zanjar el desencuentro dando nueva redacción al artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), según la que:

1. En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia.
2. Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.

III. DIÁLOGO ENTRE Y CON TRIBUNALES SUPRANACIONALES

5. En otro orden de cosas, como ya adelantamos más arriba, la Constitución española abre tres cauces para la incorporación de elementos supranacionales al sistema jurídico español. El artículo 96 CE da por incorporados al ordenamiento jurídico español los tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente. El artículo 93 CE permite la penetración de una sola vez de todo un acervo normativo supranacional, obviamente con la mirada puesta en la integración de España en la entonces llamada Comunidad Económica Europea, lo que implicaba convertir en Derecho interno todo un conjunto de normas creado a lo largo de décadas así como las que fueran adoptadas con posterioridad por los órganos supranacionales competentes. En fin, el art. 10.2 CE* representa la decidida voluntad de España de ajustar la aplicación práctica de los derechos fundamentales y libertades públicas a los estándares fijados en los grandes instrumentos internacionales de derechos humanos.

*"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

El ordenamiento comunitario integrado por el cauce del artículo 93 y el ordenamiento del CEDH que adquiere la relevancia interna prevista en el 10.2 CE tienen previsto a su vez órganos propios de interpretación y aplicación como son el TEDH y lo que ahora se denomina TJUE, de modo que lo que se incorpora al sistema jurídico español no son solo los preceptos sino también la interpretación dinámica que estos tribunales hagan de ellos. De aquí que no basta con que los tribunales españoles apliquen esos ordenamientos jurídicos sino que han de hacerlo según la interpretación auténtica que realizan los citados tribunales, lo que abre un espacio de diálogo que se ha revelado rico y no exento de roces.

Es por ello que una de las características de la vida jurídica actual consiste en el juego de influencias recíprocas que se producen entre: 1) la jurisprudencia de los tribunales superiores de los Estados y de los tribunales internacionales, 2) entre la jurisprudencia de los tribunales nacionales entre sí y, 3) entre la jurisprudencia de los propios tribunales internacionales, que se puede ejemplificar en la creciente influencia entre los dos tribunales europeos: el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas decisiones han adquirido un eco enorme en la configuración jurídica de los derechos fundamentales en el marco de la jurisprudencia comunitaria.

Ocurre que los jueces —cualquiera que sea el orden jurisdiccional en que realizan su labor— no son ajenos a la realidad económica y social que caracteriza las sociedades contemporáneas y a la necesidad de que las decisiones que adoptan en sus respectivas jurisdicciones sirvan efectivamente para dar respuesta a los problemas que plantean los justiciables. Todo ello ha contribuido a la creación de una conciencia de que las decisiones judiciales deben arrojar luz sobre las reglas del juego, y de que esas reglas ya no se forman únicamente a nivel nacional, comunitario o internacional, sino que proceden de diferentes fuentes y ordenamientos.

En consecuencia, las doctrinas judiciales y los parámetros hermenéuticos también se globalizan. A diferencia de los políticos, el interés de los jueces puede estar más cercano al valor de los conceptos y a la calidad de los argumentos jurídicos, elementos todos ellos importantes para la pervivencia de cada uno de los ordenamientos jurídicos. Hallamos un ejemplo de la influencia de la jurisprudencia extranjera en las decisiones del TC español en la Sentencia 2/2003, de 19 de febrero, que aborda el problema de la interdicción de someter a un reo a doble enjuiciamiento penal (*double jeopardy*) y no duda, en el sentido que se acaba de exponer, en invocar la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (FJ 3).

Pero al referirnos al “diálogo entre tribunales” debemos acotar el contenido de nuestras reflexiones, que se ceñirán al diálogo —necesario y obligado— que se establece entre los altos tribunales de los Estados europeos con los tribunales internacionales establecidos por el sistema europeo de protección de los derechos humanos (TEDH) y por la Unión Europea (TJUE). En el caso de España este diálogo viene impuesto desde la Constitución (art. 10.2, 93 y 96 CE) y desde los tratados internacionales que España concluyó para adherirse a ambos sistemas.

Por lo demás, en razón de la naturaleza de uno y otro sistema internacional, el diálogo se realiza de dos formas diferentes. En el sistema judicial comunitario los tribunales internos dialogan con el TJ sobre la interpretación y aplicación de unas mismas normas jurídicas y como operadores de un mismo ordenamiento, dialogan en el mismo procedimiento (el prejudicial) y son ellos mismos los que, formulando la cuestión, actúan como interlocutores. No es así, obviamente, en el sistema judicial europeo de protección de los derechos humanos resultante del CEDH, donde el TEDH y el juez nacional aplican normas distintas, pertenecen a ordenamientos jurídicos diferentes, siendo cada uno de ellos actor de su ordenamiento respectivo. Tampoco existe unidad de procedimiento y el juez interno (quien cometió, en su caso, la vulneración del derecho y quien está llamado a tomar en cuenta la sentencia del Tribunal de Estrasburgo en un asunto futuro) no es interlocutor del TEDH; lo son en todo caso los agentes del Gobierno, a quienes corresponde razonar desde las normas jurídicas nacionales que no se ha producido la alegada violación del Convenio.

La jurisprudencia reciente del TC permite apreciar con claridad cómo este Tribunal participa en el diálogo con los dos Tribunales internacionales señalados.

6. El diálogo TC/TEDH

6.1. Bases jurídicas del diálogo

De acuerdo con el artículo 10.2 CE las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos vigente para España.

Este artículo ha sido ampliamente utilizado por el TC. En virtud del mismo, el TC ha asumido en términos generales la doctrina del TEDH, incorporándola a sus propias decisiones. Pero ¿qué efectos ha producido el juego del art. 10.2 CE cuando el TC considera las sentencias en las que

el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que España ha vulnerado el Convenio de Roma? Dicho de otro modo, ¿está el Tribunal Constitucional vinculado por estas sentencias del TEDH?

Hay argumento, sin duda, que fundamenta la vinculación del TC a la jurisprudencia del TEDH dictada en relación a España. Estos argumentos han sido ofrecidos por el TEDH en su afán por asegurarse que los Estados acaten sus sentencias.

Un primer argumento puede identificarse en la Sentencia del TEDH *Vermeire c. Bélgica*, de 29 de noviembre de 1991, a la que ya se ha hecho referencia. Como se recordará en esta sentencia el TEDH constató que la alegación del Sr. Vermeire tenía su origen en la legislación sobre filiación y sucesiones belga, respecto de la cual ya se había pronunciado en un asunto anterior —Sentencia *Marckx* (13 de junio de 1979)— y en el que concluyó que esa normativa era contraria a los artículos 8 y 14 CEDH. Pues bien, enfrentado de nuevo a esta legislación, el TEDH reprocha a las autoridades legislativas belgas el no haber modificado su legislación y, dirigiéndose directamente a la Cour de Cassation belga, le indica que no debió haber aplicado la normativa vigente en Bélgica, sino la jurisprudencia del TEDH, esto es, la sentencia *Marckx*. Considera el TEDH que los órganos judiciales del Estado no pueden suspender la aplicación del CEDH, tal como ha sido interpretado por él, a la espera de una modificación legislativa. La Cour de Cassation, en fin, debió no haber aplicado la ley que fue declarada contraria a la Convención de Roma en 1979.

E. Lambert ha señalado en relación a esta sentencia: “la doctrina Vermeire ha de entenderse [...] como la sanción a la falta de ejecución inmediata de la sentencia europea de acuerdo con el art. 53 CEDH”, en otras palabras, el reconocimiento del “efecto directo” de sus sentencias por parte del Tribunal de Estrasburgo.

En este mismo orden de cosas ha de citarse el Protocolo núm. 14 al Convenio y las recomendaciones del Comité de Ministros que desarrollan su contenido. Estos textos hacen hincapié en la obligación de los Estados parte de evitar la repetición de actos que están en el origen de una sentencia condenatoria del Tribunal. El Comité de Ministros considera que la primera sentencia del TEDH constatando la violación del derecho del recurrente ha de indicar la causa estructural de tal violación, que esta sentencia (sentencia piloto) se referirá a la misma y señalará como medida general a adoptar por el Estado la adaptación de la legislación estatal al CEDH y que deberá ser particularmente atendida no sólo por las autoridades legislativas del Estado en cuestión, sino también por las autoridades judiciales que

deberán atenderla en la resoluciones de casos similares. Incluso se prevé que el Estado cree recursos efectivos a partir de sentencias piloto que lleguen a ser disponibles retroactivamente para los demandantes que hayan introducido su caso repetitivo ante el TEDH.

En síntesis, pues, el primer argumento consiste en señalar que el TEDH da a sus sentencias un efecto para el Estado afectado que trasciende con mucho la mera resolución del asunto objeto de litigio, de modo que este Estado viene obligado a prevenir futuros incumplimientos del Convenio y, por tanto, a adecuar su normativa a lo establecido por el Tribunal de Estrasburgo y a exigir de sus tribunales que se atengan a esta doctrina.

Paralelamente a lo anterior el TEDH ha destacado el efecto de cosa interpretada de sus sentencias. En un sistema como el europeo el valor de la jurisprudencia posee una gran importancia. Ya se ha dicho que el Tribunal de Estrasburgo concibe la Convención como expresión del orden público europeo en materia de derechos humanos y que éste es identificado por el propio Tribunal. Al margen de las implicaciones que ello comporta para el TEDH, que deberá hacer sentencias ponderadas y que puedan ser compartidas por todos los Estados, lo cierto es que el TEDH ha dicho en diversas ocasiones que su jurisprudencia es parte integrante de la Convención, de modo que el carácter jurídicamente obligatorio de ésta se amplía *erga omnes*, esto es, a todos los Estados parte. De ello se deriva que los Estados contratantes deben no sólo ejecutar las sentencias pronunciadas por el Tribunal en los litigios en los que son parte, sino también tener en cuenta las eventuales incidencias que puedan tener en sus propios sistemas jurídicos las sentencias pronunciadas en otros asuntos. Como se ha estudiado la práctica de los Estados ha ido afortunadamente, en términos generales, en este sentido.

El segundo argumento, en suma, consiste en afirmar el efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH. Si esta afirmación es predicada respecto de Estados que no han sido parte en el asunto que ha dado origen a la sentencia, cuánto más cabrá afirmar este efecto respecto del Estado afectado.

El tercer argumento es aportado por el Tribunal Constitucional y el Gobierno de España y puede resumirse del siguiente modo: España ha reconocido “aplicabilidad inmediata” a las sentencias de Estrasburgo.

El TC ha señalado en su STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8 que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, “la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], no sólo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los precep-

tos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales”, sino que también “resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento”.

Sobre la base de esta jurisprudencia del TEDH, el Gobierno de España ha señalado reiteradamente al Comité de Ministros del Consejo de Europa —órgano encargado de controlar la ejecución de las sentencias del TEDH— que el sistema jurídico español ofrece garantías de no repetición del acto que ha supuesto la vulneración de un derecho del Convenio, pues la jurisprudencia del TEDH es parte integrante del derecho español.

Esta afirmación se completa con la STC 245/1991, FJ 3, de 16 de diciembre, en la que el Tribunal Constitucional ha razonado sobre el fundamento jurídico de la vinculación de las sentencias del TEDH que declaran la violación por parte de España del Convenio de Roma. Según señaló el TC en esta Sentencia, este fundamento es triple: 1º) porque los poderes públicos no pueden permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio, 2º) porque el Convenio forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la CE y 3º) sobre todo, por mandato del art. 10.2 CE. En concordancia con lo anterior el Comité de Ministros del Consejo de Europa se ha referido al efecto directo de las sentencias del TEDH.

A tenor de lo anterior puede concluirse, pues, que desde el plano teórico no faltan razones para fundamentar la vinculación del TC a las sentencias del TEDH declarativas de que España ha vulnerado un determinado derecho de la CEDH.

A los argumentos señalados puede añadirse otro: la práctica del TC. Ahora bien, el examen de la práctica permitirá advertir, por una parte, que existen límites a esta recepción y, por otra, que no siempre el acatamiento de las SSTEDH por el TC ha sido inmediato y pleno. Ambos elementos son expresión de que nos hallamos en el marco de un diálogo entre tribunales pertenecientes a dos ordenamientos jurídicos que interseccionan, y no entre dos tribunales pertenecientes a un solo ordenamiento entre los que se establece una relación de jerarquía.

6.2. El diálogo TC/TEDH sobre el concepto de “dilaciones indebidas”

La jurisprudencia del TEDH y del TC sobre dilaciones indebidas muestra cómo el TC ha sido plenamente receptivo a la doctrina del TEDH configurando, a partir de los criterios establecidos por éste, su propia jurisprudencia.

Así, en su jurisprudencia sobre el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas el TEDH ha establecido unos criterios a tener en cuenta para apreciar el grado de razonabilidad de las dilaciones. A través de estos criterios el Tribunal procura concretar para cada caso el concepto indeterminado de “plazo razonable” utilizado en el Art. 6.1 CEDH. Estos criterios son: 1) la complejidad del litigio, 2) la conducta de los litigantes, 3) la conducta de las autoridades competentes, 4) las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para las partes. El TC ha recogido y empleado estos criterios con mención expresa de su formación por parte del TEDH. Así se aprecia en la STC 5/1985, de 23 de enero, FJ 6, o en la más reciente STC 177/2004, de 18 de octubre, FJ 10.

Otro elemento característico de la jurisprudencia de Estrasburgo en relación con el derecho a un juicio justo en un plazo razonable ha consistido en afirmar que la situación de atasco de los juzgados no justifica la excesiva duración de un proceso, como tampoco lo justifican las deficiencias estructurales u organizativas de los Juzgados y Tribunales de un Estado. Esta afirmación se recoge en el párrafo 40 de la Sentencia *Unión Alimentaria Sanders c. España*, y es la respuesta del TEDH a las alegaciones del Gobierno español de que la transición a la democracia comportó dificultades en la situación política y nuevas necesidades en la reforma de la Justicia, circunstancias ambas que propiciaron la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 28 de diciembre de 1988, que implicaba una reestructuración completa de la Administración de Justicia, como consecuencia del gran atasco judicial. La jurisprudencia del TC ha hecho suya la anterior afirmación del Tribunal de Estrasburgo (STC 195/1997, de 12 de diciembre, FJ 3).

Por fin, la jurisprudencia del TEDH afirma que los efectos de determinar el período de duración del proceso es preciso considerar desde el momento de su inicio hasta su conclusión por la última instancia judicial que se ha pronunciado, incluido, de ser el caso, el Tribunal Constitucional. Este elemento quedó determinado en la Sentencia *Deumeland c. Alemania*, de 26 de mayo de 1986 (párrafo 77), y ha sido causa de la condena a España en tres ocasiones.

En efecto, la señalada doctrina fue aplicada en relación a España por primera vez en el asunto *Ruiz Mateos* (Sentencia de 23 de junio de 2003) y ha tenido continuidad en los restantes asuntos en los que el TEDH ha condenado a España por dilaciones indebidas, en concreto, en las SSTEDH *González Doria Durán de Quiroga*, *López Solé* y *Martín de Vargas*, ambas de 28 de enero de 2004; *Quiles González* (27 de julio de 2004) y *Alberto Sánchez* (16 de febrero de 2005). Se da la circunstancia de que, en los asuntos *Díaz Aparicio*

(Sentencia de 14 de octubre de 2001) y *Soto Sánchez* (25 de noviembre de 2003) la dilación se produjo en el proceso seguido ante el propio Tribunal Constitucional. De todos modos, ha de indicarse que mientras en el primer caso el TEDH tomó en consideración todo el procedimiento para concluir que las dilaciones se produjeron en el procedimiento constitucional, en el segundo el examen del Tribunal de Estrasburgo se refiere sólo al proceso constitucional —que se dilató un total de 5 años, 18 meses y 18 días—, pues así se solicitaba en la demanda.

Debe añadirse que con el tiempo el TC ha incorporado un nuevo elemento para poder considerar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Así, en sus SSTC 231/1999, de 8 de marzo, FFJJ 2 y 3 y 103/2000, de 10 de abril, FJ 3, el TC ha dicho que, para que pueda alegarse en amparo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, “es requisito necesario que, con carácter previo, se hayan denunciado las dilaciones ante el órgano judicial; exigencia que, como tantas veces hemos afirmado, no es un mero requisito formal, sino que tiene como finalidad permitir a los órganos judiciales que puedan remediar las dilaciones y, de este modo, salvaguardar el carácter subsidiario del recurso de amparo”. Y, a continuación, ha añadido: “por esta razón, para que se entienda cumplido este requisito procesal no basta con denunciar las dilaciones ante el Juez o Tribunal que las haya causado, sino que además es preciso otorgar a los órganos judiciales un plazo razonable para que puedan reparar la lesión del derecho fundamental ante ellos invocada. De este modo, cuando los órganos judiciales realicen la actividad procesal exigida por la parte en un plazo de tiempo razonable o prudencial, la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones habrá sido reparada ya por el propio órgano judicial, careciendo de objeto el recurso de amparo constitucional”.

En atención al anterior razonamiento la STC 103/2000, FJ 3, desestimó la demanda de amparo interpuesta por una sociedad que denunció las dilaciones ante la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 1 de febrero de 1999, y por providencia de 15 de abril de ese mismo año la Sala ordenó que se procediera al señalamiento. Por providencia de 3 de junio se señaló el día 1 del mes siguiente para la deliberación y fallo, recayendo la Sentencia una semana después (8 de julio). El TEDH no se ha pronunciado todavía sobre este requisito, sobre cuya contradicción con el CEDH se pronunció en un Voto Particular discrepante a esta Sentencia (STC 103/2000, que hace extensivo a la STC 231/1999) el Magistrado Rafael de Mendizábal.

Las recientes SSTC sobre las dilaciones indebidas en el procedimiento contencioso administrativo —sentencias que resuelven demandas de am-

paro formuladas fundamentalmente por demandantes extranjeros— ponen de manifiesto cuanto afirmamos.

STC 93/2008, de 21 de julio. En un procedimiento contencioso contra la resolución de la Administración que deniega el permiso de residencia y de trabajo, el Juzgado de lo Contenciosos-administrativo núm. 1 de Málaga señala la vista del procedimiento para el 23 de octubre de 2008, 17 meses después de la presentación del recurso (6 de abril de 2006). Contra tal resolución se interpuso recurso de súplica que fue resuelta por Auto de 12 de julio de 2006. Este Auto dio cumplida respuesta a las alegaciones del recurrente:

“En lo que va de año han entrado 750 asuntos cuando el módulo anual es de 600, sin contar la bolsa de pendencia provocada por la superación desmesurada de los módulos en las anualidades anteriores más la avalancha provocada por incidentes de extensión de efectos que llegaron en el año 2005 a registrar el número de 845 más los otros incidentes ya descritos y cuyo número llega al asombro [...] Es por ello que en aras de evitar ya que no se llega a dar cumplimiento a una tutela judicial efectiva sin dilaciones a por lo menos cumplir otros principios y derechos como el de igualdad que sólo se puede conseguir llevando este orden y expuesto lo anterior y sin que la Ley dé prioridad a este tipo de procedimiento ni siquiera por la materia es por lo que procede desestimar el recurso de súplica interpuesto por la parte recurrente y continuar con el señalamiento en la fecha en la que se acordó”.

Se interpuso recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). La STC comienza recordando su jurisprudencia sobre este particular (elaborada a partir de la doctrina TEDH) y señala que siendo la noción de “dilaciones indebidas” un concepto jurídico indeterminado, es preciso examinar el caso concreto a partir de ciertos criterios: complejidad del asunto, márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, interés que arriesga el demandante de amparo, conducta procesal del mismo, conducta de las autoridades. En el presente caso, las dilaciones indebidas son consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales, o del abrumador trabajo que pesa sobre algunos de ellos, lo que “si bien pudiera eximir de responsabilidad a las personas que los integran, de ningún modo altera la conclusión del carácter injustificado del retraso ni limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a éste”. Todo ello conduce al TC a estimar el amparo, atendiendo especialmente la cuestión de fondo planteada: la autorización de residencia y trabajo.

La STC 94/2008, aprobada el mismo día que la anterior, se refería a una denegación de entrada en el territorio español para hacer turismo. El TC, tras reiterar la doctrina establecida en la STC, denegó el amparo solicitado. En opinión del Tribunal, “no se advierte que el interés que arriesga el re-

currente en el litigio, meramente económico, pueda calificarse como esencial para sus derechos o intereses legítimos, por lo que ningún perjuicio irreparable puede sufrir por el mero trascurso del tiempo, no cabe apreciar que la demora en la celebración de la vista haya vulnerado el derecho del recurrente a no padecer dilaciones indebidas en el proceso”.

Esta línea de argumentación se advierte en las SSTC 141/2010 (Ponente E. Gay) y 142/2010 (Ponente E. Pérez), ambas de 21 de diciembre, referidas respectivamente a un procedimiento de expulsión y a un supuesto de denegación de asilo. En ambos casos, el TC concedió el amparo sobre la base del criterio “interés que arriesga el recurrente”; un criterio que, como se ha expuesto, ha incorporado a su jurisprudencia a partir de la doctrina del TEDH.

6.3. El diálogo TC/TEDH sobre el ruido como parte del derecho a la vida privada y familiar

Esta cuestión se plantea abiertamente al examinar la posición adoptada por el TC frente a las sentencias *López Ostra*, de 23 de noviembre de 1994, y *Moreno Gómez*, de 16 de noviembre de 2004. En estas sentencias se condena a España por violación del derecho a la vida privada de los recurrentes. Esta vulneración del art. 8 CEDH obedece a que el derecho español no garantiza la inviolabilidad del domicilio frente a los daños medioambientales graves; un derecho este último que la CE concibe como expresión del derecho a la intimidad y que se refiere a la defensa fundamentalmente frente a intromisiones físicas en el domicilio personal. Como ha indicado F. Velasco difícilmente puede conciliarse esta concepción con la Sentencia *López Ostra*, por medio de la cual el TEDH “ha creado (a partir del art. 8.1 CEDH) un ‘derecho general de libertad’ sobre un espacio determinado (el domicilio)”.

La doctrina del TEDH es, en síntesis, la siguiente: 1) Hay ocasiones en las que determinados daños al medioambiente especialmente graves pueden hacer inviable la vida de los particulares en su domicilio. Tal es el caso del ruido en las cercanías de los grandes aeropuertos o de las emanaciones de olores y humos provocadas por una planta depuradora en una vivienda situada a escasos metros de la misma. 2) Ha de haber una relación de causalidad entre el ruido, los olores, los humos, etcétera y los daños que éstos provocan sobre los recurrentes. En principio la carga de la prueba de esta relación y de su gravedad recae sobre los afectados. 3) Esta prueba ha de demostrar también que las autoridades públicas no han cumplido

con los deberes que les son exigibles para evitar o disminuir tales daños al medioambiente y de proteger a los afectados.

En su demanda la Sra. G. López Ostra se queja de la inactividad del Ayuntamiento de Lorca ante los daños causados sobre su salud y la de su familia, así como sobre la vida privada y familiar en el interior de su domicilio provocados por la estación depuradora instalada a escasos metros de su domicilio. Tras examinar su queja, el TEDH concluye que ni el Ayuntamiento de Lorca cumplió con los deberes que le eran exigidos ni las autoridades estatales adoptaron las medidas necesarias para proteger el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar. Para el Tribunal de Estrasburgo el Ayuntamiento no sólo no adoptó ninguna medida después del 9 de septiembre de 1988, fecha de aprobación de la correspondiente Sentencia por el TSJ de Murcia, sino que trató de contrarrestar las decisiones judiciales que podrían exigirle una tal acción. Adicionalmente, el TEDH señala que los otros órganos del Estado contribuyeron a prolongar la situación al no ejecutar el cierre decretado por el Juez de Instrucción de Lorca el 15 de noviembre de 1991 en el curso del procedimiento por delito ecológico. Por último, el TEDH entiende que el hecho de que el Ayuntamiento asumiera los gastos de un apartamento en el centro de Lorca ocupado por la familia de la demandante durante 1 año, no puede ocultar que los interesados han debido sufrir durante más de 3 años los daños provocados por la depuradora objeto de marras (párrafos 56-57). Por tanto, el TEDH concluye que no se ha sabido encontrar el justo equilibrio entre el interés del bienestar económico del Ayuntamiento de Lorca y el disfrute efectivo por parte de la Sra. López Ostra del derecho al respecto de su domicilio y de su vida privada y familiar.

La incorporación de esta doctrina en la jurisprudencia del TC se ha producido mediante dos sentencias, que han asumido sus contenidos progresivamente. La primera de estas sentencias —STC 199/1996, de 3 de diciembre— tiene su origen en la querrela interpuesta por un grupo de vecinos de Sobrado-Meicende-Arteixo con motivo de las obras de ampliación de la refinería de Repsol Petróleo en la zona de Bens. En esta sentencia el TC no entró a juzgar si había habido vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio o a la intimidad. En la demanda de amparo —centrada en el archivo de una denuncia por delito ecológico— sólo se alegaba la vulneración de los arts. 24.1 y 24.2. CE.

Sin embargo, la STC incluye un *obiter dictum* muy importante. En este *obiter* el TC: señala que la importancia del derecho al medio ambiente ha sido puesta de relieve por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia López Ostra (FJ 2); expone los avances legislativos habidos en

España en la materia (FJ 3); recuerda que como tal, el derecho al medio ambiente se presenta en España como un principio rector, no como un derecho fundamental; indica que este principio rector exige la aprobación de normas que establezcan medidas preventivas y correctoras de carácter administrativo; por último, el TC recuerda que en ninguna fase del procedimiento los demandantes han atacado la inactividad de la Administración (FJ 4).

En definitiva, la STC atiende la jurisprudencia del TEDH, acepta su doctrina básica (en determinados casos de especial gravedad los daños ambientales pueden llegar a vulnerar el derecho de una persona a su vida personal y familiar del art. 8 CEDH), y la línea argumental que llevó al Tribunal de Estrasburgo a entender que en aquella ocasión se produjo la vulneración del mencionado derecho

La recepción de la doctrina de Estrasburgo, por fin, se ha producido a través de la STC 119/2001. El origen de esta sentencia fue la solicitud formulada por la Sra. Moreno Gómez al Ayuntamiento de Valencia de que le fuera abonada una determinada cantidad en concepto de indemnización por vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud, intimidad e inviolabilidad del domicilio. La mencionada solicitud de indemnización se fundamentaba en la elevada contaminación acústica que venía padeciendo en su domicilio, situado en una zona donde había multitud de establecimientos molestos.

Al examinar la STC 119/2001 conviene hacer notar, en primer lugar, la posición del Ministerio Fiscal. El Fiscal ante el TC abogó por ampliar el concepto constitucional de domicilio. Sobre la base de la sentencia *López Ostra*, el Fiscal indicó que la inviolabilidad del domicilio podría quedar afectada si el medioambiente circundante hace imposible la vida en su interior.

Esta posición es, según mi parecer, aceptada por el TC, en cuya Sentencia pueden seguirse los 5 pronunciamientos siguientes: 1) En el FJ 5 el TC recoge su doctrina sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, uno de cuyos elementos fundamentales es la noción de domicilio inviolable, que desarrolla. 2) Todavía en este FJ 5 reconoce que las nuevas realidades de la sociedad tecnológica imponen una revisión de esta doctrina para hacer que estos derechos resulten reales y efectivos. Y señala que el TEDH ya lo ha hecho así. 3) A continuación —en el FJ 6— remite al art. 10.2 CE y destaca que, con base en el mismo, el TC se ha hecho eco de esta doctrina, con cita expresa de la STC 199/1996, a cuyo *obiter* se ha hecho referencia previamente. 4) El Tribunal procede acto seguido a realizar una interpreta-

ción del art. 18 CE conforme con la jurisprudencia del TEDH. En este sentido afirma que “una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida” (FJ 6). 5) Por último, en el FJ 7, el TC aplica la doctrina anterior al presente asunto. Al hacerlo razona a partir de los parámetros en los que lo hizo el TEDH y deduce que, ante la falta de pruebas, no procede otorgar el amparo.

La Sra. Moreno Gómez recurrió ante el Tribunal de Estrasburgo, lo que dio origen a la STEDH de noviembre de 2004. Ante la alegación del Gobierno de que la demandante no había probado la intensidad de los ruidos en el interior de su domicilio, el TEDH responde: “La exigencia de esta prueba, en este caso, resulta muy formalista dado que las autoridades municipales habían ya calificado la zona donde vive la demandante como «Zona Acústicamente Saturada», esto es, una zona que sufre un impacto sonoro elevado que constituye una fuente de agresión importante para sus habitantes (ordenanza municipal de 28 de junio de 1986)”.

Tomando en cuenta la intensidad de las molestias sonoras, más allá de los niveles autorizados y durante la noche, y el hecho de que estas molestias se repiten durante años, el TEDH concluye que ha habido un atentado a los derechos protegidos en el art. 8 CEDH. Reconoce que la Administración municipal ha adoptado medidas, en principio adecuadas, pero añade que durante el período afectado, la administración ha tolerado el incumplimiento reiterado de su reglamentación. Los hechos muestran —concluye— que la demandante ha sufrido “un grave atentado a su derecho al respeto del domicilio en razón de la pasividad de la administración ante la juerga nocturna”.

Este proceso de incorporación progresiva de la doctrina de Estrasburgo sobre el daño ambiental y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio ha de completarse todavía. En 2003 don Miguel Cuenca, vecino de la plaza donde vive la Sra. Moreno Gómez, formuló demanda de amparo ante el TC. Esta demanda fue inadmitida por una providencia dictada en octubre de 2004. Pero, dándose la circunstancia de que días después el TEDH hubo dictado su sentencia *Moreno Gómez*, el Fiscal ante el TC interpuso recurso de súplica contra la citada providencia. Por ATC 37/2005 se acordó estimar el recurso de súplica y dejar sin efecto la providencia recurrida, en él se afirma que la STEDH justifica plenamente la reconsidera-

ción del recurso de amparo. El TC ha dictado Sentencia sobre este asunto el 29 de septiembre de este año (STC 150/2011), denegando el amparo porque “no se ha acreditado una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales aludidos imputable al Ayuntamiento de Valencia”; este aspecto le permite concluir que la STEDH Moreno Gómez, pese a las similitudes entre ambos asuntos, no resulta aplicable al caso.

La citada STC 150/2011 es un buen ejemplo de la actual situación del diálogo TC-TEDH. Como acabamos de exponer, el TEDH, apoyándose en el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 8.1 CEDH, ha configurado como derecho fundamental el de no sufrir inmisiones (olores, ruido etc.) en el propio domicilio de tal intensidad que impidan el desarrollo en su interior de una vida privada normal. También hemos reseñado que, a pesar que la Constitución española no reconoce un derecho fundamental similar, limitándose a consagrar el derecho a la intimidad personal y familiar (18.1 CE) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (18.2 CE), el Tribunal Constitucional, interpretando esos preceptos a la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo que tiene el papel que le otorga el artículo 10.2 CE, viene reconociendo aquel derecho a la vida privada familiar.

Esta posición, que parte de la incorporación de la doctrina TEDH al ordenamiento español, es la que sostiene la mayoría y los tres votos particulares discrepantes en la STC 150/2011, de 26 de octubre de 2011 formulados por los Magistrados Gay Montalvo, Pérez Vera y Ortega Álvarez. Estos tres últimos, además, entendieron que la aplicación de esa doctrina debía conducir al otorgamiento del amparo. Ahora bien, la citada posición no está exenta de voces contrarias como destaca el Voto Particular concurrente firmado por el Magistrado Manuel Aragón Reyes, que pretende un entendimiento más limitado de la previsión del artículo 10.2 CE. Dice en el fundamento jurídico segundo:

“Ahora bien, que el ‘derecho frente al ruido’ ex art. 8.1 CEDH, definido por la dimensión positiva de la vida privada, sea un derecho subjetivo aplicable por los Jueces y Tribunales de Justicia españoles de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 CE no significa en modo alguno que, además, sea en España un derecho fundamental, en el sentido constitucional del término, tutelable en amparo por el Tribunal Constitucional, como se pretende en la Sentencia de cuya fundamentación discrepo, aplicando la errónea doctrina sentada por la STC 119/2001 (reiterada por la STC 16/2004), que parte de una interpretación insostenible, a mi juicio, de la previsión contenida en el art. 10.2 CE.

En efecto, hay que recordar que el art. 10.2 CE no es una cláusula aditiva que permita, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con un derecho recogido en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales ampliar el listado de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española o mutar la na-

turalidad de los mismos, sino una norma interpretativa que únicamente impone que los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución (y en concreto esos derechos y libertades, no otros distintos) se interpreten de conformidad con lo establecido en los Tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España (entre ellos, por tanto, el CEDH). Dicho de otro modo, el art. 10.2 CE no permite incorporar nuevos derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución, ni alterar la naturaleza de los reconocidos expresamente en la misma ampliando artificialmente su contenido o alcance, ni, por tanto, extender la tutela mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional a otros derechos y libertades que los señalados en el art. 53.2 CE.

En suma, en España no existen otros derechos fundamentales que los expresamente garantizados por nuestra Constitución (a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos donde, por contener la propia Constitución una cláusula general de apertura a otros posibles ‘derechos de la persona’ además de los constitucionalmente concretados, aquellos derechos pueden ser incorporados por decisiones jurisprudenciales”).

7. El diálogo TC/TJUE

7.1. El TC ha atendido la CDFUE con base en el art. 10.2 CE

Por otra parte, los altos tribunales españoles ya habían recurrido a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como fuente interpretativa de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (en cumplimiento del mandato del art. 10.2 CE). La primera ocasión en la que el TC recurrió a la CDFUE para interpretar una norma de Derecho español sobre protección de derechos fundamentales fue en 2000, el mismo año en que se aprobó la Carta, y el TC se remitió al artículo 8 (protección de los datos personales) y a la Directiva 95/46 sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y libre circulación de estos datos. Mediante el recurso a estos y otros instrumentos internacionales, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, precisó el significado y el contenido del derecho a la protección de datos personales, reconocido en el art. 18.4 de la Constitución española.

Con posterioridad el TC se ha referido a los siguientes artículos de la CDFUE: 18 y 19 (derecho de asilo y derecho a no ser expulsado, extraditado o devuelto a un Estado donde haya grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes) (STC 53/2002, de 27 de febrero), 21.1 —“que contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación”— (SSTC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 176/2008, de 22 de diciembre), 23 —que consagra la igualdad

entre hombres y mujeres— (STC 273/2005, de 27 de octubre de 2005, FJ 6), y 24.1 —derechos del menor— [SSTC 138/2005, de 25 de mayo (FJ 4), 183/2008, de 22 de diciembre (FJ 3) y 17/2006, de 30 de enero (FJ 5)]. El FJ 3 de la STC 183/2008. Por su parte, el Tribunal Supremo ha invocado los artículos 3 —derecho a la integridad de la persona—, 8 —protección de datos personales—, 9 —derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia—, 11 —libertad de expresión y de información—, 17 —derecho a la propiedad—, 23 —igualdad entre hombres y mujeres—, 41 —derecho a una buena administración—, 45 —libertad de circulación y residencia—... [entre otras, en las SSTS de 11 de mayo de 2001 (Sala 1ª), 31 de marzo de 2004 (Sala 3ª), 29 de marzo de 2004 (Sala 3ª), 9 de febrero de 2003 (Sala 3ª), 5 de diciembre de 2002 (Sala 3ª), 8 de febrero de 2001 (Sala 1ª)].

Y esta recepción responde a una doctrina sobre el alcance del art. 10.2 CE muy consolidada, uno de cuyos elementos principales consiste en afirmar que procede realizar una lectura material —no formal— de los tratados aludidos en la disposición constitucional, que permita recurrir con efectos interpretativos no sólo a tratados internacionales de protección de los derechos humanos ratificados por España sino también a otros textos, como la jurisprudencia emanada de los órganos de control por ellos establecidos u otros textos o documentos producidos en el seno de las Organizaciones internacionales de las que España es miembro; recomendaciones de la OIT, resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas; resoluciones y recomendaciones de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa; principios y normas de Derecho comunitario europeo; etcétera.

Ahora bien, el cauce de diálogo entre tribunales expresamente establecido en el ordenamiento jurídico de la UE es la cuestión prejudicial. El TC no había participado en este diálogo directo con el TJUE (a diferencia, por ejemplo, del TS) por cuanto hasta fechas recientes mantenía la doctrina de que el Derecho comunitario europeo no resultaba de su incumbencia.

7.2. La posición del Tribunal Constitucional ante el Derecho Comunitario Europeo (DCE)

La jurisprudencia del TC relativa al Derecho comunitario europeo (DCE) presenta dos elementos principales: 1) la caracterización del artículo 93 CE como una norma puramente orgánico-procedimental, y 2) la inhibición del TC a la hora de garantizar la correcta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos del Estado.

Esta posición del TC frente al Derecho comunitario europeo, aunque criticada, no está exenta de coherencia por atender a los principios que la sustentan, siendo ésta la perspectiva que se adopta en este trabajo. Para examinarla quizá resulte útil distinguir cuatro fases o elementos.

A) De entrada, el TC, con cita expresa de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) *Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964, caracteriza el DCE como un “ordenamiento jurídico propio”, autónomo, formado por los tratados originarios (los constitutivos de las Comunidades Europeas) y los actos adoptados por las instituciones comunitarias, cuyas disposiciones obligan al Estado español y en él son aplicables (STC 28/91, de 14 de febrero de 1991, FJ 4).

A continuación, el TC sitúa el fundamento de la obligatoriedad del DCE en la ratificación del Tratado de adhesión de España a las Comunidades Europeas y de las posteriores modificaciones de los Tratados constitutivos. Efectivamente, mediante el acto de ratificación de estos tratados queda expresada la soberanía estatal.

Este planteamiento inicial ha llevado al TC a establecer una primera afirmación que ha marcado su jurisprudencia. Dado que el procedimiento para la celebración de los Tratados indicados está regulado en el artículo 93 CE, éste se convierte en fuente de validez formal de los mismos; desde esta perspectiva, el TC ha caracterizado el citado artículo como un precepto meramente procedimental (STC 28/1991, FJ 4; Declaración 1/1992, FJ 4), específico para la adhesión a un tratado que atribuye el ejercicio de competencias soberanas a una Organización internacional con capacidad normativa y la aplicación de cuyo derecho recae sobre los órganos judiciales y la administración españoles.

B) La CE, por otra parte, prevé mecanismos para asegurar que los tratados que integran el DCE originario respeten y se conformen a sus principios y normas. Estos controles están en manos del Tribunal Constitucional y, como en el caso del recurso previo de constitucionalidad (art. 95.2 CE), han sido debidamente utilizados o no se descarta su eventual utilización (recurso de inconstitucionalidad —asunto 28/1991—; cuestión de constitucionalidad).

Es por ello que una eventual contradicción entre el DCE originario y el derecho español no ha de escapar al control del TC, que podrá ejercer incluso un examen material de su contenido. Pero estos mecanismos de control se refieren exclusivamente al DCE originario, en la medida que, como señala el art. 96.1 CE, una vez válidamente celebrados y publicados

oficialmente en España, los tratados que lo integran forman parte del ordenamiento jurídico español.

Esta misma perspectiva de enfoque (que proviene de una interpretación literal de los artículos correspondientes de la CE y de la LOTC) permite comprender las dificultades del TC para hacer frente al DCE derivado, que, al estar adoptado por instituciones y fuentes que no son propias del derecho español, no puede ser contrastado con la CE a los efectos de examinar su validez ni puede su nulidad ser declarada por el TC; ésta sólo puede decretarse por las instituciones comunitarias (TJCE) y en aplicación del DCE.

Ni siquiera el último inciso del art. 93 CE —que prevé que las Cortes Generales o el Gobierno garanticen el cumplimiento del Tratado de adhesión y del DCE— dota de rango constitucional a la eventual disconformidad en que pueda incurrir la legislación nacional —estatal y autonómica— respecto del DCE derivado, ya que “este precepto determina simplemente los órganos estatales a los que, según el tipo de actividad que demanda la puesta en práctica de las decisiones comunitarias, se encomienda la garantía del cumplimiento de la legislación comunitaria europea” (STC 28/1991, FJ 4).

C) De lo anterior el TC ha deducido que la tarea de garantizar la correcta aplicación del DCE por los poderes públicos corresponde al TJCE y a la jurisdicción ordinaria en una función que, en lo que se refiere a los tribunales españoles, ha considerado como un mero problema de selección de la norma aplicable al caso concreto. Para alcanzar esta conclusión el TC parte de nuevo de las disposiciones relativas al control de los tratados internacionales. La citada STC 28/1991 refleja bien este planteamiento:

“Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14, in fine), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (FJ 5)”.

D) Se comprende así que el TC haya concluido que la correcta garantía de la aplicación del DCE por los poderes públicos está excluida de los procesos constitucionales. Así lo afirmó para los conflictos positivos de competencias: los únicos motivos que cabe hacer valer en los mismos son los

relativos a la vulneración de las reglas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias (STC 122/89, de 6 de julio), en ningún caso las normas de DCE derivado que inciden sobre la mencionada distribución competencial.

Pero esta exclusión ha sido afirmada también respecto de los recursos de amparo, dando origen a una errática jurisprudencia que ha tenido como consecuencia la indefensión de los particulares en el caso de una incorrecta o arbitraria aplicación del DC por parte de los jueces nacionales. Como es bien conocido el TC ha afirmado reiteradamente que los actos de las instituciones de la Comunidad no son susceptibles de ser recurridos en amparo.

La primera ocasión en que así lo hizo fue su STC 64/1991, de 22 de marzo. El origen de esta Sentencia se halla en el recurso de amparo interpuesto por la Asociación Profesional de Empresarios de Pesca Comunitarios (APESCO) contra el Acuerdo de la Secretaría General de Pesca, de 26 de agosto de 1986, por el que se aprobó el proyecto de lista periódica de buques autorizados a faenar en los caladeros de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste para el mes de septiembre de 1986, y contra las Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 1987 y de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988, que confirman el señalado proyecto.

En la demanda de amparo se reprochaba a tales resoluciones judiciales la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) así como la lesión de la tutela judicial efectiva a que tienen derecho los recurrentes (art. 24.1 CE). La denuncia de discriminación —sobre la que ahora interesa centrarse— no se formulaba de modo autónomo, pues lo que se censuraba a las resoluciones judiciales era simplemente la confirmación de la originaria desigualdad creada por la Orden de 12 de junio de 1981 y por los actos de aplicación impugnados. La respuesta del TC consistió en afirmar que

“no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo. Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso por incumplimiento (art. 170 TCEE). La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales [F] 4”.

Al razonar su decisión el TC vuelve, como hiciera en la STC 28/1991, a referirse únicamente al Tratado de adhesión y a examinarlo a la luz de las

disposiciones constitucionales relativas a los tratados internacionales, en este caso, el art. 10.2 CE. Por otra parte, el TC fundamentó su resolución en su anterior STC 28/1991, extendiendo a todos los procedimientos constitucionales aquello que (acertadamente) había señalado en un supuesto de recurso de inconstitucionalidad.

Esta generalización de su doctrina de “no incumbencia” ante el DCE derivado quedó definitivamente asentada en su STC 111/93, de 25 de marzo. La demanda de amparo fue en esta ocasión interpuesta por don Ángel Gonzalo Gonzalo, miembro de la autodenominada Asociación Profesional de Gestores Intermediarios en Promociones de Edificaciones (G.I.P.E.). El demandante venía ejerciendo profesionalmente la actividad de intermediario inmobiliario, sin estar en posesión del título oficial de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, cuando, a consecuencia de una denuncia presentada por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Alicante, fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de esa ciudad, como autor de un delito de intrusismo del art. 321.1 del Código Penal. La representación del recurrente consideraba que las Sentencias recurridas vulneraron su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E., por haberse negado tanto el órgano judicial de instancia como el de apelación a plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 177 del TCEE, una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad del Real Decreto 1.464/1988, de 2 de diciembre, en el que se atribuye la exclusividad de las actividades en el sector inmobiliario a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y a los Administradores de Fincas, con lo dispuesto en el art. 3 de la Directiva del Consejo 67/43/CEE de 12 de enero, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios.

En su respuesta el TC apreció que no había producido la denunciada vulneración del art. 24.1 CE por cuanto el Juez estimó, en una decisión motivada, que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse a la Directiva 67/43 CEE ni sobre su falta de aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio (FJ 2). Y a esta afirmación añadió —en línea con la doctrina establecida en sus dos sentencias anteriores— que “el art. 177 del TCEE alegado por el recurrente pertenece al ámbito del Derecho comunitario europeo y no constituye, por sí mismo, canon de constitucionalidad (FJ 2)”.

En definitiva, el TC ha tratado los conflictos surgidos a raíz de la aplicación del DCE derivado a partir de las disposiciones constitucionales relativas al control constitucional de los tratados; disposiciones que le han

llevado a considerar el DCE como contenido de un tratado internacional y a aplicar la lógica del control constitucional de un tratado internacional también al DCE derivado. Por lo demás, esta interpretación la ha hecho extensiva a todos los recursos constitucionales, otorgándole así un alcance general, que, al aplicarse al recurso de amparo, ha determinado que el TC manifestara no sentirse compelido a intervenir ni cuando el amparo se solicita por la violación de un derecho fundamental provocado por un acto de los poderes públicos que se presume contrario al DCE ni tampoco cuando la vulneración de los derechos fundamentales es resultado de la no interposición de una cuestión prejudicial por los órganos judiciales españoles.

7.3. Dos resoluciones que permitirían fundamentar un cambio de doctrina

En el año 2004 el Tribunal Constitucional ha adoptado dos importantes resoluciones en materia de Derecho comunitario europeo. Se trata de su Sentencia 58/2004, de 19 de abril, y de la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre (*BOE* de 4 de enero de 2005). Ambas resoluciones introducen modificaciones en los dos elementos más característicos de su jurisprudencia relativa al Derecho comunitario europeo.

Así, la Declaración sobre el Tratado por el que establece una Constitución para Europa introduce un cambio significativo, un auténtico “giro jurisprudencial” respecto de la tradicional caracterización del artículo 93 CE como una norma puramente orgánico-procedimental. Tal caracterización, según se reconoce en el FJ 2º de la Declaración, se situaba “en unas coordenadas precisas”, en relación a las cuales debe interpretarse, distintas en cualquier caso al marco en el que ahora ha de situarse el Tribunal.

Éste viene determinado por la cuestión formulada por parte del Gobierno, que requirió al Tribunal a pronunciarse sobre la suficiencia del art. 93 CE para dar cauce a la integración del Tratado en el ordenamiento interno. Desde esta perspectiva —señala el Tribunal— el art. 93 posee “una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar”:

“el art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias” (FJ 2º).

Al realizar esta afirmación, el TC está reconociendo por vez primera que “la atribución del ejercicio de competencias configura un auténtica categoría constitucional material, la integración supranacional”, aproximándose así a la concepción de la doctrina sobre el mismo. Más importante, el TC deduce de esta configuración del precepto ciertas consecuencias. La primera, en línea con lo que había señalado en la Declaración 1/1992, sobre el Tratado de la Unión Europea, consiste en afirmar que el art. 93 CE “no incorpora un cauce revisorio equiparable a los procedimientos de reforma constitucional regulados en el Título X de la CE”; la segunda, que le aproxima a la teoría elaborada por los Tribunales constitucionales italiano y alemán, consistente en reconocer que el propio art. 93 CE impone a la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio que él mismo posibilita tiene unos límites materiales —“inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional”— que no aparecen expresamente recogidos en este precepto constitucional pero que el Tribunal especifica:

“el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)” (FJ 2).

Como tercera consecuencia el Tribunal Constitucional se reconoce autorizado para, en última instancia y a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, “abordar los problemas que se suscitaran [...] en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este derecho con la Constitución española” (FJ 4).

La segunda decisión del TC del año 2004 que debe examinarse es la Sentencia 58/2004, de 19 de abril (*BOE* de 18 de mayo), pronunciada por la Sala Segunda en procedimiento de amparo.

El recurso de amparo fue promovido por la Generalitat de Cataluña contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 5 de octubre de 1999, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Manuel Martínez Calderón, titular de una empresa operadora de máquinas recreativas tipo B, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña de 14 de junio

de 1995, sobre autoliquidaciones en concepto de tasa fiscal sobre el juego y recargo autonómico.

El recurrente en amparo considera que la sentencia del TSJ de Cataluña vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por cuanto no resuelve los problemas planteados *secundum legem*, pues no se atiende al sistema de fuentes, de modo que no es, en realidad, una resolución fundada en Derecho, sino que, basándose en una fundamentación incongruente, errónea, arbitraria e irrazonable, inaplica tanto la Ley 5/1990, de 19 de junio, como la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero. Esta irrazonabilidad y este error se proyectan, según la actora, a dos pronunciamientos de la Sentencia:

- apartado 1. a) del fallo, que anula las cuotas de las máquinas tragaperras correspondientes al ejercicio 1995 sobre la base de la inconstitucionalidad —declarada por STC 173/1996, de 31 de octubre— del gravamen complementario establecido por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 (pese a tratarse de un gravamen creado exclusivamente para el ejercicio 1990); y
- al apartado 1. c) del fallo, que establecía la devolución de la totalidad del recargo autonómico creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/87 (recargo equivalente al 20% de la cuota de la tasa fiscal sobre el juego). Según la recurrente no existe motivo alguno para inaplicar las leyes reguladoras de la tasa fiscal sobre el juego y su recargo autonómico, al no reunir este tributo ninguna de las características de los impuestos sobre el volumen de negocios.

A los efectos de nuestra exposición interesa únicamente examinar el segundo de los dos pronunciamientos indicados de la sentencia del TSJ de Cataluña. Respecto de éste, la recurrente en amparo señala que el órgano judicial, al dejar sin gravamen tributario los rendimientos obtenidos por estas máquinas recreativas, incurre en error patente, pues inaplica tanto una Ley estatal (Ley 5/1990, de 29 de junio, de Medidas en materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria por explotación de máquinas recreativas tipo 'B' o 'C') como una Ley autonómica (2/1987, de 5 de enero) sobre la base de la incompatibilidad de la primera con el art. 33 de la sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, sexta Directiva en materia de armonización de legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios.

El Tribunal concedió el amparo en relación a este supuesto, aunque lo hizo por considerar que la Sala vulneró el derecho de la Administración a un proceso con todas las garantías, reconocido por el art. 24.2 CE. Y ello

porque el órgano judicial inaplicó las leyes citadas, que consideraba contradictorias con el Derecho comunitario sin que mediase planteamiento de cuestión prejudicial (art. 234 TCE). “En el asunto que nos ocupa —señala el Tribunal— era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible (...) contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente (...) cuestión prejudicial, sin la cual, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas”. Y desarrollando su argumentación, añade:

“Los Jueces y Tribunales, en definitiva, sólo son garantes y dispensadores de la tutela que exige el art. 24 CE cuando deciden *secundum legem* y conforme al sistema de fuentes establecido. El Poder Judicial es, al margen de la legalidad, nudo poder que, al resolver así, no respeta ni asegura las garantías inherentes al procedimiento. Es, pues, evidente, que el art. 117.3 CE no faculta al Juez, una vez seleccionada la única norma legal aplicable al caso concreto, simplemente a inaplicarla, soslayando el procedimiento expresamente establecido para ello en nuestro Ordenamiento jurídico tanto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE como para el de la cuestión prejudicial recogida en el art. 234 TCE. Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (art. 9.3 CE), y que se instituye en un límite no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE; STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2)” (FJ 14).

En la STC 58/2004, el TC resume y reafirma su doctrina respecto al Derecho comunitario europeo:

“Así pues, en principio ‘la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es [...] una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales’ (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4) porque, ‘a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, 133/1987, 119/1991 y 111/1993), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio’ (SSTC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2). Por este motivo hemos afirmado que, ‘sin perjuicio de que el art. 177 TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991, 64/1991), ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita’ (STC 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y en el mismo sentido SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y ATC 296/1993, de 4 de octubre, FJ 2).

En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE —al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE— no

implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento”. (FJ 10).

Esta doctrina, no obstante, no impide que, en determinados supuestos, la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial “pueda llevar aparejada irremediablemente la lesión del citado derecho fundamental, como así ha ocurrido en el presente caso”, en el que un órgano judicial ha procedido a inaplicar el derecho español por considerarlo incompatible con el DCE, desconociendo una clara jurisprudencia comunitaria y nacional en sentido contrario (esto es, que había declarado con anterioridad a la fecha de la Sentencia ahora impugnada la compatibilidad entre la tasa fiscal del juego y el art. 33 de la sexta Directiva) y obviando su “obligación de, antes de inaplicar el derecho interno por su supuesta contradicción, plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE” (FJ 13).

En conclusión,

“el órgano judicial ha preterido (nuevamente) el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar los arts. 163 CE y 234 TCE, como por desconocer la eficacia de unas normas legales plenamente vigentes. Por ello ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido, colocando además a la recurrente en amparo en una situación de efectiva indefensión (FJ 10). En efecto, es indudable que forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos (SSTC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 5; y 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10). Pero también es indudable que cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario (eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para tal planteamiento), debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario. En el asunto que nos ocupa era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible inconstitucionalidad o de su posible contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial (arts. 163 CE y 234 TCE), sin las cuales, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas”.

Esta sentencia contiene cuatro aspectos de singular novedad:

- 1) otorga el amparo frente a una vulneración judicial cuyo origen mediato es el incumplimiento del art. 234 TCE. Es cierto —añade— que

no se concede el amparo en virtud de que no se cumple el art. 234 TCE (ello equivaldría a reconocer ‘rango constitucional’ al Derecho comunitario), pero no cabe negar tampoco que concederlo en atención a que es ese incumplimiento el que genera la vulneración del derecho fundamental susceptible de protección en amparo, es tanto como reconocer, al menos en la práctica, que el Derecho comunitario (en este caso la obligación de plantear la cuestión prejudicial ex 234 TCE) puede tener relevancia constitucional;

- 2) ha integrado en el contenido constitucionalmente declarado del derecho a un proceso con todas las garantías (24.2 CE) —y, por tanto, susceptible de protección en amparo— la obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE,
- 3) ha entrado de forma clara y tajante a realizar un control global de la motivación judicial, examinando si la decisión de no plantear la cuestión prejudicial es conforme a derecho o está fundada en derecho;
- 4) este control de la exigencia de motivación se ha basado en criterios objetivos por cuanto para valorar si el juez estaba o no en situación de tener alguna duda razonable que le obligaba a plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE se ha realizado asumiendo la jurisprudencia del TJCE en materia de cuestiones prejudiciales.

La importancia de las dos resoluciones del TC examinadas a los efectos de permitir estructurar una política judicial que permita incidir en el proceso de integración jurídica comunitario es importante: por la Decisión 1/2004 el TC afirma que determinadas disposiciones de la Constitución española establecen límites a la atribución de competencias a la Unión Europea y que tales límites, aun de forma implícita, integran el contenido del artículo 93, y se reconoce autorizado para, en última instancia y a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, “abordar los problemas que se suscitaban (...) en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este derecho con la Constitución española” (FJ 4); por la STC 58/2004, afirma que su tradicional doctrina según la cual el DCE carece de rango constitucional no le inhabilita “para revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los arts. 14 a 30 CE [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y Título III LOTC] [STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)]”.

7.4. El ATC 86/2011, de 9 de junio

Por este Auto el TC plantea su primera cuestión prejudicial al TJUE. Se trata de un asunto planteado por un recurrente que habiendo sido juzgado en rebeldía en Italia fue entregado (en el marco de un procedimiento de OEDE) a las autoridades judiciales italianas sin que los tribunales españoles hubieran condicionado la entrega a la celebración de un nuevo juicio en Italia. Considera el recurrente que esta situación implicaba una vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

En este contexto, y tras considerar que la tesis de la vulneración indirecta de los derechos es aplicable también al régimen de la euroorden, el TC plantea al TJUE tres cuestiones prejudiciales:

- a) interpretación del art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, según el cual no se puede “denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución” si, “teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio”.

A pesar de que una interpretación de este artículo conduciría a concluir que efectivamente el artículo en cuestión impide denegar la ejecución de la entrega, el TC formula dos dudas: 1) quizás el artículo impide la denegación de la ejecución de la entrega, pero no su condicionamiento; 2) en tal caso, el condicionamiento de la entrega podría entenderse como una excepción al régimen general de la decisión marco.

- b) validez del art. 4.bis, apartado 1 DM a la luz de las disposiciones de la CDFUE: ¿concede la configuración del derecho de defensa recogido en la CDFUE un contenido más extenso (derecho a estar presente y a participar en la vista penal) que el reconocido por el TEDH (art. 6 CEDH)?
- c) interpretación art. 53 CDFUE: ¿cabe interpretar que este artículo de un modo que concilie el contenido del derecho de defensa con el mayor nivel de protección que otorga el Estado miembro? Este artículo no ha sido interpretado hasta la fecha por el TJUE.

El TC razona sobre la conveniencia de dirigirse al TJUE en los siguientes términos: “La competencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la

Unión Europea resulta especialmente pertinente en relación con aquellas disposiciones de Derecho de la Unión Europea que, como ocurre con las que son aquí relevantes, han de ser aplicadas por una jurisdicción nacional de última instancia, sin que aún hayan sido objeto de interpretación y de las que no cabe deducir, además, una única interpretación que se imponga por su propia evidencia no sólo a este Tribunal, sino también al resto de los órganos judiciales de los Estados miembros y aún al propio Tribunal de Justicia” [FJ 4.d)].

IV. REFLEXIÓN FINAL

Así pues, la apuesta por el diálogo que ha venido efectuando el Tribunal Constitucional español ha estado marcada por el tenor mismo de la Constitución que le obliga a convertirse en su último intérprete y, por su condición de órgano jurisdiccional superior respecto del mantenimiento de las garantías constitucionales (art. 123 CE), a reparar, en su caso, las vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados en el Título I, Capítulo 1º de la Constitución, a cuyo fin explícitamente se le invoca.

De otro lado la pertenencia de España al Consejo de Europa y a la propia Unión Europea conlleva unas obligaciones que, en modo alguno, pueden desconocer los órganos encargados de la Administración de Justicia, cuyo acoplamiento a una nueva realidad jurídico-política resulta una necesidad a la que no pueden sustraerse las jurisdicciones nacionales, antes garantes, entre otras cosas, de la propia soberanía de los Estados, y a la que está llamado también el Tribunal Constitucional.

Así al Tribunal Constitucional español, como a otros Tribunales europeos, no le ha resultado tarea fácil aceptar esta nueva y afortunada realidad, pero se ha efectuado un esfuerzo para que su Jurisprudencia y su Doctrina se ajustaran a la de los Tribunales supranacionales para no hacer de esta realidad cada día más globalizadora, un conjunto de compartimentos estancos donde los ordenamientos particulares de los Estados de un lado y los europeos de otro no encuentren los puntos de conexión que se convierten en imprescindibles para dar respuesta a los nuevos y constantes desafíos que se presentan a esta Europa que, teniendo una misma moneda, aún no ha terminado de construirse.

EL TCF ANTE LA INTEGRACIÓN EUROPEA ÚLTIMAS APORTACIONES¹

MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL

SUMARIO: I. La posición del TCF frente al Tratado de Lisboa. II. El TCF como guardián de los Derechos Fundamentales frente a los actores europeos. III. ¿Quién es el guardián del guardián? El problema de las competencias. IV. ¿Una unión de Estados o una unión de Constituciones? Entre los límites del diálogo y la falta de propuestas normativas.

I. LA POSICIÓN DEL TCF FRENTE AL TRATADO DE LISBOA

Como la propia doctrina alemana afirma, Karlsruhe ha dicho que “*el Tratado de Lisboa, es constitucional pero*”². Y aunque ni lo primero, ni lo segundo ha sorprendido a nadie existe un innegable interés en la sentencia, como demuestra la aparición de comentarios a la misma³. Esta sentencia

¹ Artículo originalmente publicado en Carrillo, M./López Bofill, H., *La Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

² KOTTMANN, M./WOHLFAHRT, Ch., “Der gespaltene Wächter?”, *ZäöRV*, 69, 2009, p. 443.

³ Entre otros, BOGDANDY, A., “Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum Überlegungen zum Lissabon. Urteil des BverfG”, *NJW*, 2010, pp. 1 y ss., KOTTMANN, M./WOHLFAHRT, Ch., ob. cit., pp. 443 y ss., GÄRDITZ F./HILLGRUBER, Ch., “Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG”, *JZ*, 2009, pp. 872 y ss., CLASSEN, C. D., “Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustestbett?”, *JZ*, 2009, pp. 881 y ss., RUFFERT, M., “An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon”, *DVBf*, 2009, pp. 1197 y ss., ZILLER, J., “Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona”, *RTDPC*, 2009, pp. 973 y ss., “Editorial Comments”, *CMLR*, (46) 2009, pp. 1023 y ss., QUADRA SALCEDO-JANINI, T., “La ardua ratificación del Tratado de Lisboa. Penúltima estación: la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009”, *RGDC*, núm. 8, 2009, pp. 12 y ss., LÓPEZ CASTILLO, A., “Alemania en la Unión Europea a la luz de la Sentencia Lisboa, de 30 de junio de

no ha sorprendido porque se enmarca en una clara tendencia del TCF y de parte de la doctrina alemana de reticencia y desconfianza hacia los avances en el proceso europeo, mezclada con la implícita voluntad de no bloquearlo. Esta posición ha generado un “equilibrio tenso” entre Karlsruhe y Luxemburgo basado en la suposición de que la RFA no hará uso de una posible “reserva nacional”, pese a amenazar con ella⁴. Pero produce inquietud, como es propio de cualquier “guerra fría”⁵, máxime porque la sentencia relativa al Tratado de Lisboa refuerza las potestades del TCF frente al TJUE, así como los límites que la Constitución alemana impone a la integración.

Como hiciera a propósito del Tratado de Maastricht⁶, la sentencia vuelve a tomar como punto de apoyo el derecho de sufragio. Derecho que implica la autodeterminación democrática de participar de manera libre e igual en el ejercicio del poder público, así como el mantenimiento del propio principio democrático que conlleva la conservación de la autoridad constituyente del propio pueblo. Por tanto, el derecho de sufragio limita la posibilidad de injerencia en aquellos principios que, de acuerdo con la cláusula de intangibilidad, conforman la identidad constitucional alemana⁷. De este modo, el TCF delimita la identidad constitucional mediante los principios protegidos por el art. 79 LFB, es decir, la identidad constitucional alemana se identifica con el Estado democrático y social de derecho, el principio federal y la dignidad humana. Dicha identidad constitucional no está a disposición de ningún órgano, siendo su garante el TCF⁸.

Paralelamente, afirma que el principio democrático está abierto a la participación de la RFA en un orden internacional o europeo. Esta participación puede tener lugar en otras entidades políticas con mecanismos de formación de la voluntad diferentes de los previstos en la LFB, que no

2009, del Tribunal Constitucional Federal alemán”, REDC, núm. 87, 2009. Así como los diversos comentarios en el monográfico del número 8 del 2009 de la *German Law Journal*.

⁴ MASING, J., “Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten”, *NJW*, 2006, pp. 264-265.

⁵ WEILER, J., “The reformation of European Constitutionalism”, *JCMS*, vol. 35, n. 1, 1997, p. 124.

⁶ La sentencia del TCF a propósito del Tratado de Maastricht, así como sobre la Ordenación del Mercado del Plátano pueden consultarse en castellano en ALÁEZ CORRAL, B. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, CEPC, 2008, Madrid.

⁷ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 208. www.bundesverfassungsgericht.de

⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 218. www.bundesverfassungsgericht.de

deben ser juzgados conforme a los parámetros constitucionales internos de los Estados miembros. Sin embargo, la identidad constitucional opera como límite absoluto de dichas organizaciones. Una consecuencia de ello es que la autodeterminación democrática y la participación igual en el poder público serán inalienables también para los procesos internacionales de integración⁹.

Con base en esta construcción afirma su capacidad para bloquear la ejecución de normativa comunitaria si excede de las competencias atribuidas por los Tratados o vulneran la identidad constitucional alemana, y cuestiona la legitimidad democrática de la UE¹⁰.

Lógicamente estudiar todas estas cuestiones desbordaría con creces este trabajo. Por eso, nos limitaremos a analizar la posición que el TCF se otorga a sí mismo frente a la integración europea, como guardián último de la identidad constitucional alemana y del principio de atribución de competencias. Dicho papel se ha puesto particularmente de relieve en la protección de los Derechos Fundamentales, el intento de control de las competencias comunitarias y las resistencias al diálogo con otros Tribunales.

El TCF reconoce que tanto el art. 23 como el Preámbulo de la Ley Fundamental establecen la tarea constitucional de alcanzar una Europa unida, de este modo la participación en el orden europeo no queda a la libre disposición de los órganos constitucionales alemanes, sino que es una exi-

⁹ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 219. www.bundesverfassungsgericht.de

¹⁰ Por lo que respecta al respeto al principio democrático en la estructura comunitaria, afirma que es consustancial a dicho principio la igualdad entre los ciudadanos. Con independencia del sistema de representación política que un sistema constitucional diseñe en todos ellos los ciudadanos tienen un mismo derecho de participación política mediante el sufragio. (párrafo 282) Tan sólo en los sistemas federales se permite una representación de territorios absolutamente desligada de la población real, pero se limita indefectiblemente a la Segunda Cámara, que no se considera la representación del pueblo. La existencia de una Cámara en la que todos los ciudadanos estén igualmente representados es indispensable para el principio democrático. (párrafo 286) En tanto en cuanto el Parlamento Europeo se basa en la representación por países, empleando pequeños correctivos en función de la población, no puede ser asimilado a un Parlamento democrático. (párrafo 290) Este déficit no puede ser compensado con el reconocimiento institucional de los Parlamentos estatales en el Tratado de Lisboa, ya que la posición de los mismos se ve paralelamente mermada mediante la generalización de la regla de la mayoría cualificada y la comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia. (párrafo 293) Tampoco ningún de los mecanismos de participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder que se prevén en el sistema comunitario podría suplir la inexistencia de un órgano representativo elegido por los ciudadanos que gobierne Europa. (párrafo 295)

gencia constitucional. Para la consecución de este fin se permite la transferencia de poderes soberanos a la UE, transferencia que está condicionada al respeto al principio de atribución de competencias, a la identidad constitucional alemana y a la capacidad del Estado de determinar política y socialmente sus propias condiciones de vida¹¹.

La LFB, de hecho, no permite que se transfieran derechos soberanos de los cuales puedan surgir nuevas competencias autónomas a favor de la UE. En otras palabras, no cabe la transferencia de la competencia de la competencia. El principio de atribución es un principio estructural de la UE y, además, un principio constitucional de los Estados miembros. Dicho principio, así como el deber comunitario de respetar la identidad constitucional, son manifestación de la posición de los Estados como “señores de los Tratados”¹².

Si el derecho originario es modificado o interpretado extensivamente por los órganos comunitarios, surge el peligro de la que la UE se apodere de la competencia para disponer de sus propias competencias¹³. Ante esta situación el sistema jurisdiccional alemán ha de dar una respuesta. Por ello, el TCF estableció ya en la sentencia Maastricht la posibilidad de un control *ultra vires* frente a los actos comunitarios que excedan las competencias de la UE. Si no se produce la tutela jurídica necesaria dentro de la UE, será el TCF el que examine el correcto cumplimiento del principio de atribución a la luz del principio de subsidiariedad. Igualmente garantizará el mantenimiento de la identidad constitucional cristalizada en la cláusula de intangibilidad¹⁴.

Aunque la LFB promueve la participación de Alemania en la comunidad internacional y, en particular en la UE, no renuncia a disponer de la última palabra si fuera preciso. De igual modo que puede ser constitucionalmente preciso incumplir una obligación internacional, aunque implique la correspondiente responsabilidad del Estado, puede el TCF, excepcionalmente y en circunstancias extremas, declarar el Derecho comunitario no aplicable en Alemania. Dicho resultado es una lógica consecuencia de la ordenación no jerárquica de los ordenamientos. De hecho, el propio TJUE ha llevado

¹¹ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 226. www.bundesverfassungsgericht.de

¹² BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafos 232-235. www.bundesverfassungsgericht.de

¹³ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 238. www.bundesverfassungsgericht.de

¹⁴ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 240. www.bundesverfassungsgericht.de

a cabo una interpretación similar de la vinculación de la Comunidad a las resoluciones de Naciones Unidas en el conocido como “Caso Kadi”¹⁵.

Reitera, por tanto, su potestad para controlar las competencias atribuidas a la UE. Ahora bien, en esta sentencia hace, además, expresa referencia a la identidad constitucional como límite a las competencias susceptibles de ser asumidas. Asimismo, endurece el tono frente a la jurisprudencia de Luxemburgo. En concreto y frente a la llamada a la cooperación con Luxemburgo en Masstricht, en esta ocasión, aludiendo directamente al TJUE, afirma que le corresponde examinar si se produce una interpretación extensiva de los tratados por la jurisprudencia que equivalga a una inadmisiblemente modificación autónoma de los Tratados¹⁶. De esta manera, la sentencia deja entrever una clara crítica a la jurisprudencia de Luxemburgo, tanto en sus afirmaciones como en sus silencios¹⁷.

De este modo, pese a su afirmación de los deberes que la propia LFB impone a la RFA frente al proceso europeo, el TCF insiste en la consideración de la ley de ratificación como una “orden de ejecución del Derecho Comunitario”. Frente a la autonomía del Derecho Comunitario¹⁸, el TCF reafirma su sumisión al derecho estatal, definiendo la autonomía de la UE como una autonomía administrativa delimitada por el espacio conferido expresamente por los sujetos que detentan la autoridad para ello, los Estados¹⁹.

Oponiéndose a la cada vez más frecuente consideración de que el derecho constitucional ha perdido su autonomía²⁰, ya que la Ley Fundamental no puede entenderse sin el Derecho originario de la UE, ni el CEDH²¹, el

¹⁵ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 340. *www.bundesverfassungsgericht.de*. Como avisase la doctrina, la sentencia Kadi se vuelve contra el propio TJUE, sirviendo de excusa a otros Tribunales para cuestionar su competencia. DÖRR, O, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen und europäischen Verfassungsgerichten, *DVB*, 2006, p. 1096.

¹⁶ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 338. *www.bundesverfassungsgericht.de*

¹⁷ SCHORKOPF, F., “The European Union as An Association of Sovereign States; Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon” *GLJ*, vol. 10, 2009, p. 1127.

¹⁸ STJUE, Asunto Costa contra Enel (C-6/64), de 15 de julio de 1964.

¹⁹ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 231. *www.bundesverfassungsgericht.de*

²⁰ HUBER, P. M., “Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofes zu den nationalen Gerichten”, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Merten, D. und Hans-Jürgen Papier, H. J.*, (Hrsg.) volume 6/2, 2009, p. 152.

²¹ Entre otros, OETER, S., “Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgericht, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte”, *VVDStRL*, 66, 2007, p. 363, WALTER, Ch., “Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess” *ZöRV*, 1999, HOFFMEISTER,

TCF parece mantenerse inmune a cualquier propuesta de modificación del paradigma constitucional. Por eso sus sentencias producen un cierto sabor agrídulce²². El TCF no bloquea en el fallo la construcción de un espacio constitucional europeo, pero en los fundamentos jurídicos mantiene la espada de Damocles sobre el mismo²³.

En las próximas páginas realizaremos un análisis breve de su jurisprudencia con el fin de buscar las posibles razones de esta aparente contradicción, centrando la atención en el papel que, a juicio del TCF, debe jugar la Justicia Constitucional en el proceso de integración europea, en especial frente a la concurrencia del TJUE y el TEDH²⁴. Para ello recurrimos a las dos zonas de mayor conflicto, los Derechos Fundamentales y las competencias. El objetivo es intentar comprender los motivos de esta jurisprudencia como actor del espacio constitucional europeo. En un momento de cambio como el actual, en los sistemas constitucionales cobra una particular importancia el derecho comparado en la búsqueda de respuestas que puedan servir para problemas comunes. De hecho, el interés por otros ordenamientos y doctrinas ha crecido de manera exponencial, incluso, entre los autores alemanes²⁵ habitualmente reacios a influencias externas.

F., "Die europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland", *Der Staat*, 2001, p. 353 y ss. Igualmente se ha adjetivado de "instrumento constitucional", "constitución europea de los Derechos Humanos o proceso de constitucionalización europeo". Al respecto, GRABENWARTER, Ch., "Europäisches und nationales Verfassungsrecht", *VVDStRL*, 60, 2000, pp. 203 y ss.

²² PERNICE, I., "BVerfG, EGMR und die Rechtsgemeinschaft", *EuZW* 2004, p. 705.

²³ CASPAR, J., "Nationale Grundrechtsgarantien und sekundäres Gemeinschaftsrecht", *DöV*, 2000, p. 370.

²⁴ En tanto en cuanto el núcleo del presente trabajo es la jurisprudencia del TCF, se apoya fundamentalmente en diversos trabajos doctrina alemana. En la doctrina española, sobre las cuestiones aquí tratadas, cabe consultar, entre otros. BUSTOS GIBERT, R., *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, IVAP, Oñati, 2005, ALONSO GARCÍA, R., *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2005, CARTABIA, M., PÉREZ TREMP, P., DE WITTE, B. (Dir.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005 CRUZ VILLALON, P., *La Constitución inédita*, Trotta, Madrid, 2004, DIEZ PICAZO, L. M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, LÓPEZ CASTILLO, A., SAIZ ARNAIZ, FERRERES COMELLAS, V., *Constitución Española y Constitución europea*, CEPC, Madrid, 2005, PÉREZ TREMP, P., "La jurisdicción constitucional y la integración europea", *REDE*, núm. 29, 2009, SAIZ ARNAIZ, A/ZELAIA, M., *Integración europea y poder judicial*, IVAP, Oñate, 2006, TAJADURA TEJADA, J., y J. DE MIGUEL BÁRCENA, J.: *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

²⁵ MAYER, F., "Die Bedeutung von Rechts- und Verfassungsvergleichung im europäischen Verfassungsverbund", *Verfassungswandel im europäischen Staaten – und Verfassungsverbund*, CALLIES, Ch. Mohr Siebeck 2008, p. 169.

II. EL TCF COMO GUARDIÁN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LOS ACTORES EUROPEOS

Son harto conocidos los recelos del TCF y de parte de la doctrina alemana frente al TEDH y frente a cualquier injerencia del Derecho Comunitario en los Derechos Fundamentales. El motivo último de esta posición crítica frente al derecho europeo²⁶ es posible que sea el propio éxito de su sistema de Derechos. La exitosa refundación de la tradición constitucional alemana mediante la Ley Fundamental ha tenido como resultado colateral una relativa reticencia frente a las influencias internacionales, pese a que la Constitución proclame su apertura al Derecho Internacional²⁷.

No obstante, ante el imparable avance del proceso comunitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos esta posición ha tenido que cambiar. No en vano, el TCF se ha encontrado con dos nuevos actores, el TJUE y el TEDH, que operan sobre el mismo espacio, con una importancia creciente, que poseen claras competencias en el campo de los derechos²⁸ y que actúan como guardianes jurisdiccionales de sus respectivos órdenes²⁹.

Para acercarse a los términos del conflicto sigue siendo conveniente comenzar con la sentencia Solange I. En dicha sentencia el TCF afirmó su competencia subsidiaria para garantizar la protección de los Derechos Fundamentales frente al derecho comunitario, en tanto en cuanto el Parlamento Europeo no aprobase un catálogo de Derechos Fundamentales que garantizase un nivel de protección en las Comunidades Europeas similar al que la LBF confería en el sistema alemán³⁰. En la medida en que las instancias comunitarias declararon su compromiso con los derechos fundamentales en cuanto principios del Derecho comunitario y, sobre todo, a raíz de que el TJUE comenzara a proteger los Derechos Fundamentales

²⁶ Empleamos la expresión Derecho Europeo en sentido muy amplio incluyendo tanto el derecho comunitario propiamente dicho como el derivado de la actuación del Consejo de Europa y en particular de la jurisprudencia del TEDH.

²⁷ FROWEIN, J. "Kritische Bemerkungen zur Lage der deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht" *DöV* 1998, p. 806.

²⁸ SAUER, H., *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, Springer, Berlin, 2008.

²⁹ OETER, S., "Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte", *VVDStRL*, 66, 2007, p. 364.

³⁰ BVerfGE 37 271 (286).

en el marco del Derecho Comunitario³¹, el TCF modificó esta jurisprudencia³². Como resultado, en la sentencia Solange II afirmó que no llevaría a cabo un análisis del Derecho Comunitario a la luz de la LFB, en tanto en cuanto las Comunidades Europeas, y especialmente el TJUE, garantizaran de una manera efectiva, cuando menos, el contenido esencial de los Derechos Fundamentales que la LFB tutela³³.

El problema pareció resolverse completamente con la sentencia sobre la ordenación del mercado del plátano³⁴. En ella el TCF se decantó por la cooperación con el TJUE de manera casi definitiva, al establecer que no cabe alegar que el Derecho Comunitario ha vulnerado un Derecho Fundamental reconocido en la LBF, a no ser que el ordenamiento jurídico comunitario, incluyendo la propia jurisprudencia del TJUE, reduzca el estándar de los Derechos Fundamentales imprescindible. Por tanto, la demanda debe fundamentar que la protección básica e irrenunciable de los Derechos Fundamentales no se garantiza³⁵. Dado que resulta harto improbable que se lleve a cabo una comparación por parte del TCF del estándar básico de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento alemán y comunitario, y ante el continuo desarrollo de la jurisprudencia de los derechos en el mismo Luxemburgo, el conflicto entre ambos Tribunales parecía haberse desactivado. La posibilidad de que una demanda de amparo o un proceso de inconstitucionalidad por violación de un Derecho Fundamental por parte de una norma o acto comunitario prosperasen era, a juicio de algunos autores, impensable³⁶.

³¹ La posible incidencia de la jurisprudencia crítica de los Tribunales Constitucionales en el TJUE forzándole a tomar una posición más activa y garantizar los Derechos Fundamentales ha sido puesto de relieve en más de una ocasión. Al respecto, entre otros, CASPAR, J., "Nationale Grundrechtsgarantien und sekundäres Gemeinschaftsrecht", DöV, 2000, p. 315, CALLIES, Ch., "Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte – Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BVerfG?", JZ, 2009, p. 113.

³² EVERLING, U., "Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofs zur europäischen Grundrechtsgemeinschaft", *40 Jahre Grundgesetz. Entstehung, Bewahrung und internationale Ausstrahlung*, STERN, K., (Hrs.), CH Beck, Manchen, 1990, p. 170.

³³ BVerfGE 73, 339, (387).

³⁴ Entre ambas hubo otras sentencias destacadas como la "sentencia sobre el Euro" o el "caso Alcan", sobre dicho período SCHWARZE, J., Das Kooperationsverhältnis des Bundesverfassungsgericht mit dem Europäischen Gerichtshof, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band*, BADURA, E. und DREIER, H. (Hrsg.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 233 y ss.

³⁵ BVerfGE 102, 147 (163).

³⁶ SCHWARZE, J., *ob. cit.*, pp. 238-239.

Sin embargo, es mucho más complejo el caso de las normas europeas que precisan la intervención del legislador alemán. En el supuesto del derecho originario o los reglamentos es evidente que no son actos de las autoridades alemanas, quedando en principio fuera de la competencia del TCF. Ahora bien, cuando las autoridades alemanas tienen un espacio de decisión susceptible de ser concretizado en la norma, dicha intervención del legislador nacional queda sometida a las potestades del TCF³⁷.

El TCF no es ajeno al origen comunitario de dichas normas. De este modo, afirma su competencia para controlar la adecuación de la norma a la Constitución en el espacio que sea de libre determinación del legislador nacional³⁸. No deben medirse conforme a la Ley Fundamental aquellas normas internas que sean transposición de una directiva. Ahora bien, aquellos preceptos que sean concretización libre del legislador alemán o cuyo alcance sea mayor que el estrictamente fijado en la norma comunitaria han de ser valorados conforme a los Derechos Fundamentales, tal y como se reconocen en la LFB. A este respecto, el caso sin duda más representativo fue la sentencia sobre la “Orden de Detención Europea”.

El hecho de tratarse de materia penal suscitaba una enorme atención, ya que la misma pertenece a la misma esencia de los Estados en sentido clásico³⁹. Además, al tratarse de una Decisión Marco, la aplicación de la doctrina desarrollada respecto de las Directivas resultaba más dudosa. Así, en tanto en cuanto las Decisiones Marco no estaban completamente sometidas al control del TJUE, era preciso comprobar si se cumplía la condición exigida por el TCF para no ejercer su función de guardián de los Derechos Fundamentales en la UE. Otro factor a considerar era que las Decisiones Marco carecían del efecto directo propio de las Directivas vinculando a las autoridades nacionales en un grado mucho menor. Si bien la sentencia Pupino⁴⁰ había puesto dicha doctrina en cuestión al establecer un claro paralelismo entre ambas figuras normativas⁴¹.

Paralelamente, el art. 16 LFB había sido modificado en el año 2000 precisamente para facilitar la extradición entre países de la UE, de manera que se había producido una “decisión constitucional” a favor de eliminar

³⁷ MASING, J., “Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten”, NJW, 2006, p. 265.

³⁸ Auto de 12-05-1989 NJW 1990 p. 974.

³⁹ TOMUSCHAT, Ch., Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl, *EuGRZ* 2005, p. 453.

⁴⁰ STJUE, asunto Pupino, (C 105/03), de 16 de junio de 2005.

⁴¹ MASING, J., “Vorrang des Europarechts”, ob. cit., pp. 266-267.

la prohibición absoluta de extraditar alemanes al extranjero en el caso de Estados miembros de la UE o de Tribunales Internacionales. El supuesto suscitaba, por tanto, múltiples cuestiones de elevado interés para el derecho público europeo.

Aunque el caso tuvo un comienzo traumático, ya que el TCF suspendió parcialmente la entrada en vigor de la Ley alemana, la sentencia rechazó sin excesiva argumentación los principales reproches a la norma europea centrándose en la ley alemana. En este sentido, frente a la afirmación de que se había producido una pérdida de la sustancia estatal de la RFA al admitir dichas extradiciones, aseguró el TCF que el instituto de la nacionalidad ni se ha sido destruido ni minusvalorado por la existencia de una ciudadanía de la Unión. Dicha ciudadanía se vincula a la nacionalidad de los particulares y no la sustituye. Además, ni los Tratados ni el art. 16.2 LFB prevén una extradición sin límites, ya que “se exige que se respeten los principios del Estado de Derecho. Ahora bien, que la ley cumpla con un Decisión marco europea no exime al legislador de buscar una transposición lo más favorable posible a los derechos fundamentales sin contradecir la decisión comunitaria”⁴².

No obstante, prosigue el Tribunal, en la búsqueda de dicha transposición favorable a los Derechos Fundamentales es necesario recordar que las Decisiones Marco carecen de eficacia directa, hecho que significa que no es de aplicación la jurisprudencia del TJUE sobre la eficacia directa de las Directivas⁴³. Tras estas aseveraciones el TCF juzgó la ley alemana atendiendo estrictamente al principio de proporcionalidad. El Derecho Comunitario salió de la discusión, y el TCF se centró en cómo la ley alemana pudo haber seleccionado una regulación más favorable al sujeto pendiente de extradición sin contradecir la Decisión Marco.

Esta sentencia llegó a un resultado conciliador con el Derecho Comunitario pero fue objeto de duras críticas, ya que analizó la violación en el derecho como si respondiese a una decisión aislada del legislador alemán, sin tomar en consideración que respondía a la integración europea y, con ello, a una decisión estructural asumida por la propia Constitución⁴⁴. Mucho más criticado aún fue que hiciera caso omiso de la jurisprudencia del TJUE y afirmase que las Decisiones Marco carecían de toda eficacia directa

⁴² BVerfG 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005. *NJW*2005, p. 2293.

⁴³ BVerfG 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005. *NJW*2005, p. 2294.

⁴⁴ TOMUSCHAT, Ch., Zum Urteil, p. 455

sin citar la sentencia Pupino⁴⁵. Si el TCF no compartía la jurisprudencia del TJUE, la vía que le ofrecía el ordenamiento no era ignorarla, sino plantear una cuestión prejudicial⁴⁶. Decidir como si el Derecho Comunitario no existiera dejó sin respuesta los interrogantes fundamentales que el caso había planteado en la doctrina⁴⁷.

Este supuesto retrata perfectamente la posición del TCF frente al espacio europeo de los Derechos Fundamentales. Su fallo facilita la integración, en tanto en cuanto la norma europea pervive, pero se empeña en mantener una absoluta separación entre el Derecho Comunitario y el nacional, al negarse implícitamente a plantear una cuestión prejudicial.

Paradójicamente el TCF puso de relieve hace tiempo su propia obligación de plantear una cuestión prejudicial⁴⁸, pero a pesar del ejemplo de los Tribunales Constitucionales austriaco, belga, lituano o italiano, sigue plantearla, al igual que el TC español⁴⁹. No faltan quienes consideran que esta reticencia se trata, tan sólo, de mero orgullo⁵⁰. Ya que, de hecho, ha reconocido que si la Justicia Constitucional afirma que no tiene potestad para velar por la protección de los derechos de los ciudadanos frente a actos provenientes de la UE y al TJUE no se le brinda la ocasión de conocer de las posibles vulneraciones de los derechos, el ciudadano está inerme⁵¹. Esta postura, sin embargo, no se ha visto alterada y tampoco ha planteado cuestión prejudicial en los dos recursos de amparo que en la actualidad esperan sentencia del TCF y que traen causa en actos comunitarios⁵².

⁴⁵ MERLI, F., "Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgericht, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte", *WVStZ*, 66, 2007, p. 417.

⁴⁶ SAUER, H., ob. cit., p. 301.

⁴⁷ MASING, "Vorrang", ob. cit., p. 264.

⁴⁸ BVerfGE 37, 271 (282).

⁴⁹ En este sentido, conviene recordar el voto particular del magistrado Pérez Tremps en la STC 199/2009, poniendo de manifiesto la necesidad de que el pleno plantease una cuestión prejudicial precisamente a propósito de la citada Decisión Marco.

⁵⁰ MAYER, F. C., *Das Bundesverfassungsgericht und die Verpflichtung zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof*, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper 20/02 (2002). www.whi-berlin.de

⁵¹ Sentencia de 9 de enero de 2001. (1 BvR 1036/99). *EuZW* 2001, p. 256 (255).

⁵² Se trata de la norma de transposición de la Directiva de Retención de Datos así como el llamado caso "Honeywell" que trae causa en la sentencia Mangold del TJUE, de 22 de noviembre de 2005. Sobre el caso Honeywell in totum GERKEN, L., RIEBLE, V., ROTH, G., STEIN, T., STREINZ, R.; *Mangold als ausbrechender Rechtsakt*, Sellier European Law Publisher München 2009. En cuanto al recurso contra la ley de telecomunicaciones, véase GONZÁLEZ PASCUAL, M., "El Tribunal Constitucional Alemán ante

El TCF se resiste a cualquier mínima alteración en su papel como último y, llegado el caso, único guardián de los Derechos Fundamentales. Esta situación se refleja con aún mayor claridad en su posición frente al TEDH. Sólo así se comprende que obligue a los jueces ordinarios a acatar las sentencias del TEDH, como consecuencia del respeto al Estado de Derecho⁵³ y, a renglón seguido, afirme que la soberanía del Estado alemán puede exigir que eventualmente no cumpla con sus obligaciones internacionales, incluidas las derivadas del CEDH⁵⁴.

Igualmente contradictorio parece que considere constitucional que los jueces ordinarios interpreten el derecho a la intimidad de acuerdo a los parámetros de Estrasburgo, en consecuencia, en un sentido diametralmente opuesto al tradicionalmente defendido desde Karlsruhe, pero mantenga su jurisprudencia al respecto⁵⁵. Mucho más paradójico resulta que esta contradicción tenga lugar en una sentencia conocida como “Carolina II”. El TCF pasó de este modo del enfrentamiento en la prensa escrita con el TEDH⁵⁶ a la reconciliación en el fallo, pero sin rectificar formalmente su propia jurisprudencia, a pesar de que el TEDH sí había modificado su postura⁵⁷. Sin embargo, el resultado de la decisión del TCF es la posibilidad de una interpretación netamente europea de los derechos tendiendo un puente entre su jurisprudencia y la del TEDH⁵⁸.

Obviamente nadie pretende que los Tribunales Constitucionales pierdan su función de guardián de los Derechos Fundamentales, pero tam-

la compatibilidad con los derechos fundamentales de la normativa nacional de origen europeo de prevención de delitos”, en prensa.

⁵³ BVerG 2 BvR 1481/04 Vom 14.10.2004, *www.bverfg.de* Párrafo 32.

⁵⁴ BVerG 2 BvR 1481/04 Vom 14.10.2004, *www.bverfg.de* Párrafos 33-36.

⁵⁵ BVerfG 1 BvR 1602/07 vom 26.2.2008 *www.bverfg.de* Párrafos 80-82.

⁵⁶ Un resumen de la polémica que el caso Hannover contra Alemania generó en Alemania en MÜCKL, S. “Kooperation oder Konfrontation? Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte” *Der Staat*, 2005, pp. 405 y ss.

⁵⁷ El TEDH ha ampliado el campo de la libertad de información al incluir junto a las personalidades políticas la figura de las personas públicas en diversas sentencias posteriores a la sentencia Hannover contra Alemania. Entre otras STEDH, asunto Sciacca contra Italia de 11-01. 2005, Verlagsgruppe News GmbH contra Austria de 22-02-2007 o asunto Tonsbergs Blas y Haukom contra Noruega de 01-03-2007.

⁵⁸ HOFFMANN-RIEM, R., “Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG – Ein Zwischenschritt bei der Konkretisierung des Kooperationsverhältnisses zwischen den verschiedenen betroffenen Gerichte”, *NJW*, 2009, p. 26.

poco es su labor controlar cada decisión que toma el TEDH o el TJUE⁵⁹. No cabe negar tampoco que la actitud beligerante del TCF puede tener una repercusión positiva en ocasiones si fuerza al TJUE a llevar a cabo una labor de defensa de los derechos más activa o si obliga al TEDH a replantearse una jurisprudencia que no tiene porqué ser siempre la más acertada. En este sentido, cabe hablar de que en realidad existe un dialogo implícito entre dichos Tribunales⁶⁰. Además, el análisis de las sentencias pone de relieve que la jurisprudencia de Karlsruhe es mucho más permeable a la jurisprudencia europea de lo que un análisis superficial pueda concluir⁶¹. Pese a ello, el TCF insiste en los límites constitucionales a la incorporación de la RFA al espacio jurídico europeo y, en consecuencia, en su papel de guardián en última instancia del respeto a dichos límites

III. ¿QUIÉN ES EL GUARDIÁN DEL GUARDIÁN? EL PROBLEMA DE LAS COMPETENCIAS

El mayor punto de fricción es, por tanto, qué órgano tendría la potestad para decidir en última instancia. Cuestión que alcanza su punto más crítico a propósito de las competencias de la UE. Lo que realmente preocupa a la doctrina alemana del derecho público es la cuestión de las competencias y la fijación de la autoridad que, en último lugar, ha de decidir de manera vinculante⁶².

La afirmación reiterada del TCF de que el principio de atribución de competencias es un principio constitucional de los propios estados miembros, otorga a los TC la potestad para controlar el correcto ejercicio de las

⁵⁹ HIRSCH, G., *Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht*, NJW 2000, p. 1822.

⁶⁰ BERGMANN, J., “Das Bundesverfassungsgericht im Europa”, *EuGRZ*, 2004, p. 627, LIMBACH, J., “Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur”, *EuGRZ*, 2000, p. 420.

⁶¹ No sólo el TCF de un modo u otro confiere la máxima validez en el resultado a las sentencias y normas europeas, más allá de sus argumentaciones centradas en la soberanía o en los límites al proceso de integración europea, si no que asimila líneas jurisprudenciales concretas. En este sentido se ha puesto por ejemplo cómo el TCF ha reforzado las garantías de los ciudadanos frente a los registros domiciliarios, para aproximar su jurisprudencia al CEDH. FROWEIN, R., “Kritische”, *ob. cit.*, p. 806. Asimismo, ha reforzado la dimensión subjetiva de la libertad de información y suavizado la objetiva para dar cumplimiento a las exigencias de la UE y del TEDH. CORNILS, M., *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 56 y ss.

⁶² HERDEGEN, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, *VVDStRL*, 60, 2000, p. 357.

competencias por los órganos comunitarios. Esta cuestión es harto problemática, no sólo porque dicha competencia corresponde al TJUE⁶³, sino porque el TCF sólo podría llevar a cabo dicho control tomando como base jurídica los propios Tratados. Mientras que como guardián de los Derechos dispone de los parámetros que su reconocimiento en la LFB le otorga, para determinar que la UE se ha excedido en sus competencias, violando el principio de atribución, cualquier TC tendría que interpretar el artículo del Tratado en que la UE hubiera fundamentado el acto comunitario objeto de controversia⁶⁴.

El campo de las controversias competenciales muestra el conflicto entre el sistema constitucional y el europeo de modo palmario, tanto por las diferentes perspectivas e intereses de los niveles en conflicto, como de los propios Tribunales. La visión del TJUE como motor de la integración y la del TCF como defensor de la constitución se contraponen. Son fórmulas sencillas pero ocultan un núcleo duro que causa el conflicto jurisdiccional, que se hace particularmente palmario en la cuestión de las competencias, en tanto en cuanto es una de las fibras más sensibles de los Estados miembros.

Es obvio que el discurso de las competencias siempre llega a un punto de no retorno, ya que determina hasta donde llega el poder de la UE, de los Estados y, llegado el caso, de las entidades subestatales⁶⁵. En el caso de las competencias de la UE la discusión se agudiza porque ha habido un innegable incremento de las mismas mediante la continua reforma al respecto de los Tratados, así como gracias a una interpretación legislativa y jurisprudencial favorable a las competencias de la UE⁶⁶. Si en un principio la cuestión era qué competencias se debían transferir a las Comunidades Europeas desde una visión más o menos europeísta, a partir de Maastricht esta transferencia viene de la mano de un énfasis creciente en los posibles límites al ejercicio de las competencias comunitarias⁶⁷. El descontento que esta evolución estaba generando, llevó a afirmar que la interpretación expansiva de las competencias comunitarias fue muy útil para los avances y el

⁶³ STJUE, Asunto Foto Frost (C-314/85), de 22 de octubre de 1987.

⁶⁴ SAUER, H., *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, Springer, Berlin, 2008, p. 193.

⁶⁵ NETTESHEIM, M., "Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa", *EuR*, 2004, p. 536.

⁶⁶ CRAIG, P., Le competenze dell'Unione europea tra chiarezza, attribuzione, delimitazione e riconsiderazione, *Diritto e Cultura* núm. 1-2, p. 309.

⁶⁷ NETTESHEIM, M., ob. cit., p. 515.

reforzamiento de las Comunidades Europeas pero, con el tiempo, se había convertido en una bomba de relojería⁶⁸.

La desconfianza hacia el control que el TJUE ejerce sobre las competencias de la UE, llegó hasta el punto que en la Convención Europea se estudió la posibilidad de un órgano ad hoc para resolver las controversias competenciales⁶⁹. La interpretación finalista de las competencias de la UE, originada por la propia naturaleza de las mismas, así como la fuerza expansiva de las competencias horizontales, han ampliado las potestades comunitarias hasta el punto de que ningún ámbito de soberanía de los Estados queda libre de las potestades de la UE⁷⁰. Muestra de esta tendencia de la jurisprudencia de Luxemburgo es cómo la sentencia sobre la directiva de publicidad y patrocinio de los productos del Tabaco⁷¹, considerada por muchos una muestra de la voluntad del TJUE de controlar las competencias de la UE⁷², fue sin embargo muy matizada por el propio TJUE en sentencia del 2006⁷³.

Del mismo modo, es particularmente criticado el casi nulo papel jugado por el principio de subsidiariedad en la delimitación de las competencias comunitarias. El TJUE ha sido bastante reacio a tratar el principio de subsidiariedad como principio básico desde el que revisar la acción comunitaria, y cuando lo ha hecho no ha seguido un standard particularmente riguroso⁷⁴. Sin embargo, el art. 23 LFB afirma el carácter de límite al proceso de integración comunitaria del principio de subsidiariedad y, de hecho, el

⁶⁸ WEILER, J., *ob. cit.*, p. 124.

⁶⁹ Sobre las diversas propuestas NETTESHEIM, *ob. cit.*, pp. 535 y ss.

⁷⁰ LENAERTS, K., "Constitutionalism and the many faces of Federalism", *AJCL*, 1990, 38, p. 220.

⁷¹ STJUE, Asunto Alemania contra Consejo y Parlamento Europeo (C-376/98 y 380/03), 5 de octubre de 2000.

⁷² BOGDANDY, A./BAST, J., "El orden competencial vertical de la UE: contenido y perspectivas de reforma", *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, GARCÍA DE ENTERRIA, R./ALONSO GARCÍA, R. (Dir.), Civitas, Madrid, 2002, p. 57, CRAIG, P. and DE BURCA, G., *EU Law*. Oxford, 2008, p. 616, MAYER, F. C. Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte, *ZaöRV*, 2001, p. 612. Para algunos autores la STJUE sobre la directiva de publicidad y patrocinio de los productos del tabaco podría haber sido una reacción ante la sentencia Maastricht, una especie de respuesta por parte del TJUE pero esta hipótesis no se puede afirmar con seguridad. SAUER, H., *ob. cit.*, p. 198 nota 136.

⁷³ STJUE, Asunto Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo (C-380/03), de 13 de diciembre de 2006. Al respecto, CRAIG, P. and DE BURCA, G., *ob. cit.*, pp. 92-93.

⁷⁴ DE BURCA, G., "Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law", *General Principles of European Community Law* Bernitz, U. and Nergelius, J. (Ed.) Kluwer Law, 2000, pp. 104-105.

TCF hace expresa referencia a que cualquier control que pueda llevar a cabo sobre las competencias comunitarias atenderá al principio de subsidiariedad⁷⁵.

Esta desconfianza hacia el incremento de competencias de la UE ha ido de la mano del aumento de la regla de la mayoría como sistema de decisiones⁷⁶. En este sentido, el propio TCF hace hincapié en cómo la paulatina desaparición del principio de unanimidad como regla de decisión no puede ser compensada con el incremento del papel de los Parlamentos Nacionales en el Tratado de Lisboa. La posibilidad de que la UE adopte una decisión que no pueda ser frenada unilateralmente por los órganos alemanes, y la desconfianza hacia el TJUE podrían, de hecho, haber empujado al TCF a enfatizar los límites a la UE así como su papel de guardián.

No en vano la sentencia Mangold⁷⁷ despertó airadas críticas entre la doctrina alemana, que considera que esta extensión de competencias de la UE es contraria a la petición de los Estados de un reforzamiento del principio de subsidiariedad⁷⁸. En esta línea se ha defendido desde Alemania, incluso, que la sentencia Mangold es un acto *ultra vires* y, en aplicación de la jurisprudencia del TCF, no debería ser aplicada en Alemania⁷⁹.

Esta postura puede tener notables consecuencias para el propio sistema constitucional alemán, ya que el TCF tiene una indudable influencia en los Tribunales ordinarios. De hecho, su afirmación de que un acto comunitario *ultra vires* no sería de aplicación en la RFA ha encontrado algún eco en la jurisdicción ordinaria⁸⁰. De este modo se pone de relieve que

⁷⁵ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 240. www.bundesverfassungsgericht.de

⁷⁶ DEHOUSSE, R., Community Competences: Are there Limits to Growth?, *Europe after Maastricht, An Ever Closer Union?*, DEHOUSSE, R. (Ed.) C. H. Beck, München, 1994, pp. 107-108.

⁷⁷ STJUE, Asunto W. Mangold y R., Helm, (C-144/04), de 22 de noviembre de 2005.

⁷⁸ WIELAND, J., Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, NJW, 2009, 1841 y ss.

⁷⁹ HERZOG, "Stop the European Court of Justice", www.cep.eu A pesar de las críticas el TJUE ha defendido recientemente su afirmación de que el principio de no discriminación por razón de la edad es un principio general del derecho. STJUE, Asunto Küçükdeveci (C-555/07), de 19 de enero de 2010.

⁸⁰ En este sentido, el Tribunal Supremo Federal ha entrado a analizar si la UE se había o no excedido de sus competencias, BGHZ, 125, 382 (390), así como el Tribunal Supremo de Nordrhein-Westfalen. EuZW 1005, pp. 158-159. Más lejos llegó el Tribunal de cuentas de Rheinland Pfalz que llegó a inaplicar una norma europea porque excedía las competencias de la UE. EuZW 1995, p. 588. El hecho de que el TCF sitúe a la Ley de Ratificación como límite y base jurídica de los Tratados han dado pie a estas interpretaciones ya que los interpretes de la ley son los jueces. SAUER, H., ob. cit., p. 192.

no sólo el TCF puede situar a los poderes públicos entre Escila y Caribdis, forzándoles a escoger entre su jurisprudencia y la del TJUE o del TEDH, si no que puede legitimar el incumplimiento nacional de las obligaciones supranacionales o internacionales. Las decisiones del TCF deben atender a las consecuencias que vayan a desplegar también fuera de la propia RFA. La capacidad de influencia de un Tribunal tan prestigioso e imitado como el TCF no debe subestimarse⁸¹. Más allá de la responsabilidad en la que pueda incurrir el Estado alemán como consecuencia de esta jurisprudencia, hace peligrar la primacía del derecho comunitario⁸².

La solución es altamente compleja ya que resulta poco probable que los tribunales vayan a desarrollar una jurisprudencia en el tema de las competencias similar a la mantenida respecto de los derechos. Se trata de soberanía, de principio democrático y de actos “*ultra-vires*”. En definitiva es una cuestión de poder, que debe contestarse indefectiblemente a favor de la UE o de los estados miembros, y que necesitará tiempo para resolverse⁸³.

Las competencias ponen de relieve, además, los límites de las respuestas jurisdiccionales. Definida como la legitimidad para ejercer la potestad sobre una determinada materia, la competencia exige una determinación clara, precisa, sin excesivos márgenes para la interpretación. Los criterios interpretativos propios de los derechos, no pueden trasladarse al campo de las competencias, ya que éstas demandan una respuesta unívoca, existe una dependencia sustancial entre el objeto sobre el que se proyecta la interpretación y el parámetro interpretativo que cabe aplicar⁸⁴. Una controversia competencial sólo se puede contestar en sentido afirmativo o negativo.

Al respecto, merece la pena recordar que el TCF ha evitado los conflictos con el TEDH mediante el recurso a la cláusula de mayor protección del art. 53 CEDH. De hecho, no es casualidad que el caso Carolina derivara en confrontación, ya que al tratarse de la ponderación entre dos derechos dicha cláusula no permitía convivir pacíficamente la jurisprudencia de los dos Tribunales⁸⁵. Los criterios que los Tribunales pueden construir para

⁸¹ De hecho, no pocos autores han puesto de relieve que un enfrentamiento de Karlsruhe con Estrasburgo sería una bolsa de oxígeno en Estados poco proclives a cumplir con los mandatos del CEDH HOFFMANN-RIEM, W., VVDStRL, 66, ob. cit., p. 435.

⁸² MAYER, F., “Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Europäisches Verfassungsrecht*, VON BOGDANDY/BAST, J. (Hrsg.), Springer, Heidelberg, 2009 pp. 576-577.

⁸³ HUBER, ob. cit. p. 185.

⁸⁴ GONZÁLEZ PASCUAL, M., *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de derechos y deberes constitucionales*, IVAP, Oñate, 2007, p. 169.

⁸⁵ MÜCKL, S., ob. cit., pp. 408-409.

evitar el conflicto de jurisdicciones respecto de los Derechos no son aplicables a las competencias porque éstas no permiten la convivencia de dos respuestas diferentes. La competencia debe corresponder necesariamente a la UE o al Estado, y no puede contestarse por dos Tribunales ni de manera parcialmente distinta.

IV. ¿UNA UNIÓN DE ESTADOS O UNA UNIÓN DE CONSTITUCIONES? ENTRE LOS LÍMITES DEL DIÁLOGO Y LA FALTA DE PROPUESTAS NORMATIVAS

En el debate de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público del 2000 comenzaba su intervención el profesor Ingolf Pernice afirmando que elegir como tema de dicho año el “Derecho constitucional europeo y nacional” ya no era una provocación a la doctrina alemana. Implicaba la asunción de que el derecho constitucional ya no era considerado estrictamente nacional, originario y dependiente de un Estado. Y no significaba tampoco considerar que la UE se estaba transformando en un Estado o que debía llegar a convertirse en tal.

La Constitución de cada Estado miembro, el Derecho Primario de la UE y la influencia del CEDH, como creadores de un estándar de los Derechos Fundamentales europeo común, forman un conjunto único. El derecho constitucional europeo y el nacional construyen un sistema que desde una perspectiva material, funcional e institucional se pueden reconducir a la unidad⁸⁶. Dicho sistema final ha sido adjetivado por la doctrina alemana de manera preferente⁸⁷ como unión de Constituciones⁸⁸ o constitucionalismo multinivel⁸⁹.

⁸⁶ PERNICE, I., “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, VVDStRL, 60, 2000, pp. 149 y ss.

⁸⁷ Si bien se han usado otros términos como orden constitucional europeo, sistema de entrelazamiento constitucional, comunidad constitucional o, incluso, se ha afirmado que la LFB es una parte de la Constitución global de la UE. Sobre dicha terminología, PERNICE, I, *Ibid.*, pp. 174 y ss.

⁸⁸ Dicha denominación se hace conocida a partir de los trabajos del propio Pernice desde mediados de los noventa. Un desarrollo reciente de dicha construcción en PERNICE, I., “Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes”, *Verfassungswandel ob. cit.*

⁸⁹ Si bien dicha expresión ha sido particularmente acogida por la Ciencia Política alemana, ha gozado también de alguna recepción entre los profesores de Derecho Público. DENNINGER, E., “Aussprache”, *Europäisches*, *ob. cit.*, pp. 362 y ss, Sobre su empleo

Esta denominación se opone a la que prefiere el TCF que, desde la sentencia de Maastricht, hace referencia a una “unión de Estados”⁹⁰. La referencia a una o a otra expresión plasma una muy diferente concepción del constitucionalismo europeo. De tal manera, que los autores que definen a la UE como una “unión de Estados”, aunque no la equiparan a una organización internacional, mantienen la competencia en último lugar del TCF para controlar los conflictos entre la LFB y el Derecho europeo, en tanto en cuanto los Estados son los únicos titulares de la soberana.

Mientras, esta postura es abiertamente criticada por los autores que se refieren a una unión de Constituciones, que enfatizan la imposibilidad de someter el derecho europeo al control de los respectivos Tribunales Constitucionales, y otorgan rango constitucional tanto al Derecho originario de la UE como al CEDH, como necesarios complementos de la LFB, que debe entenderse como una “Constitución parcial”. En este segundo modelo los conflictos no se resuelven conforme a patrones jerárquicos si no de acuerdo a normas de colisión funcionales, de manera que las potestades jurisdiccionales son complementarias y se articulan conforme a un sistema de cooperación⁹¹. Ya no cabría hablar de jerarquía ni de competencias, sino de corresponsabilidad⁹².

En este sentido, ante la sentencia de Lisboa del TCF, algunos autores alemanes han pedido la inclusión de un nuevo artículo en la Ley del Tribunal Constitucional Federal que le obligue expresamente a plantear una cuestión prejudicial cuando sea determinante para su decisión en un determinado proceso la validez o interpretación de cualquier norma, acto, principio o decisión de algún órgano o institución comunitaria⁹³. Esta re-

en el campo del Derecho, SAUER, H., *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, Springer, Berlin, 2008, pp. 77 y ss. En cualquier caso, es preciso advertir que el propio Pernice emplea la expresión “unión de Constituciones” en alemán, mientras en sus trabajos en inglés prefiere hablar de “constitucionalismo multinivel”. PERNICE, I., “Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European-Constitution making revisited?”, CMLR, 1999, p. 708.

⁹⁰ BVerfGE 89, 155 (190).

⁹¹ Una magnífica exposición de ambas corrientes en CALLIES, Ch., “Zum Denken im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund”, *Verfassungswandel, ob. cit.*, pp. 200 y ss.

⁹² ROBBERS, G., “Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit-Möglichkeit und Inhalt von Formeln zur Bestimmung von verfassungsgerichtlicher Kompetenzweite”, *Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht*, Nomos Baden-Baden 1999, p. 62.

⁹³ Propuesta realizada en un manifiesto firmado por profesores tan conocidos como Armin von Bogdany, Torsten Stein, Christian Tomuschat, Ingolf Pernice o Christian Callies, entre otros. www.whi-berlin.de

forma reforzaría constitucionalmente la obligación de plantear cuestión prejudicial que el derecho comunitario impone al TCF como última instancia⁹⁴ y, aunque no anula el conflicto, disminuiría sensiblemente la posibilidad de que surgiera⁹⁵.

También el reforzamiento del principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa podría cumplir este objetivo. La legitimación indirecta de los Parlamentos Nacionales para interponer recurso de nulidad por incumplimiento del principio de subsidiariedad podría obligar al TJUE a exigir un mayor control de las competencias de los órganos comunitarias a instancias de los órganos más interesados, los Parlamentos⁹⁶. Si bien mayoritariamente se cuestiona la justiciabilidad de este principio⁹⁷, siendo improbable que pueda significar un cambio profundo del sistema⁹⁸. De hecho su eficacia se considera limitada a compeler a las instituciones comunitarias a explicitar que han cumplido con el mismo⁹⁹, siendo pocos los autores que defienden su justiciabilidad¹⁰⁰.

Sin embargo, el TCF apuesta por dicho principio y es evidente que considera que cabría un mayor uso. Esta defensa alemana del principio coincide con la misma petición desde diferentes instancias, particularmente los Länder, de una interpretación más restrictiva del conjunto de las competencias comunitarias¹⁰¹. Una interpretación jurisprudencial más restrictiva de las

⁹⁴ Sobre la obligación de plantear cuestión prejudicial SARMIENTO, D., *Poder Judicial e integración europea*, Thomson, Madrid 2004, pp. 80 y ss.

⁹⁵ En este sentido, el TS danés también afirmó en sentencia de 6 de abril de 1998 que un acto comunitario que exceda de las competencias de la UE puede ser declarado no aplicable en Dinamarca, pero antes de dicha medida exigió que se plantee una prejudicial al respecto. MAYER, F. C., "Das Bundesverfassungsgericht..." *ob. cit.*

⁹⁶ BARBER, N. W., Subsidiarity in the Draft Constitution, *European Public Law* 2005, p. 201.

⁹⁷ DIEZ HOCHLEITNER, J., "El futuro del sistema competencial comunitario: algunas propuestas de reforma", *La encrucijada constitucional*, p. 90.

⁹⁸ NETTESHEIM, M., "Die Kompetenzordnung", *ob. cit.*, p. 534.

⁹⁹ BOGDANDY, A./BAST, J., *ob. cit.*, p. 58, DE BURCA, G., "The principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor", *JCMS*, 1998 pp. 224-225.

¹⁰⁰ En este sentido se ha defendido la aplicación de los parámetros desarrollados por el TCF para la delimitación del art. 72.2 GG. CALLIES, Ch., "Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung", *EuGRZ*, 2003. En contra del traslado de estos principios al sistema comunitario DE WITTE, B. "Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law", *General Principles*, *ob. cit.*, pp. 149-150.

¹⁰¹ BOGDANDY, A. y BAST, J., "El orden competencial vertical de la UE: contenido y perspectivas de reforma", *ob. cit.*, pp. 19-20; DI FABIO, U., "Some Remarks on the Allocation of Competences between the European Union and its Member States", *CMLR*,

competencias comunitarias con la ayuda del principio de subsidiariedad sería, por tanto, bien recibida en la doctrina y jurisprudencia alemanas¹⁰².

La combinación de ambas líneas jurisprudenciales, es decir, un uso definitivo de la cuestión prejudicial por parte del TCF y una mayor toma en consideración de las sensibilidades que despiertan las competencias comunitarias, podría aminorar la posibilidad de conflicto sin que ningún Tribunal haga dejación de sus competencias. Aunque estas propuestas estrictamente normativas tampoco resuelven de manera definitiva quien debe ser el último guardián. De hecho, incluso, los autores más críticos con la sentencia ponen de relieve que el TCF tiene razón en que es una cuestión que sigue abierta. Si bien, señalan a continuación que este hecho no implica una carencia del modelo actual, ya que se basa en la cooperación y el respeto mutuo entre Tribunales¹⁰³

Sin embargo, frente a esta confianza en el diálogo algunos autores alemanes insisten en la imposibilidad de que un órgano jurisdiccional “dialogue”. Los ordenamientos jurídicos no pueden renunciar al concepto de competencia mediante un llamamiento abstracto a la cooperación¹⁰⁴. La cooperación se habría convertido en una especie de “ábrete sésamo”, capaz de resolver cualquier conflicto entre jurisdicciones, sin embargo, insisten en que las competencias preceden a la cooperación, no al contrario. El llamamiento a la cooperación supondría difuminar la responsabilidad de cada órgano. En definitiva llaman la atención sobre el hecho de que la competencia es una precondition también de la posibilidad de diálogo, así como un concepto irrenunciable del sistema jurídico. La cooperación no cabe entre actores claramente diferenciados por sus competencias, que deciden de manera soberana qué es jurídicamente admisible sin margen para la negociación. Ciertamente, la doctrina puede hacer referencia a la necesidad de una cooperación, pero los tribunales no pueden apoyar

2002, p. 1300, MAYER, F. C., “Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte”, *ZäöRV*, 2001, p. 614.

¹⁰² Ampliar el número de legitimados para interponer recurso por incumplimiento del principio de subsidiariedad puede tener una incidencia mayor de la que puede parecer, ya que el escaso empleo de dicho principio no sólo trae causa en la prudencia del TJUE al respecto sino, también, en el hecho de que los Estados tampoco lo alegan. ESTELLA DE NORIEGA, A., “La paradoja de la subsidiariedad: reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3B del Tratado de la Comunidad Europea”, *REDA*, 1999, p. 100.

¹⁰³ BOGDANDY, A., “Prinzipien”, *ob. cit.*, p. 5.

¹⁰⁴ OSSENBÜHL, F., “Diskussion”, *Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht*, *ob. cit.*, p. 125.

sus decisiones en la misma. Lo que es legítimo entre Estados, Gobiernos y administraciones no lo es entre jueces. Por eso, los autores más críticos han llegado a afirmar que el diálogo es, incluso, un criterio inservible para resolver la problemática actual¹⁰⁵.

Esta parece la postura del TCF, que no sólo obvia cualquier referencia al diálogo con el TJUE, si no que refuerza su posición otorgándose la potestad para dejar sin aplicación actos comunitarios *ultra vires* o contrarios a una difusa identidad constitucional. Sin embargo, paralelamente, no es baladí que el TCF cite la jurisprudencia de otros Tribunales de Estados de la UE, abundante doctrina europea, así como diversas sentencias del TJUE. Quizá esté mucho más dispuesto al diálogo de lo que quiere mostrar¹⁰⁶.

Quizá el diálogo implícito no sea un criterio inservible, si no transitorio, como es propio de una guerra fría. O quizá tengamos que concretar más dicho diálogo, cuáles han de ser sus actores, en qué casos debemos recurrir a él, qué formas ha de adoptar ante cada problema. Y por eso es probable que debamos concluir hoy tal y como acabó el debate del 2002 de la Asociación alemana de Profesores de Derecho Público, afirmando que la doctrina constitucional ha llegado tarde al estudio del fenómeno supranacional, muy tarde en comparación a otras áreas del Derecho, y éste es su nuevo reto¹⁰⁷.

¹⁰⁵ ISENSEE, "Europäisches", p. 184.

¹⁰⁶ SCHORKOPF, F., "The European Union as An Association of Sovereign States; Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon" GLJ, vol. 10 2009, p 1239.

¹⁰⁷ FROWEIN, "Europäisches", ob. cit., p. 414.

El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad¹

LUIS JIMENA QUESADA²

SUMARIO: I. Cuestiones introductorias: el control de convencionalidad en el sistema constitucional español. II. La idea de control de convencionalidad *desde arriba* en el tedh y su impacto constitucional. III. El control de convencionalidad *desde abajo* visto desde el tedh y su relevancia constitucional. IV. Diálogo y tensión dialéctica entre el tc y el tedh a cuenta del control de convencionalidad. V. Consideraciones finales.

Palabras clave

Papel de los órganos jurisdiccionales ordinarios; Estándares europeos; Protección multinivel de derechos fundamentales; poder para inaplicar legislación nacional.

Resumen

El autor sostiene que el sistema constitucional español reconoce a los órganos jurisdiccionales ordinarios el poder de descartar la aplicación de la legislación nacional contraria a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (a través del denominado “control de convencionalidad”), particularmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con tal premisa, el artículo reflexiona sobre el diálogo entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la luz del papel de los órganos jurisdiccionales internos en caso de potenciales o reales conflictos entre la jurisprudencia constitucional y la europea (por ejemplo, en el ámbito

¹ El presente trabajo fue elaborado en el marco del Proyecto I+D “Europa ante el desafío de la armonización del Derecho procesal” (referencia: DER2008/04639) cuya investigadora principal es la Profesora Pía Calderón Cuadrado, y fue publicado en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 15, primer semestre 2010, pp. 41-74.

² Catedrático de Derecho constitucional de la Universitat de València. Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa.

de la reagrupación familiar de personas extranjeras o en cuestiones atinentes a la contaminación acústica). Según el autor, la Constitución española (especialmente, los artículos 10.2 y 96) impondría la solución europea si ésta es coherente con el principio “favor libertatis”.

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

De entrada, deben tenerse presentes dos elementos a la hora de abordar el tema propuesto: de un lado, la noción de *control de convencionalidad* no se encuentra extendida en el ámbito constitucionalista español; de otro lado, y tal vez por ello, la puesta en práctica del control de convencionalidad es objeto de controversia en España. En cualquier caso, el control de convencionalidad se muestra un instrumento idóneo para acometer el correcto engranaje de las normas nacionales e internacionales y, por añadidura, se despliega en cierta tensión dialéctica con respecto al control de constitucionalidad. ¿Puede un órgano de la jurisdicción ordinaria inaplicar una ley interna en vigor —no declarada inconstitucional— por contradecir un tratado internacional —o la interpretación de dicho tratado efectuada por la instancia máxima de control establecida en él— integrado en el ordenamiento jurídico interno?

A mi modo de ver la respuesta, aunque controvertida, es positiva, como argumentaré a continuación. Lo cierto es que, al poner la mirada en uno de los fundamentos del Derecho constitucional europeo (el Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH— y su instancia de garantía —el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH), ello permite hacer frente a “viejos” debates como la tensión entre sistemas monistas y dualistas, o la diversa configuración y rasgos convergentes del control de constitucionalidad en cada país.

A este respecto, la propia noción de control de convencionalidad es —como se avanza— bastante novedosa en España, a diferencia de otros ordenamientos vecinos como el francés (en donde constituye una temática casi “clásica” en comparación con la reciente introducción en 2008 del control de constitucionalidad sucesivo)³ o el italiano (en donde se ha planteado

³ En la doctrina francesa, se han definido los perfiles del control de convencionalidad, entre otros, por B. Pacteau, “Relazione sulla Francia”, en *Atti del Convegno “Principi*

como temática más reciente)⁴; en el ordenamiento y doctrina portugueses tampoco parece arraigada la temática del control de convencionalidad, tal vez por la propia complejidad de su sistema de control de constitucionalidad⁵.

Trasladándonos a España e intentando encontrar elementos de contrastada validez, puede subrayarse que no es objeto de controversia el instituto de la inaplicación de la norma nacional por parte de la jurisdicción nacional cuando esa disposición contraviene una norma comunitaria europea, por el juego del principio de primacía del Derecho de la UE (lo que, conviene recordar, deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE— y de la propia integración europea merced a la posición de los tratados que han encauzado esa adhesión —sobre todo, por mor del artículo 93 de la Constitución española —CE).

Cabalmente, es pertinente avanzar desde este momento que la lógica del principio de primacía es la misma que inspira el ejercicio del control de convencionalidad con apoyo en la posición suprallegal de los tratados

giuridici e limiti all'autonomia dei legislatori – profili internazionali, supranazionali e nazionali” (http://www.dirittoamministrativo.org/abs_040604.asp), Università di Napoli l'Orientale, Napoli, 4 e 5 giugno 2004 (abstract della prima giornata a cura di D. Spampinato): “Control de convencionalidad (o de Derecho internacional): es la forma de control sobre la ley más amplia y penetrante existente hoy en día; es un control difuso, inmediato, permanente. En efecto, se opera por parte del juez ordinario, en el marco de una causa concreta, con relación a la ley vigente, tras la promulgación. El parámetro de enjuiciamiento viene dado por las normas comunitarias o supranacionales. El juez puede (debe) por tanto inaplicar la ley interna contraria a la norma comunitaria. Ello ha puesto en manos del juez ordinario —de modo bien diverso con respecto a lo previsto por la Constitución francesa— un control sobre la ley bastante más penetrante que el atribuido al Consejo Constitucional. (...) Hoy, el juez ordinario es el verdadero juez del control de la ley. El verdadero problema que se plantea es el de la compatibilidad entre las normas comunitarias, supranacionales e internacionales con las del ordenamiento jurídico y de la Constitución francesa”.

⁴ Así, de manera específica con respecto al CEDH, al afrontar la relación entre “Convenzione europea e giudice ordinario” (pp. 189 y ss.) y entre “Convenzione europea e giudice amministrativo” (pp. 207 y ss.), se suscita la posible “disapplicazione della legge inconvvenzionale” (p. 200): en capítulo IV (“In cerca di un'identità: L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo”), en la primera parte (“Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamenti nazionali”) del libro de S. Mirate, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Jovene, Napoli, 2007.

⁵ M.L. Duarte, y C. Amado Gomes, “Portugal”, en la obra colectiva *Justicia Constitucional y Unión Europea* (coord. J. Tajadura Tejada y J. De Miguel Bárcena), *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 259.

internacionales, puesto que aunque la primacía sea una creación jurisprudencial del TJUE en cuanto a su formulación, la misma no es ajena a la posición de los Tratados comunitarios en el ordenamiento interno a tenor de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶. De análogo razonamiento se hizo eco el Consejo de Estado español en su *Memoria anual de 1997*, lo cual conviene transcribir por tratarse de una referencia prácticamente aislada al control de convencionalidad en el ámbito español, que no así en el contexto latinoamericano⁷.

Decía así el Consejo de Estado: “En las consultas sobre proyectos legislativos el Consejo de Estado sustituye su tradicional examen de legalidad del texto reglamentario por *un doble control o examen de constitucionalidad y de ‘convencionalidad’*”⁸. Además, recuerda el Consejo de Estado el carácter supralegal o prevalente de los tratados internacionales, en estos términos: “La problemática de las relaciones entre la ley interna y los tratados internacionales correspondientes y la prevalencia de la fuente internacional, es objeto de examen detenido en el Dictamen 176/1997”⁹. Y perfila su argumentación el Consejo de Estado confrontando paralelamente el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad¹⁰.

Si se aplica esa lógica argumentativa al terreno de la técnica legislativa (*fase de elaboración de la norma*), ¿qué impide trasladarla al campo de la praxis judicial (*fase de aplicación de la norma*)? En contraste con esa *Memoria*

⁶ Así se ha subrayado en la doctrina italiana: L. Montanari, “Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi”, en el colectivo *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Atti del seminario (Copanello, 31 maggio-1 giugno 2002), Giappichelli, Torino, 2003, p. 143.

⁷ Si se efectúa una búsqueda en Internet introduciendo el término “control de convencionalidad”, podrá comprobarse que son escasas las referencias (tanto doctrinales como jurisprudenciales) a la situación española, correspondiendo la mayor parte de los “resultados” a los estudios o la práctica sobre el control de convencionalidad en América Latina a propósito de la aplicación preferente sobre las normas nacionales del Pacto de San José de Costa Rica y de la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos (por ejemplo, la Sentencia de fecha 24 de noviembre de 2006, dictada en el *asunto Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*). Debe advertirse que no es descabellado comparar, en este sentido, modelos regionales (sistema europeo y sistema interamericano), ya que existe un mimetismo o una retroalimentación evidentes, como ha estudiado L. Burgorgue-Larsen, “Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international”, en el colectivo *La juridictionnalisation du droit international* (Société française pour le Droit international, Colloque de Lille), Pedone, Paris, 2003, en especial, pp. 223-223.

⁸ *Memoria anual de 2007*, p. 149.

⁹ *Ibidem*, pp. 164-165.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 165-167.

anual de 1997 elaborada por el Consejo de Estado, el más amplio *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008*, no aborda el control, examen, o juicio de convencionalidad. Es más, ni tan siquiera lo menciona¹¹.

También es verdad que la consulta gubernamental venía a evocar al menos, sin mencionarlo explícitamente, el posible ejercicio del control de convencionalidad, con estas palabras: “Los cambios que ha experimentado el ordenamiento jurídico interno a lo largo de todo este proceso afectan, sin duda, a la función normativa del Estado, con la previsión de nuevos sujetos creadores de derecho y con nuevas funciones, en especial para la Administración, de participación en tal proceso; pero *también las funciones de desarrollo y aplicación de las normas por parte de la Administración y de control de su cumplimiento por el juez nacional se han visto profundamente transformadas, introduciendo en este último caso nuevas responsabilidades y nociones, como el diálogo entre jueces, que en ocasiones se transforma en conflicto*”¹².

Prosiguiendo estas reflexiones preliminares, debo perfilar mi postura: a mi entender, del artículo 96.1 CE se deriva la superioridad aplicativa de los tratados con respecto a la ley española o, al menos, por lo que afecta al objeto de la presente contribución, ese carácter supralegal me parece indiscutible cuando se trata de tratados sobre derechos humanos [artículo 94.1.c)¹³]. Y ello pese a que el texto constitucional español no hable explícitamente de esa supralegalidad¹⁴, a diferencia de otras Constituciones

¹¹ *Informe sobre la inserción del Derecho europeo de 2008*. En el Informe se afirma, no obstante, que “los convenios y acuerdos del Consejo de Europa gozan de una *valor supralegislativo* en lo que se refiere a la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas, (...) a tenor del artículo 10.2 de la Constitución” (p. 289).

¹² *Ibidem*, p. 3.

¹³ Según el artículo 94.1.c), “la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: (...) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I”.

¹⁴ De hecho, en lo que atañe al debate constituyente, en los avatares de la Ponencia recuerda G. Peces-Barba Martínez (*La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988) la fórmula equilibrada consistente en eliminar la referencia “a la jerarquía superior de los tratados sobre las leyes, y a la vez integrarlos en el Derecho interno” (p. 97). En el mismo sentido, en la tramitación posterior, la enmienda tendente a incluir en el texto constitucional el rango superior de los tratados con respecto a las leyes fue rechazada (véase *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, ed. preparada por F. Sáiz Moreno y M. Herrero de Padura, Congreso de los Diputados, Madrid, 2ª ed., 1989, tomo I, p. 2590, y tomo IV, p. 4602). Ello no obstante, el texto final del artículo 96 de la Constitución de 1978 recoge esa superioridad

extranjeras, como es el caso de la francesa vigente de 1958 (artículo 55), entre otras¹⁵.

Efectivamente, la *perspectiva comparada* impone fijar la mirada en Francia, en donde el control de convencionalidad se percibe como perfectamente insertado en el ordenamiento constitucional galo, en el que goza incluso de mayor éxito que el control de constitucionalidad. Una explicación plausible de tal circunstancia viene dada por el tradicional alcance restrictivo y preventivo del control de constitucionalidad en el país vecino, que sólo recientemente ha ensanchado su radio de acción mediante la Ley constitucional n° 2008-724, de 23 de julio de 2008, de modernización de las instituciones de la Vª República, mediante la que se ha introducido el control de constitucionalidad de las leyes *a posteriori* a través de la *cuestión prejudicial de constitucionalidad*: con respecto a ésta, se plantea en la doctrina gala si la nueva modalidad va a resultar tan atractiva como el control de convencionalidad, puesto que “desde tiempo atrás las jurisdicciones ordinarias, con el Consejo de Estado y la Corte de Casación a la cabeza, se encuentran habituadas al control de convencionalidad de las leyes y de los actos infralegislativos, control cuya potencialidad ha podido ser ya valorada en este tiempo por los propios jueces”¹⁶.

De todas formas, más allá de las concretas modalidades de control de constitucionalidad introducidas en el ordenamiento francés, lo que interesa recalcar con el fin de reforzar la tesis aquí mantenida es que el control de convencionalidad se fundamenta en el artículo 55 de la Constitución gala¹⁷, equivalente a estos efectos al artículo 96 CE bajo el prisma del carác-

aplicativa de los tratados sobre las leyes, en la línea de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

¹⁵ Mencionemos dos ejemplos: el artículo 3.4 de la *Constitución de Andorra* de 14 de marzo de 1993, o el artículo 4 de la *Constitución de Moldavia* de 29 de julio de 1994.

¹⁶ Así lo ha planteado, mediante la pregunta “¿un problema de competitividad respecto al control de convencionalidad?”, P. Bon, “La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia: ¿Solución o problema?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 23, 2009, p. 321. Con carácter previo, en esta materia léanse los trabajos de D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris, 1996, p. 151; B. Tomás Mallén, “La cuestión de inconstitucionalidad. Perspectivas de revisión constitucional en Francia”, *Revista del Poder Judicial*, n° 47, 1997, p. 79, y D. Turpin, *Mémento de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Hachette, Paris, 2ª ed., 2000, p. 47.

¹⁷ Según el artículo 55 de la Constitución francesa, “los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra Parte”. Véase el alcance del anclaje del control de convencionalidad en dicha disposición constitucional en S.L. Formery, *La Constitution commentée article par article*, Hachette, Paris,

ter supralegal de los tratados. Más exactamente, se afirma en la doctrina francesa que “el control de convencionalidad es, en realidad, un control de constitucionalidad, puesto que consiste en hacer respetar el artículo 55 de la Constitución, es decir, la superioridad, querida por la Constitución, de las convenciones internacionales sobre la ley”¹⁸.

A mi modo de ver, esta conclusión, pese a la redacción diversa de ambas disposiciones constitucionales y el carácter más explícito de la francesa frente a la española, cabe extrapolarla a nuestro ordenamiento y confirma que el control de convencionalidad es en España un mandato constitucional (*ex* artículo 96 CE) o, si se prefiere, una exigencia de constitucionalidad. Y, de nuevo, la lógica del control de convencionalidad se ha asociado en Francia a la lógica de la puesta en práctica del principio de primacía del Derecho comunitario¹⁹ (en nuestro caso, *ex* artículo 93 CE)²⁰.

En estas coordenadas, la pretensión de refutar la tesis reseñada acudiendo a argumentos recurrentes como lo difícil que es hacer Derecho

7ª ed., 2003, pp. 108-109. Es cierto que el Consejo de Estado mostró resistencia a ejercer durante años el control de convencionalidad de la ley, en función de la conocida como teoría de la ley-pantalla (*théorie de la loi-écran*), que ha sido criticada, entre otros, por L.A. Silva Irurozabal, “El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla”, *Ius et Praxis*, n.º 12 (2), 2006, p. 211. Yendo más lejos, ha recordado D. Turpin (*Mémento de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, ya cit., p. 108) “si el Derecho internacional extrae del principio *Pacta sunt servanda* la superioridad de los tratados sobre las Constituciones nacionales (...), en Derecho interno, al contrario, el Consejo de Estado (...sobre todo, Sentencia de 30 de octubre de 1998, *Sarran*) ha afirmado la superioridad de las disposiciones constitucionales —por definición soberanas— sobre las de las convenciones internacionales (teoría de la Constitución-pantalla —*théorie de la Constitution-écran*)”.

¹⁸ B. De Lamy, “Chronique de droit pénal international”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, enero-marzo 2009, p. 164.

¹⁹ S.L. Formery, *La Constitution commentée article par article*, ya cit. p. 110. Claro que, como ha advertido en tal dirección J. Tajadura Tejada, “Estudio preliminar. Constitución y democracia en la Unión Europea”, en la obra colectiva *Justicia Constitucional y Unión Europea*, ya cit., p. 40: “mientras Europa carezca de Constitución, la primacía de sus normas resultará problemática”.

²⁰ Ese paralelismo no queda desacreditado por el hecho de que la base habilitante del Derecho de la Unión Europea se encuentre en el artículo 93 y que la filiación de los tratados básicos del Derecho europeo de los derechos humanos del Consejo de Europa se encuentre en el artículo 94 de la Constitución, preceptos a los que la doctrina española ha atribuido una función de habilitación y una función de recepción o de incorporación, respectivamente: en tal sentido, J. Pérez Royo, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos (“Temas clave de la constitución española”), Madrid, 4ª reimpr., 1995, pp. 146-147.

comparado y lo fácil que resulta incurrir en una mera yuxtaposición de ordenamientos, entiendo que carecería de consistencia. A mayor abundamiento, podría esgrimirse en defensa de la reiterada tesis que en otras ocasiones sí hemos importado del Derecho francés otras categorías que se perfilaban menos homologables y, sin embargo, han irrumpido en España sin excesiva contestación: el ejemplo paradigmático nos viene dado por el “bloque de constitucionalidad”, que evidentemente no está integrado por las mismas fuentes normativas en los dos países y sobre cuyos componentes ni siquiera media un consenso en la doctrina española. En nuestro caso, puede afirmarse que dicho bloque alberga normas que juegan, a semejanza de la Constitución, como parámetro de constitucionalidad de las leyes y disposiciones con fuerza de ley, y que su soporte o base habilitante se encuentra según la jurisprudencia constitucional en el artículo 28.1 LOTC²¹.

Bien es verdad que tanto en Francia como en España se excluye del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales²². Ahora bien, justamente esa nota común da pie para introducir uno de los elementos más contundentes en los que tiene soporte la hipótesis del ejercicio del control de convencionalidad por imperativo constitucional. Y es aquí en donde entra preferentemente en escena la *perspectiva transnacional*, guiada por la pertinencia de poner de relieve la necesaria sinergia del estándar nacional (en esencial, constitucional) y del estándar supranacional (sobre todo, europeo) en materia de derechos fundamentales. Así las cosas, con independencia de la discusión en torno al carácter más o menos exhaustivo de las fuentes integradas dentro del bloque de constitucionalidad en cada sistema jurídico²³, la concreta exclusión de los tratados ha sido criticada tanto

²¹ Así, por todas, STC 137/1986, FJ 4º. Una crítica a la asunción de dicho bloque, y la extensión del parámetro de enjuiciamiento a través del denominado “bloque constitucional”, en P. Requejo Rodríguez, *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997.

²² En la jurisprudencia constitucional francesa puede leerse la Decisión 93-335 DC del Consejo Constitucional, según la cual el Derecho Comunitario no forma parte del bloque de constitucionalidad, como tampoco lo integran los tratados internacionales clásicos.

²³ Un análisis comparado exhaustivo en la materia en la obra de A. Hoyos, *La interpretación constitucional*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993. En el caso de Italia, se ha recordado por A. Celotto, “Italia”, en la obra colectiva *Justicia Constitucional y Unión Europea*, ya cit., p. 233: “en el caso de que una ley nacional, estatal o regional, viole disposiciones comunitarias, la *incompatibilidad comunitaria*, determina también la *inconstitucionalidad*”.

en Francia²⁴ como en España²⁵. En nuestro país, además, el TC no parece mostrarse siempre consecuente con esa postura, incurriendo en ocasiones en la paradoja de afirmar tal exclusión para, a renglón seguido, utilizar el canon de supranacionalidad como canon de constitucionalidad²⁶. A propósito, se impone resaltar que esta última actitud es la coherente con el mandato constitucional combinado de los artículos 10.2 y 96.1, a los que se encuentra sometido asimismo el TC²⁷.

Llegados a este punto, conviene incidir en que el presente trabajo se reconduce al control de convencionalidad operado por la jurisdicción nacional tomando como parámetro el *Derecho europeo de los derechos humanos* (y, más precisamente, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH), lo que comporta una especie de intersección en ese diálogo cruzado entre el TC y el TEDH. Razón por la cual, es menester añadir, la base habilitante del artículo 96 CE (o, más ampliamente, de los artículos 93 a 96 CE) cuenta con el sostén del artículo 10.2 CE a la hora de emplazar sobre cimientos sólidos el

²⁴ La aportación favorable a tal inclusión en el bloque de la constitucionalidad en D. Rousseau, "L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité", en el colectivo *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme* (dir. par D. ROUSSEAU y F. SUDRE), éd. STH, Nancy, 1990.

²⁵ En España, J. M. Bandrés Sánchez-Cruzat, *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas/Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, pp. 134-136.

²⁶ La STC 236/2007, de 7 de noviembre, muestra claramente que las normas internacionales y la jurisprudencia internacional integran y perfeccionan materialmente nuestro bloque de constitucionalidad, pues el núcleo de la *ratio decidendi* de nuestra jurisdicción constitucional a la hora de enjuiciar la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de modificación en sentido restrictivo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se basa explícitamente en el canon supranacional, citándose diversos preceptos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del CEDH, así como diversos pronunciamientos del TEDH (FJ 6). En la doctrina, varios años antes de pronunciarse la STC 236/2007 ya había avanzado acertadamente en la misma dirección esa crítica J. Oliver Araujo, *La Constitución día a día*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, concretamente en el ensayo "Los extranjeros y los derechos constitucionales", pp. 57 y 71.

²⁷ Referencia inexcusable sobre esta cuestión es la obra de A. Sáiz Arnáiz, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; en especial, pone colofón a su monografía con un epígrafe rubricado "los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales como parámetro (¿indirecto?) de la constitucionalidad" (pp. 266-277) en donde afirma que el artículo 10.2 no puede considerarse como una disposición meramente reiterativa de cuanto establece el artículo 96.1, de tal suerte que en ausencia del mandato presente en el artículo 10.2 no podría sostenerse semejante vinculación del TC (p. 269).

control de convencionalidad en España como exigencia constitucional²⁸; por lo demás, el ejercicio de ese control por la judicatura comporta obviamente la formación previa de ésta (en el conocimiento de la jurisprudencia europea) y la “voluntad jurisdiccional” para llevarlo a término²⁹.

II. LA IDEA DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE ARRIBA EN EL TEDH Y SU IMPACTO CONSTITUCIONAL

Seguramente, la primera idea que venga a la mente del jurista español no familiarizado con la idea del control de convencionalidad (operado por la jurisdicción ordinaria) sea la de supervisión indirecta (a través de los casos con origen en las demandas individuales), por parte del TEDH y con apoyo en el texto convencional europeo (el CEDH), de legislación nacional de los Estados Partes. Este es el enfoque prevalente y, en sí mismo, se fundamenta en una noción aceptable de control de convencionalidad efectuado *desde arriba o desde el exterior* (desde el nivel supranacional)³⁰.

²⁸ Sobre el particular, E. García de Enterría, “Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l’Homme en droit espagnol”, *Protecting Human Rights: The European Dimension/Protection des droits de l’homme: la dimension européenne*, Studies in honour of/Mélanges en honneur de Gérard J. Wiarda, Carl Heymanns Verlag KG, Strasbourg, 1988, en especial, p. 222.

²⁹ Con semejante orientación, L. Jimena Quesada, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en el colectivo *El Poder Judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (coord. M. Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542-543.

³⁰ Ese enfoque prevalente lo hizo notar, para matizarlo acertadamente, el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado a la ya citada Sentencia de fecha 24 de noviembre de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el *caso trabajadores cesados del Congreso contra Perú*: tras aludir al control de convencionalidad desde abajo que constituye el objeto de la presente investigación [apartado 1 del voto: “En esta Sentencia la Corte se ha pronunciado sobre el ‘control de convencionalidad’ (párr. 128) que pueden y deben ejercer los órganos de la justicia nacional con respecto a actos de autoridad —entre ellos, normas de alcance general—, conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por diversos actos de carácter soberano —ratificación o adhesión a un tratado, reconocimiento de una competencia— los Estados a los que corresponden esos órganos nacionales. En este mismo año el Tribunal aludió dicho ‘control’ en la Sentencia del *Caso Almonacid* (párr. 124)”], añade en el apartado 2 del voto que “en la especie, al referirse a un ‘control de convencionalidad’ la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por

Llama la atención, no obstante, que el TEDH esté llamado a pronunciarse en principio sobre violaciones concretas de los derechos reconocidos en el CEDH, careciendo de competencia directa para fiscalizar en abstracto la normativa interna de los Estados demandados³¹. Por el contrario, con motivo de una demanda individual, la sentencia del Tribunal de Estrasburgo puede contener un pronunciamiento indirecto de “inconveniencia” de la normativa nacional si la violación declarada en el asunto concreto tiene su fuente u origen directo en esa normativa³². En la doctrina se ha

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”. Por último, no sin cierto prurito académico, pero interesante a nuestros efectos, se confronta el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en los apartados 4 y 5 del voto: “En otras ocasiones he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. 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”.

³¹ E. García de Enterría, “La Convención Europea de Derechos Humanos, requisito moral y económico para la integración”, *Foro Internacional*, n° XXXIII-2, 1993, p. 305: “lo más singular del Convenio es, sin duda, el sistema institucional que ha construido para otorgar una garantía efectiva a su carta de derechos”.

³² Así lo observó Ch. Tomuschat, “Quo Vadis Argentoratum? The success story of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, vol. 13, 1992, p. 405: al referirse al *general amendment of legislation*, señala este autor que “el Tribunal no tiene la facultad de revisar el Derecho interno *in abstracto* como, por ejemplo, la fun-

observado que ya no es tan excepcional un control sobre la abstracta compatibilidad de una legislación nacional con el CEDH³³, e incluso que “la sentencia europea paraliza así la aplicación del Derecho interno controvertido mediante la autoridad de cosa juzgada europea”³⁴.

Efectuadas las aclaraciones que anteceden, me parece coherente e interesante retomar la ilustración práctica del modo en que el TEDH ejerce el control de convencionalidad, que no afecta únicamente a disposiciones nacionales con fuerza de ley³⁵ sino que, incluso, se proyecta sobre normas de rango constitucional. En este segundo escenario, el TEDH ha dictado sentencias que han tenido una proyección de envergadura en el orden constitucional de algunos Estados miembros del Consejo de Europa, en ámbitos como la organización Jurisdicción Constitucional, las cláusulas de democracia militante, o el potencial de la información como servicio prestado sin consideración de fronteras.

Empezando por el primer aspecto mencionado, en la Sentencia dictada el 23 de junio de 1993 en el *caso Ruiz Mateos contra España*, el TEDH consideró que el Estado demandado había vulnerado el derecho a un proceso justo consagrado en el artículo 6 CEDH, en su faceta de derecho a una resolución judicial en un plazo razonable, en el curso de un proceso de expropiación o nacionalización de uno de los más grandes grupos empresariales del país, llevado a cabo mediante una controvertida disposición con fuerza de Ley de caso único³⁶. En su análisis, el Tribunal de Estras-

ción del Tribunal Constitucional Federal alemán en el proceso de *Normenkontrolle*. Sin embargo, los Estados vienen obligados a llevar a cabo reformas legislativas si la violación puesta de manifiesto por el Tribunal en el caso concreto es el resultado directo de disposiciones inconsistentes con el Convenio, no obstante el hecho de que el Tribunal no puede impeler a ello directamente a los Estados en el fallo”.

³³ J.F. Flauss, “La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une Cour constitutionnelle?”, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 36, 1999, p. 721.

³⁴ E. Lambert, “La pratique récente de réparation des violations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales: plaider pour la préservation d’un acquis remarquable”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n° 42, 2000, p. 207.

³⁵ Es lo que sucedió en el *caso Marckx contra Bélgica* de 13 de junio de 1979, en donde el TEDH sancionó como contraria al Convenio la legislación belga discriminatoria para los hijos naturales, ilegítimos o extramatrimoniales. Bélgica tardó años en ejecutar correctamente la sentencia europea y, de hecho, el mismo problema se reprodujo y se sancionó en el *caso Vermeire contra Bélgica* de 29 de noviembre de 1991.

³⁶ Véanse sobre este caso, la STC 111/1983, así como las SSTC 166/1986, 67/1988, y 6/1991. En la doctrina española se ha catalogado el “caso Rumasa” como supuesto de “quebrantamiento constitucional” (como “violación ocasional de la Constitución, sin alterar formalmente su vigencia para los demás casos y para el futuro”): así, A. Torres

burgo tomó en consideración el período de resolución de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante el TC español por órganos de la jurisdicción civil. Así, algunos Gobiernos de países del Consejo de Europa Partes en el Convenio (concretamente, Portugal y Alemania) fueron autorizados para formular observaciones escritas en las que mostraban su oposición, junto con el Gobierno español, a la aplicabilidad del artículo 6 CEDH a las jurisdicciones constitucionales, por la naturaleza específica de esta jurisdicción, fuertemente impregnada de connotaciones políticas y, en el caso de España, no integrada orgánicamente en el Poder Judicial ordinario³⁷. Esta Sentencia fue objeto de diversos votos particulares concurrentes y discrepantes: de esos votos, tal vez el más contundente desde la perspectiva aquí apuntada sea el parcialmente disidente formulado por el Juez Pettiti y suscrito por los jueces Lopes Rocha y Ruiz-Jarabo Colomer, en donde afirman que “la decisión en el asunto Ruiz-Mateos podría tener como consecuencia indirecta el constreñir a un Estado a cambiar su orden constitucional o su marco procesal, lo cual no sería, a mi modo de ver, conforme a la Convención Europea”.

El segundo extremo mencionado dio lugar a una de las sentencias “estrella” del Tribunal de Estrasburgo, la dictada en fecha 26 de septiembre de 1995 en el *caso Vogt contra Alemania*, en donde se resolvió acerca de la ya mencionada compatibilidad de la “democracia beligerante” (*wehrhafte Demokratie*) consagrada en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 con el Convenio Europeo de 1950 y, específicamente, “la obligación impuesta a los funcionarios alemanes de profesar y de defender activa y constantemente el régimen fundamental liberal y democrático en el sentido de la Ley Fundamental se basa en la idea de que la función pública es garante de la Constitución y de la democracia” (párrafo 51)³⁸. El TEDH consideró, por una ajustada mayoría de nueve votos contra ocho, que esa cláusula de democracia militante, sobre ser razonable en cuanto a la finalidad legítima perseguida (mantener el propio orden constitucional democrático) y

del Moral, *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Universidad Complutense, Madrid, 2004, 2ª ed., pp. 187-188: “el decreto-ley de expropiación del grupo de empresas ‘Rumasa’, cuando el artículo 86 prohíbe a este tipo de normas afectar a los derechos y libertades regulados en el Título de la Constitución”.

³⁷ Ese control judicial europeo sobre el plazo de resolución ante la Jurisdicción constitucional ha venido avalado por el Tribunal Europeo en asuntos posteriores como la Sentencia *Rosa Marques y otros contra Portugal* de 25 de julio de 2002, o la ya mencionada Sentencia *Kart contra Turquía* de 8 de julio de 2008.

³⁸ Idea explicada por K. Stern, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 639-640.

ser susceptible de un cierto margen de apreciación, era interpretada de manera excesiva y absoluta en el ámbito interno al no distinguir entre las distintas categorías y grados de funcionarios, no hallando necesaria en una sociedad democrática la aplicación de dicha cláusula para revocar de su puesto docente a una profesora de francés y de alemán en un centro de enseñanza secundaria, pues su pertenencia al partido comunista y sus declaraciones como afiliada a dicho partido quedaban al margen del centro en donde impartía sus clases.

Esta polémica Sentencia europea no debe conducir a trasladar idéntico razonamiento al campo de los partidos políticos, respecto de los cuales (por sus funciones públicas y eventual financiación igualmente pública y, sobre todo, su condición de máquinas a la conquista de un poder que el Convenio exige que sea democrático) es mucho más exigente la democracia beligerante si se les compara con el funcionariado. Advertido lo cual, si aparentemente el caso Vogt pareció planear como solución europea consolidada en algunos casos contra Turquía en los que el Estado demandado fue condenado por ilegalizar o disolver determinados partidos políticos³⁹, lo bien cierto es que la Sentencia más reciente y convincente ha sido la dictada el 31 de julio de 2001 en el *caso Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía*, en donde los magistrados europeos se decantaron por el margen de apreciación nacional⁴⁰.

Seguidamente, la Sentencia dictada por la Gran Sala en fecha 13 de febrero de 2003 en el caso Partido de la Prosperidad, tras el reexamen del asunto, confirmó por unanimidad de los diecisiete magistrados componen-

³⁹ Se trata de los siguientes asuntos: *caso Partido comunista unificado de Turquía y otros* de 30 de enero de 1998, *caso Partido socialista y otros* de 25 de mayo de 1998, y *caso Partido de la libertad y de la democracia* de 8 de diciembre de 1999.

⁴⁰ Concretamente, en este último caso el Tribunal de Estrasburgo avaló, por cuatro votos a favor y tres en contra, las medidas utilizadas por el Estado demandado para defender su orden constitucional frente a partidos políticos antisistema que propugnaban o justificaban cambiar y mantenerse en el régimen político por la fuerza, de modo que la disolución del Partido de la Prosperidad respondió a una necesidad social imperiosa y respetó el principio de proporcionalidad (párrafo 82), por lo que se concluyó que no había mediado violación de la libertad de asociación del artículo 11 CEDH: “si bien el margen de apreciación de los Estados debe ser estrecho en materia de disolución de partidos políticos, y siendo el pluralismo de las ideas y de los partidos en sí mismo inherente a la democracia, el Estado afectado puede razonablemente impedir la realización de semejante proyecto político, incompatible con las normas del Convenio, antes de que éste sea puesto en práctica a través de actos concretos susceptibles de comprometer la paz civil y el régimen democrático en el país”.

tes del colegio que no había habido vulneración del artículo 11 CEDH⁴¹. Esta jurisprudencia revestía interés para España, en la medida en que nuestra Ley de Partidos Políticos (Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio) estaba pendiente hasta fechas recientes de control de convencionalidad ante el TEDH: como se recordará, la STC 48/2003, de 12 de marzo, fue recurrida por el Gobierno Vasco ante el TEDH, siendo inadmitida la demanda *ratione personae* mediante Decisión de 3 de febrero de 2004 (*caso Gobierno Vasco contra España*). Por otro lado, las demandas individuales formuladas contra las SSTC 5 y 6/2004, ambas de 15 de enero, superaron un primer filtro procedimental mediante tres Decisiones de admisibilidad de fecha 11 de diciembre de 2007⁴²; sin embargo, fueron desestimadas por unanimidad en cuanto al fondo mediante tres recientes Sentencias de fecha 30 de junio de 2009⁴³.

Con relación al tercer aspecto avanzado conviene destacar un pronunciamiento del TEDH con enorme influencia en el orden constitucional del Estado afectado: se trata de la Sentencia de 29 de octubre de 1992 dictada en el *caso Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda*. El Tribunal de Estrasburgo dio la razón a las dos agencias demandantes, por cuanto su actividad de suministro de información para poder abortar en el extranjero

⁴¹ En la Sentencia dictada el 5 de abril de 2007, en el *caso Kavakçı contra Turquía*, el TEDH se ha mostrado más cauto a la hora de limitar los derechos políticos a la luz del artículo 3 del Protocolo n° 1 adicional al CEDH, declarando la violación de dicha disposición convencional como consecuencia de la decisión de la Asamblea Nacional turca de no permitir la adquisición de la condición de parlamentaria de una electa del “Partido de la Virtud” (*Fazilet Partisi*) por prestar juramento o promesa de acatar el ordenamiento constitucional turco con el velo islámico.

⁴² La primera decisión de admisibilidad de 11 de diciembre de 2007 se refiere a las demandas n° 25803/04 (presentada por *Herri Batasuna*) y n° 25817/04 (presentada por *Batasuna*), y en ella se declaran admisibles las pretensiones basadas en los artículos 10 y 11 CEDH (expresión, reunión y asociación). En la segunda decisión (demanda n° 35579/03 presentada por *Etxeberria*, demanda n° 35613/03 presentada por *Barrena Araza*, demanda n° 35626/03 presentada por *Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea* y demanda n° 35634/03 presentada por *Aiarako y otros*) y en la tercera decisión de admisibilidad de 11 de diciembre de 2007 (demanda n° 43518/04 presentada por *Herritarren Zerrenda*) se declaran admisibles las pretensiones formuladas por esas agrupaciones de electores fundadas en los artículos 10 CEDH y 3 (derecho a concurrir libremente a las elecciones) del Protocolo adicional n° 1.

⁴³ Un punto esencial del razonamiento del TEDH radica en haber avalado éste la proporcionalidad de la medida de disolución: así, el hecho de que los proyectos de los demandantes estuvieran en contradicción con la concepción de la “sociedad democrática” y comportaran un fuerte peligro para la democracia española, condujo a la instancia judicial europea a juzgar que la sanción infligida a los demandantes fue proporcional al fin legítimo perseguido en el sentido del artículo 11.2 CEDH.

(debido a la prohibición constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo en Irlanda) constituía un ejercicio de la libertad de información protegido por el artículo 10 CEDH, no hallándose justificada por tanto la obstaculización de tal servicio por las autoridades irlandesas⁴⁴. Al hilo de esta última Sentencia del TEDH, conviene señalar también en esta sede que la *vis atractiva* del CEDH no permite caer en la indiferencia ante otras resoluciones europeas de signo diferente: con respecto a este caso, un año antes de la Sentencia del TEDH se había pronunciado en sentido divergente en ese mismo supuesto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de fecha 4 de octubre de 1991 (*caso Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contra Stephen Grogan y otros*), suscitando nuevamente la problemática de las “dos verdades europeas”⁴⁵ y, con ella, comprometidos dilemas para las jurisdicciones nacionales.

⁴⁴ De los comentarios sobre el alcance constitucional de esta Sentencia destacan los expuestos por J.F. Flauss, “Actualité juridique de la Convention européenne des droits de l’homme”, *L’Actualité juridique-Droit administratif*, n° 23, 1993, p. 119: “A falta de merecer el calificativo de gran sentencia, la decisión Open Door hará historia: primero porque traduce una concepción más jacobina de la noción de moral (...); a continuación, y sobre todo, porque afecta a un valor constitucional y político esencial de la República de Irlanda (el voto particular discrepante del juez Baka llega incluso a evocar un atentado contra la integridad del sistema jurídico irlandés); finalmente, se ha adelantado algunas semanas a la decisión refrendada aceptando la autorización de información a favor del aborto (referéndum de 25 de noviembre de 1992)”.

⁴⁵ Sobre este punto, L. Jimena Quesada, *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006, p. 86: “el citado *caso Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda* suscitó ese problema de las *dos verdades europeas* en Estrasburgo y Luxemburgo y cómo ellas influyen en el orden constitucional del país concernido, por cuanto, un año antes de la solución alcanzada en Estrasburgo el 29 de octubre de 1992, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había dado pie en el mismo asunto a una solución que, pese a venir fundamentada en otros criterios jurídicos (la actividad de las agencias controvertidas no era considerada como ejercicio de la libre prestación de servicios), no dejaba de ser divergente: efectivamente, antes de llegar el caso a Estrasburgo, y a través de la vía incidental de la cuestión prejudicial en el curso del agotamiento de los recursos judiciales internos, el Tribunal de Justicia comunitario dictó la Sentencia de 4 octubre de 1991 (*caso Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contra Stephen Grogan y otros*), a tenor de la cual las agencias acababan siendo clausuradas. Por supuesto, no se trata de un caso conflictivo aislado: otro ejemplo ilustrativo lo suministra la doctrina divergente en materia de inviolabilidad del domicilio, extensible a las personas físicas y jurídicas para el órgano jurisdiccional con sede en Estrasburgo (cfr. caso *Niemietz contra Alemania* de 16 de diciembre de 1992), y sólo a las primeras para el sedente en Luxemburgo (cfr. caso *Hoehst contra Comisión* de 21 de septiembre de 1989)”.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE ABAJO VISTO DESDE EL TEDH Y SU RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

Una postura comedida de la jurisdicción nacional a la hora de ejercer el control de convencional presentaría el riesgo de la inseguridad jurídica en caso de que, bien el conocimiento del Derecho europeo por parte de los operadores jurídicos nacionales sea limitado en la concreta situación litigiosa, bien la formación jurídica europea no esté respaldada por la existencia de un meridiano ejemplo jurisprudencial europeo llamado a aplicarse al supuesto concreto para inaplicar la ley nacional. En este último caso, la abstención o el rechazo de la jurisdicción nacional a controlar la legislación nacional se vislumbraría como una postura razonable. Tal parece haber sido el criterio de la jurisdicción ordinaria gala en el *caso Py contra Francia*, resuelto mediante Sentencia del TEDH de fecha 11 de enero de 2005.

En este asunto, el demandante alegaba que las restricciones que le impedían participar en las elecciones para el Congreso y para las asambleas provinciales en Nueva Caledonia vulneraban el derecho a unas elecciones libres garantizado por el artículo 3 del Protocolo nº 1 al CEDH e instauraban una discriminación basada en el origen nacional con violación del artículo 14 CEDH. Así, consta en la Sentencia europea que la corte de primera instancia de Nouméa había rechazado entrar a conocer de la convencionalidad de la ley que regulaba la inscripción en una lista electoral especial (párrafo 14)⁴⁶, lo cual acabó siendo una solución aceptable, puesto que el TEDH declaró que no hubo infracción de los preceptos convencionales invocados.

Un proceder contrario por parte de la jurisdicción nacional viene ilustrado por el *caso Anakomba Yula contra Bélgica*, al que puso fin la Sentencia del TEDH de fecha 10 de marzo de 2009. En tal supuesto, los órganos jurisdiccionales internos habían rehusado utilizar el parámetro del CEDH para inaplicar las restricciones establecidas por el Código Civil belga (artículos

⁴⁶ En la versión francesa del párrafo 14 de la Sentencia europea puede leerse: “Le requérant saisit le tribunal de première instance de Nouméa d’une demande aux fins de voir contrôler la *conventionnalité* de cette loi et d’une demande tendant à son inscription sur la liste électorale spéciale de la commune de Nouméa. Le 3 mai 1999, le tribunal déboute le requérant de ses demandes”. A tenor de la versión inglesa de ese mismo párrafo: “The applicant applied to the Nouméa Court of First Instance for a review of the *conformity of the Act with the Convention*, and for registration on the special electoral roll for the municipality of Nouméa. On 3 May 1999 the court dismissed his applications”.

318 y 322, así como 668) con relación a una demanda de revocación de paternidad que habría permitido a la recurrente acreditar la paternidad biológica (padre natural de nacionalidad belga) de uno de sus hijos (que también era nacional de Bélgica) con objeto de regularizar su situación en territorio belga. La solución alcanzada por el TEDH, aquí sí, fue de contrariedad de la ley nacional con respecto al CEDH (artículos 6.1 y 14)⁴⁷.

En este panorama de vacilaciones, comoquiera que la operatividad del control de convencionalidad *desde abajo* depende en gran medida de la voluntad de los órganos jurisdiccionales internos, no cabe invocar la supuesta inexistencia de ese tipo de control de convencionalidad en el ordenamiento nacional controvertido como pretexto para prescindir de los recursos procesales internos y así obtener una solución más expeditiva ante el TEDH (el control de convencionalidad *desde arriba*). Esto es lo que sucedió en el *caso Anne Duda contra Francia*, en donde la demandante alegaba que la legislación nacional sobre cambio de orden de los apellidos resultaba discriminatoria desde la perspectiva del principio de igualdad entre esposos (artículo 5 del Protocolo n° 7 al CEDH). Pues bien, dicho caso fue resuelto mediante Decisión de inadmisibilidad de fecha 17 de marzo de 2009 por falta de agotamiento de los recursos internos. Según la demandante, “en el sistema jurídico francés no existe control de convencionalidad de las leyes”.

Correlativamente, el hecho de que el control de convencionalidad ejercido por la jurisdicción nacional dependa en buena medida del margen de maniobra de ésta (de lo que he llamado más arriba “voluntad jurisdiccional”) tiene asimismo como consecuencia lógica que no pueda inadmitirse una demanda por falta de agotamiento de los recursos internos, con el pretexto infundado (articulado por el Gobierno demandado) de que uno de esos recursos sería el control de convencionalidad susceptible de ser ejercido por los órganos jurisdiccionales nacionales. En la Decisión de referencia, empero, al margen de la manifestación inexacta de la demandante acerca de la inexistencia del control de convencionalidad de las leyes en el sistema jurídico francés, el TEDH entendió que sí existían remedios eficaces o no ficticios de los que la recurrente había prescindido.

Un nuevo ejemplo que reviste interés lo ofrece la decisión de inadmisibilidad pronunciada por el TEDH el 18 de junio de 2002 en el *caso Hervé*

⁴⁷ Según el párrafo 28 de la Sentencia (únicamente existe versión francesa): la demandante “*privilégie une approche in abstracto de l’article 668 du code judiciaire qu’elle soumet à un contrôle abstrait de conventionalité*”.

Patrick y Béatrice Stella y la Federación Nacional de Familias de Francia contra Francia. Dicho ejemplo facilita el acercamiento a los avances experimentados en materia de control de convencionalidad por parte de la jurisdicción nacional. En este sentido, al suscitarse por el Gobierno francés las excepciones preliminares de inadmisibilidad de la demanda (los recurrentes alegaban una violación del artículo 6.1 CEDH y del artículo 1 del Protocolo n° 1 con objeto de obtener un aumento de las prestaciones familiares), el agente gubernamental esgrimía que “el argumento basado en la vulneración de los artículos 6.1 CEDH y 1 Protocolo n° 1 por la ley de 19 de diciembre de 1997 podría haber sido invocado por vía de excepción, puesto que el juez administrativo acepta controlar, a través de tal mecanismo, la convencionalidad de las leyes, incluso de las posteriores a los tratados”, citándose al efecto la decisión “inaugural” sobre el control de convencionalidad del Consejo de Estado de 20 de octubre de 1989 (*caso Nicolo*)⁴⁸, así como las decisiones más recientes de la alta jurisdicción administrativa francesa de fechas 5 de diciembre de 1997 (*caso Lambert*)⁴⁹, 3 de julio de 1998 (*caso Bitouzet*)⁵⁰, 28 de julio de 2000 (*caso M. Tête y otros*)⁵¹ y 27 de octubre de 2000 (*caso Mme. Vignon*)⁵², en las que se resolvió precisamente sobre la compatibilidad de la legislación nacional con los artículos 6 CEDH y 1 del Protocolo n° 1.

La verdad es que la sustanciación del *caso Hervé-Patrick y Béatrice Stella y la Federación Nacional de Familias de Francia contra Francia* ante el TEDH mostró un debate procesal de gran altura, de modo que los demandantes contestaron al Gobierno que las decisiones del Consejo de Estado traídas a colación por éste no habrían hecho prosperar el control de convencionalidad ante la jurisdicción administrativa francesa, dado que la ley controvertida de 19 de diciembre de 1997 habría venido confirmada en su constitucionalidad por el control preventivo efectuado por el Consejo Constitucional francés mediante su Decisión de 18 de diciembre de 1997⁵³, con los efectos

⁴⁸ Conseil d’Etat, 20 octobre 1989, *Nicolo*, Recueil Lebon 190.

⁴⁹ Conseil d’Etat, 5 décembre 1997, *Lambert*, Recueil 460.

⁵⁰ Conseil d’Etat, 3 juillet 1998, *Bitouzet*, Recueil 288.

⁵¹ Conseil d’Etat, 28 juillet 2000, *M. Tête et autres*, Recueil 319.

⁵² Conseil d’Etat, 27 octobre 2000, *Mme Vignon*, Recueil 467.

⁵³ En su Decisión de 18 de diciembre de 1997, el Consejo Constitucional francés se pronunció en los términos siguientes: “considerando, en fin, que si el legislador tiene la facultad de adoptar, salvo en materia represiva y bajo reserva del respeto de las decisiones judiciales que han ganado la fuerza de cosa juzgada, disposiciones retroactivas con el fin de validar actos administrativos, ello no puede hacerlo sino en consideración a motivos de interés general o vinculados a exigencias constitucionales; que es a la luz

correspondientes previstos en el artículo 62.2 de la Constitución francesa referentes a la autoridad absoluta de cosa juzgada de las decisiones constitucionales y la no posible afectación de las disposiciones constitucionales por los tratados internacionales⁵⁴.

Sobre esta argumentación, bastará rebatirla diciendo que, pese a su aparente lógica, debe tenerse en cuenta la limitada cognición del Consejo Constitucional que, de un lado no utiliza como parámetro de constitucionalidad los tratados internacionales (por no integrarlos en el bloque de constitucionalidad) y, de otro lado, sí ha dado pie a ese control de convencionalidad susceptible de ser operado por la jurisdicción ordinaria (en la ya famosa Decisión n° 74-54 DC de 15 de enero de 1975 sobre el aborto)⁵⁵. De todos modos, como se señalaba, no cabe subestimar el razonamiento de los recurrentes, que por lo demás ha sido hecho valer por otros demandantes y con respecto a otros países ante el mecanismo de control del CEDH: a título de ejemplo, en el contexto de la Decisión de inadmisibilidad de la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos dictada en fecha 24 de febrero de 1995 en el *caso Bernard Andrist y otros contra Suiza*⁵⁶ (sobre la legislación federal en materia de reivindicación de prestaciones de seguridad social por parte de los suizos del Congo belga y de Ruanda), el Gobierno suizo oponía que los demandantes podían haber invocado en el ámbito interno “directamente una violación del CEDH”, mientras que

de dichos principios que debe ser apreciada la constitucionalidad de las disposiciones sometidas al examen del Consejo Constitucional”.

⁵⁴ Esta era concretamente la argumentación introducida por los recurrentes, con alusión al alcance del artículo 62.2 de la Constitución francesa, la cual “prevé expresamente que las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso alguno y se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales. El propio Consejo Constitucional atribuye la autoridad de cosa juzgada a sus propias decisiones (Decisiones n° 62-18 L de 16 de enero de 1962 y n° 92-312 DC de 2 de septiembre 1992) y las jurisdicciones del orden judicial y administrativo han juzgado que la supremacía [supralegalidad] conferida a los compromisos internacionales no se aplica en el orden interno a las disposiciones de valor constitucional”.

⁵⁵ Exactamente, en esa Decisión de 15 de enero de 1975 el Consejo Constitucional entendió que, pese al principio de primacía de los tratados sobre las leyes establecido en el artículo 55 de la Constitución, no era competente para examinar la conformidad de las leyes con los compromisos internacionales de Francia y especialmente con el CEDH: “No corresponde al Consejo Constitucional, cuando se recurre ante él en aplicación del artículo 61 de la Constitución, examinar la conformidad de una ley con las estipulaciones de un tratado o acuerdo internacional”.

⁵⁶ En el mismo sentido, la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de idéntica fecha dictada en el *caso Bruno Zarbl contra Suiza*.

aquéllos argüían que “el artículo 113.3 de la Constitución federal⁵⁷, sobre el cual se admite que se impone a todos los poderes públicos, excluye expresamente el control de constitucionalidad de las leyes federales, e igualmente su control de convencionalidad”.

Por último, es procedente señalar que la inadmisibilidad de una demanda ante el TEDH (o, en el pasado, ante la Comisión Europea de Derechos Humanos) no podrá decretarse por no haber suscitado o pedido expresamente los recurrentes el control de convencionalidad ante la jurisdicción nacional (ésta habría de hacer efectivo en su caso el principio *iura novit curia*), sino por no haber agotado o utilizado un recurso efectivo en el ámbito interno a través del cual plantear eventualmente el juicio de convencionalidad. Con estas premisas se apreció la inadmisibilidad en el citado *caso Bernard Andrist y otros contra Suiza*⁵⁸. Diversamente, en la Decisión del TEDH de fecha 4 de septiembre de 2001, dictada en el *caso Jean-Marie Colombani y otros Francia* (sobre supuesta extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión por difamación al Jefe del Estado), la inadmisibilidad fue declarada por desviación procesal, en la medida en que los demandantes habían introducido ante el TEDH un motivo de impugnación novedoso que no habían articulado ante las jurisdicciones nacionales, no admitiendo la Corte de Estrasburgo la argumentación actora según la cual “si no se había invocado [tal motivo] expresamente ante las jurisdicciones internas, estaría implícitamente comprendido en las críticas dirigidas contra la *convencionalidad* de la ley [de prensa] de 29 de julio de 1881”.

⁵⁷ La referencia al artículo 113.3 de la Constitución suiza lo es al texto constitucional, ya derogado, de 29 de mayo de 1874; en la actualidad, la referencia equivalente es el artículo 189 del texto constitucional vigente de 18 de abril de 1999.

⁵⁸ En su Decisión de inadmisibilidad de 24 de febrero de 1995, “la Comisión recuerda que según su jurisprudencia, incluso aunque existan dudas sobre las posibilidades de éxito de un recurso, éste debe ser intentado (Nº 10267/83, decisión de 10.12.87, D.R. 54 p. 5; Nº 9856/82, decisión de 14.5.87, D.R. 52 p. 38). Subraya además que ya ha constatado, con ocasión del examen de la demanda Nº 16744/90, Max Studer y otros contra Suiza, que la comisión de recursos en materia de indemnizaciones extranjeras podía ser considerada como un tribunal independiente e imparcial, y que dicha comisión examinaba si el CEDH era aplicable a las causas ante ella sustanciadas y a los argumentos planteados bajo tal ángulo. De lo que se desprende que los demandantes no han cumplido con la condición de agotamiento prevista en el artículo 26 CEDH”.

IV. DIÁLOGO Y TENSIÓN DIALÉCTICA ENTRE EL TC Y EL TEDH A CUENTA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

De una primera y tal vez simplista lectura de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) podría querer pretenderse que el TC *únicamente* está sujeto a la Constitución y a la propia Ley Orgánica, reconduciendo el alcance de la primera —en lo que afecta a la presente contribución— *exclusivamente* al catálogo de derechos y libertades constitucionales, como si los mandatos interpretativo y aplicativo de la Carta Magna (artículos 10.2 y 96.1, respectivamente) no fueran dirigidos al Alto Tribunal. Por fortuna, semejante aproximación no ha constituido la regla general en la jurisprudencia constitucional, que presenta un balance bastante positivo de toma en consideración, sobre todo, del CEDH y la jurisprudencia del TEDH⁵⁹.

Ese balance genérico, por lo demás, es especialmente predicable de la actuación del TC en el ámbito de los derechos procedimentales, terreno en el que no obstante la adaptación ha venido precedida en varios supuestos por el reproche —de modo significativo y lógico, por la gran coincidencia del catálogo constitucional y del elenco de derechos reconocido en el CEDH— del TEDH en diversas facetas del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), como el deber de motivación de las resoluciones judiciales (Sentencias de 9 de diciembre de 1994 dictadas en el *caso Ruiz Torija* y en el *caso Hiro Balani, ambos contra España*) o la propia configuración y funcionamiento de la jurisdicción militar (Sentencia de 25 de julio de 2002 dictada en el *caso Perote Pellón contra España*), entre otras. Lo mismo ha ocurrido en lo relativo a las garantías de la libertad personal (artículo), en donde se ha verificado alguna significativa llamada de atención por parte del TEDH, como en el terreno de las escuchas telefónicas (Sentencia de 30 de julio de 1998 dictada en el *caso Valenzuela Contreras contra España* y Sentencia dictada el 18 de febrero de 2003 en el *caso Prado Bugallo contra España*).

El mencionado balance positivo no es siempre extensible a los derechos sustanciales, en donde las excepciones podrían llegar a atisbarse como desmerecedoras de la posición que el TC ocupa como pieza de cierre del sistema constitucional de derechos y libertades. El juego de esas excepciones se presenta de lo más interesante a la hora de ponderar el potencial alcance del control de convencionalidad en España, en la medida en que permite

⁵⁹ Un acercamiento exhaustivo a dicho balance en M.J. Agudo Zamora, *Tribunal Constitucional y Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.

apreciar si la jurisdicción ordinaria adolece del mismo enfoque sesgado que la jurisdicción constitucional (con *seguidismo* o profesión de fe jurisprudencial “ciega” al TC), es decir, una suerte de adhesión positivista a la lista constitucional de derechos prescindiendo de los referidos mandatos interpretativo y aplicativo de los artículos 10.2 y 96.1 CE.

Pues bien, con carácter general parece verificarse esa profesión de fe jurisprudencial constitucional, llamando por ello mismo la atención los supuestos aislados en los que la jurisdicción ordinaria se alinea de manera articulada con la jurisdicción internacional y descarta la aplicación *antagónica* llevada a cabo por la jurisdicción constitucional. Creo que los supuestos más notorios y criticables de falta de sintonía de la jurisdicción constitucional con respecto al canon europeo y en los que, excepcionalmente, la jurisdicción ordinaria se hace eco directamente del estándar continental, tienen que ver con la ruptura del paralelismo por parte del Tribunal Constitucional español entre el artículo 18 CE y el artículo 8 CEDH en materia ambiental (con respecto a la noción de domicilio) y en el ámbito de la reagrupación familiar de personas extranjeras.

En ambos terrenos, el TC ha declarado expresamente que, pese a conocer y ser consciente de la jurisprudencia “benévola” del TEDH referente al artículo 8 CEDH (por ejemplo, en materia de expulsión de extranjeros y reagrupación familiar —desde la Sentencia dictada el 21 de junio de 1988 en el *caso Berrehab contra Países Bajos*— o de contaminación acústica —Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2004 pronunciada en el *caso Moreno Gómez contra España*—), dice no compartirla y, en consecuencia, declara que no tiene porqué aplicarla, bajo el pretexto de que el artículo 18 CE no coincidiría absolutamente con la disposición convencional europea⁶⁰.

En tal sentido cabe mencionar la STC 236/2007, de 7 de noviembre (sobre la noción de reagrupación familiar)⁶¹ o la más reciente STC 140/2009,

⁶⁰ La postura del TC es considerada adecuada por P. Santolaya Machetti, “El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)”, en el colectivo *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (coord. P. Santolaya y J. García Roca), CEPC, Madrid, 2ª ed., 2009, p. 552: al aludir a los “aspectos no íntimos que el TEDH ha deducido del derecho a la vida familiar”, añade el citado autor que “constituyen un interesante elemento de contraste con nuestra jurisprudencia que, en líneas generales no ha seguido esta línea, sino que, cuando se ha enfrentado a uno de estos problemas ha tendido a analizarlo desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva”.

⁶¹ Así, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, nuestra jurisdicción constitucional se muestra más proclive a la concurrencia que a la complementariedad, cuando afirma (EJ 11) que “este derecho a la reagrupación familiar, sin embargo, no forma parte del

de 15 de junio (igualmente en relación con el arraigo familiar⁶², en un supuesto de aplicación de la sanción de expulsión en lugar de la de multa⁶³); en la misma línea, la STC 119/2001, de 24 de mayo, o la STC 16/2004, de 23 de febrero (sobre medio ambiente y contaminación acústica)⁶⁴. Resulta: desfase entre la jurisprudencia constitucional y la europea⁶⁵.

contenido del derecho consagrado en el artículo 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. (...). La jurisprudencia del TEDH, *en contraste con* la de este Tribunal, (...).”

⁶² Se afronta dicha cuestión en la STC 140/2009 a través del juego combinado de los artículos 24 y 39 de la Constitución (FFJJ 5 y 6), eludiendo su enfoque bajo el ángulo del artículo 18 de la Carta Magna.

⁶³ Al respecto, véase al reciente *Sentencia de 22 de octubre de 2009 del TJUE, casos Zurita García y Choque Cabrera*, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08.

⁶⁴ En la STC 119/2001, de 24 de mayo, nuestra jurisdicción constitucional no se hizo eco de los cánones europeos, siendo precisamente esta Sentencia constitucional la que agotó la vía judicial previa en España y dio origen a la *STEDH Moreno Gómez contra España* de 16 de noviembre de 2004. Por otra parte, en las SSTC 199/1996, de 3 de diciembre, y 16/2004, de 23 de febrero, no se reconoce expresamente acatar los parámetros jurisprudenciales europeos, sino solamente ser “consciente” del valor de la doctrina del TEDH resaltando “las diferencias normativas existentes entre la CE y el CEDH”, declarando concretamente en el FJ 3 (STC 16/2004): “Este Tribunal ha sido en todo momento consciente del valor que por virtud del art. 10.2 CE ha de reconocerse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales (por todas, STC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3). En lo que ahora estrictamente interesa, dicha doctrina se recoge especialmente en las citadas SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia, algo matizada en la de 8 de julio de 2003, caso Hatton y otros contra Reino Unido. En dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, pár. 51, y de 19 de febrero de 1998, pár. 60). Dicha doctrina, de la que este Tribunal se hizo eco en la STC 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 2, y en la STC 119/2001, de 8 de junio, FFJJ 5 y 6, debe servir, conforme proclama el ya mencionado art. 10.2 CE, como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales (STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8). En el bien entendido que ello *no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución española y el Convenio europeo de derechos humanos* ni la antes apuntada necesidad de acotar el ámbito del recurso de amparo a sus estrictos términos, en garantía de la operatividad y eficacia de este medio excepcional de protección de los derechos fundamentales”.

⁶⁵ Al comentar la STC 119/2001 que dio origen a la *STEDH Moreno Gómez*, se ha criticado “la interpretación restrictiva del TC: una incorporación de criterios incompatible con el canon europeo” (p. 345), por cuanto “no hay duda que es el canon europeo

Ante tal dilema, estimo que las jurisdicciones ordinarias españolas han optado en general por la solución más correcta (la sentada por el TEDH)⁶⁶, de conformidad con el principio *favor libertatis* y con la solución internacionalizada impuesta por la Ley Suprema española (artículo 10.2)⁶⁷, tanto más cuanto que el TC no esgrime ninguna *reserva de constitucionalidad* o motivo alguno que respalde una *identidad constitucional*, sino más bien una exégesis que nada tiene que ver con la interpretación evolutiva que el propio TC ha hecho valer en otras ocasiones.

Para cerrar el círculo de tensiones dialécticas entre el TC y el TEDH me parece interesante traer a colación dos supuestos que invitan a la reflexión. El primero viene dado por la STC 127/1994, de 5 de mayo (recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley de televisión privada de 1988), en donde la jurisdicción constitucional española dijo inspirarse en la Sentencia dictada en fecha 24 de noviembre de 1993 por el TEDH en el *caso Informationsverein Lentia y otros contra Austria* (ausencia de pluralismo a causa del monopolio de la televisión pública) para dar por buena la solución no plural de la organización de la televisión privada en España a tenor de las limitaciones técnicas y financieras existentes a la sazón en el espacio radioeléctrico español (en especial, FJ 7). La reflexión discurre en torno a si el TC ha ejercido un correcto margen de apreciación o simplemente ha incurrido en un uso sesgado de la sentencia europea.

la fuente inspiradora que movió al Pleno del TC a admitir la existencia de una serie de elementos medioambientales que podían suponer una injerencia ilegítima en los derechos fundamentales de las personas. No obstante, en el momento de aplicar los criterios generales al asunto concreto la sintonía entre la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia europea se desvanecía” (p. 347): así, A. Queralt Jiménez, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008.

⁶⁶ Las resoluciones judiciales más interesantes han sido dictadas por la mayor parte de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, esto es, ya sea entendiendo que la Administración Pública no cumplía con sus obligaciones positivas frente a los ruidos y molestias provocados por terceros, ya sea abordando directamente la responsabilidad patrimonial de dicha Administración. Al respecto, merece destacar la “pionera” en la recepción de la jurisprudencia del TEDH (con referencia primordial al caso López Ostra contra España de 9 de diciembre de 1994), a saber, la Sentencia del TSJ de la Comunitat Valenciana n° 235/1997, de 7 de marzo, citada en otras posteriores (así, Sentencia del TSJ de la Comunitat Valenciana n° 1426/1998, de 18 de noviembre, RJCA 1998\4198). Con carácter más reciente, puede citarse la Sentencia del TSJ de las Islas Canarias n° 138/2007, de 22 de junio (JUR 2007\348904), FJ 2°.

⁶⁷ Esta postura la ha sostenido asimismo J. M. Bandrés Sánchez-Cruzat, *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ya cit., p. 136.

En el segundo supuesto, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, declaró inconstitucional el verbo “negar” en el artículo 607.2 del Código penal (referente al crimen de genocidio), haciendo prevalecer la libertad de expresión. Con tal proceder, el TC confirmaba solamente como susceptible de sanción penal el acto de “justificar” incluido en la citada disposición. Esta decisión plantea igualmente problemas de coherencia con la jurisprudencia europea que, curiosamente, el propio TC (FJ 5) dice aplicar (por ejemplo, la Sentencia dictada en fecha 29 de junio de 2004 por el TEDH en el *caso Chauvy y otros contra Francia*). Una vez más, en la reflexión sobre si se ha actuado con arreglo a un correcto margen de apreciación o se ha incurrido en cierto uso sesgado, más bien parece ser lo segundo⁶⁸; ello es así, sobre todo, si se tiene en cuenta que, ante la posición no matizada del TC, cobra más fuerza la jurisprudencia europea que reprocha las tesis revisionistas xenófobas y antisemitas: de hecho, el TEDH llega incluso a declarar la inadmisibilidad de las demandas que persiguen escudarse en la libertad de expresión para proferir semejantes ataques verbales frente a la dignidad humana (por ejemplo, decisión de inadmisibilidad dictada el 24 de junio de 2003 en el *caso Garaudy contra Francia*).

V. CONSIDERACIONES FINALES

La problemática delimitación del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad y, por ende, el diálogo entre el TC y el TEDH se torna más complejo si se toma en consideración que la fuente internacional que servirá de parámetro de convencionalidad no es necesariamente unívoca en el escenario de la *protección multinivel de los derechos fundamentales*. Efectivamente, es posible que al operador jurídico nacional se le presenten, junto al canon del CEDH y del TEDH, “soluciones europeas” divergentes o incluso contradictorias. ¿Qué hacer en tales supuestos?

La respuesta a semejante interrogante no siempre habrá de discurrir por el camino del control de convencionalidad, pues lógicamente a las jurisdicciones nacionales no les es dado resolver los dilemas que les plantea la protección europea de los derechos fundamentales y cuyo arreglo pasa por decisiones a escala europea. El ejemplo más claro de las asignaturas pendientes lo ofrece la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*;

⁶⁸ Una crítica en el sentido aquí mantenido, ha sido efectuada por J. Tajadura Tejada, “Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 80, 2008, pp. 233-255.

sin perder de vista que la cuestión de las garantías jurisdiccionales no ha sido diseñada en ella *a la medida* de la ciudadanía⁶⁹, basta reparar ahora en la compleja articulación de los niveles de protección que incluye: por limitarnos a los tres cánones más explícitos a escala continental (Derecho de la UE, CEDH y Carta Social Europea) ¿a qué estándar europeo habrá de estar la jurisdicción nacional cuando medien divergencias interpretativas entre el TJUE y el TEDH⁷⁰, entre el TJUE y el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)⁷¹, o entre el TEDH y el CEDS⁷²? El punto de partida más satisfactorio para ofrecer una respuesta habría de situarse en principio *favor*

⁶⁹ Una crítica al respecto en A. Rallo Lombarte, “Las garantías jurisdiccionales de los Derechos Fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Comentarios a la Constitución Europea* (dir. por E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol), libro II, Tirant lo Blanch/Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana, Valencia, 2004, pp. 1629-1652.

⁷⁰ Al margen de contenciosos clásicos, la integración del acervo de Schengen y la evolución del espacio de libertad, seguridad y justicia con la introducción de novedades como la “euroorden”, abonan las posibles divergencias: véase S. Sanz Caballero, “Interferencias entre el Derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo): ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 17, enero/abril 2004; o, más recientemente, J. Palacio González, “La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 40, 2009. Léase igualmente L. Tomasi, “Il dialogo tra Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona”, en el colectivo *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona* (coord. M.C. Baruffi), Cedam, Padova, 2008.

⁷¹ Como ilustración de potenciales conflictos (en este caso llegaron a similar conclusión al pronunciarse sobre idéntico supuesto —relativo al cómputo de las “guardias localizadas” como tiempo de trabajo o como período de descanso—, pero a través de una *ratio decidendi* diversa en cada caso) puede verse la *Decisión de fondo del CEDS de fecha 8 de diciembre de 2004 sobre la Reclamación colectiva n° 22/2003 (caso Confederación General del Trabajo contra Francia)*, y la *Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2005 dictada por el TJUE en el caso Abdelkader Dellas, Confédération générale du travail y otros contra Premier ministre, Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité* (asunto C-14/04).

⁷² En el terreno de las divergencias, hasta el año 2006 el TEDH había mantenido una postura más restrictiva que la del CEDS en materia de libertad sindical negativa. Efectivamente, el CEDS había elaborado una interpretación más dinámica y favorable a la libertad sindical (artículo 5 CSE) en su faceta negativa (con respecto a las cláusulas de monopolio sindical previas a la contratación) que la jurisprudencia inicial más restrictiva de dicha libertad del TEDH (artículo 11 CEDH). Ese enfoque evolutivo del CEDS (confirmado mediante la *Decisión de fondo de 22 de mayo de 2003, dictada en la Reclamación colectiva n° 12/2002, Confederación de empresas suecas contra Suecia*) ha sido objeto de recepción por la jurisprudencia ulterior del TEDH, con mención expresa a la jurisprudencia del CEDS (así, en la *Sentencia dictada por el TEDH —Gran Sala— el 11 de enero de 2006 en el caso Sørensen y Rasmussen contra Dinamarca*).

libertatis, teniendo en mente la idea de la “integralidad maximizadora” del sistema global de derechos humanos⁷³. Por supuesto, ese principio del estándar más favorable será fácilmente verificable en las relaciones verticales, comportando en cambio más dificultades en las relaciones horizontales.

Esa solución interpretativa, que eventualmente se articulará en el ámbito interno a través del control de constitucionalidad y/o de convencionalidad, tendría que asentarse sobre bases más sólidas o menos aleatorias o, en otras palabras, habría de ser complementaria de soluciones normativas europeas tendentes a evitar las fricciones, como la adhesión de la UE al CEDH, así como a la Carta Social Europea. Como es sabido, la primera adhesión está prevista (e impuesta como obligación, no como mera opción) en el artículo 6 del Tratado de la UE tras la modificación operada mediante el Tratado de Lisboa (en vigor desde el 1 de diciembre de 2009), así como en el Protocolo n° 14 al CEDH (para cuya vigencia ha salvado el último obstáculo que le restaba, tras su ratificación por parte de Rusia el 18 de febrero de 2010). Sin embargo, la adhesión de la UE a la CSE sigue sin afrontarse decididamente: de hecho, ni el frustrado Tratado constitucional de 2004 ni el vigente Tratado de Lisboa de 2007 previeron tal posibilidad, a diferencia del Proyecto Spinelli de Constitución europea de 1984.

En cualquier caso, más allá de esas adhesiones, la vigencia de la Carta de los derechos fundamentales es susceptible de desempeñar en el ámbito doméstico una función nada desdeñable de *pasarela material* de compromisos internacionales no suscritos por España u otros Estados miembros de la Unión Europea y que, en cambio, han sido utilizados en la redacción y recogidos en el texto de dicha Carta, tal como aparece reflejado en las Explicaciones anejas (por ejemplo, la Carta Social Europea revisada del Consejo de Europa)⁷⁴.

⁷³ Expresión que utiliza G.J. Bidart Campos, “La interpretación del sistema de derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 19, 1994, pp. 29-31.

⁷⁴ Semejante función ha sido acertadamente apuntada por J.I. Ugartemendia Eceizabarrera, “De la posible influencia de la Constitución europea sobre la vigente interacción constitucional europea en la tutela de los derechos fundamentales”, en el colectivo *La Constitución Europea* (coords. M. Carrillo y H. López Bofill), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 134: al referirse a la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales, afirmó el citado autor que su vigencia puede provocar “un aumento de la incidencia ‘indirecta o mediata’ del CEDH (y de otros instrumentos internacionales o supranacionales relativos a Derechos a los que, aunque en menor medida, también se abre la Carta) sobre el orden interno”.

A mi modo de ver, y reconociendo su carácter controvertido, la puesta en práctica del control de convencionalidad constituye una exigencia constitucional que, avalada por una adecuada praxis, permite fortalecer el conjunto de las fuentes del Derecho dotándole de coherencia, engrasar el entramado institucional restándole fricciones interorgánicas y, ante todo, reforzar el sistema de derechos fundamentales imprimiéndole dinamismo y mejorando los medios de garantía. Naturalmente, la puesta en marcha de un mecanismo difuso de supervisión como es el control de convencionalidad pasa, irremediablemente, por el previo conocimiento de las normas y las jurisprudencias internacionales que sirven como parámetro de control y por el consecuente *self-restraint* en el momento de su efectivo ejercicio por la jurisdicción nacional⁷⁵. Se apela por, tanto, no sólo a la responsabilidad última de los órganos jurisdiccionales encargados de poner en práctica esa vía de control⁷⁶, sino ante todo a la responsabilidad de la academia, que debe allanar el camino ofreciendo elementos que faciliten la tarea aplicativa.

Bajo el ángulo expuesto, las razonables cautelas con las que tiene que ser enfocado el control de convencionalidad (para evitar un *activismo judicial* que genere inseguridad jurídica y desigualdad aplicativa del Derecho) no pueden erigirse en otros tantos pretextos para descartar ese control (para no dejar de infundir una necesaria *voluntad jurisdiccional* que, por otra parte, responde a un mandato constitucional de optimización de los derechos y libertades). Las ventajas, en todo caso, son mayores que los inconvenientes; adicionalmente, aquéllas son trasunto de una obligación constitucional, mientras éstos traducen injustificados recelos hacia un control difuso operado por la jurisdicción nacional.

Por consiguiente, el ejercicio en España de un control de convencionalidad basado en una comprensión profunda e integradora del sistema de

⁷⁵ En el ámbito latinoamericano, por referencia a Argentina, léase M.A. Gelli, "El liderazgo institucional de la Corte Suprema y las perplejidades del caso Mazzeo", en *La Ley*, viernes 7 de diciembre de 2007, pp. 1-2. En esta línea abunda V. Bazán, "La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho interno", *Revista de Derecho Político*, n° 73, 2008, pp. 313-373.

⁷⁶ Se trata, indudablemente, de una responsabilidad prioritariamente deontológica, pero cuyas implicaciones merecerían una aproximación prospectiva en clave de responsabilidad civil: para su encuadre, acúdase a L. Delgado del Rincón, "Las limitaciones material y procesal a la responsabilidad civil del juez en el Derecho español: regulación legal e interpretación jurisprudencial", *Revista del Poder Judicial*, n° 81, 2006, pp. 11-49.

fuentes del Derecho y, por tanto, *matizado* con relación al control de constitucionalidad ejercido por el TC, reviste una cierta complejidad que, no obstante, conviene afrontar y superar⁷⁷. Por tales motivos, resulta imprescindible que ese diálogo “horizontal” en el ámbito de la jurisdicción nacional (constitucional y ordinaria) se desenvuelva a la par de un diálogo “vertical” más globalizado entre las jurisdicciones nacionales e internacionales⁷⁸. Lo cual lleva nuevamente a insistir en la importancia de la formación de la judicatura, que pasa no sólo por el espíritu de apertura hacia lo que hacen las demás jurisdicciones en el contexto del globalizado “comercio de los jueces”, sino *prima facie* por una seria implicación de las Universidades en dicha formación⁷⁹.

Y no se trata de multiplicar la “guerra de cortes”, sino de reducirla, de aspirar a paliarla y, en suma, de generar sinergias y convergencias interpretativas y aplicativas entre todas esas jurisdicciones (ordinarias, constitucionales y supranacionales). De hecho, en esta misma línea se ha resaltado que el riesgo de generar inseguridad jurídica no reside tanto en el control de convencionalidad difuso operado por la jurisdicción ordinaria, sino paradójicamente en la falta de sensibilidad de dicha jurisdicción para ejercerlo de manera leal con arreglo a los parámetros europeos y con actitud abierta

⁷⁷ La función de envergadura que está llamada a desempeñar en tal sentido la jurisdicción nacional “asumiendo *la importancia axiológica de las fuentes jurídicas internacionales*”, ha sido resaltada por V. Bazán, “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, ya cit., p. 178. En esta misma línea, y aunque no se pronuncie explícitamente sobre el control de convencionalidad, sí evoca una de sus claves J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas/Thomson Reuters (Cuadernos Civitas), Cizur Menor, 2010, p. 58: “una aproximación en el entendimiento de los derechos fundamentales entraña una cultura jurídica progresivamente compartida, una forma semejante de comprender el Estado de Derecho, que propicia a medio y largo plazo una aproximación normativa de las legislaciones; y que comienza por excluir o desplazar las normas nacionales que no encuentran acogida en ese mínimo denominador común en materia de derechos que el Convenio Europeo entraña”.

⁷⁸ Obviamente, la disciplina por vía judicial de ese espacio global presenta la ventaja de la “acción fluida, adaptable y corregible” de la obra de los jueces, pero acarrea el inconveniente de la “ley del caso concreto”: así lo ha observado S. Cassese, “La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all’ordine giuridico globale”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 3, 2007, p. 624.

⁷⁹ Con tal filosofía, J. Allard, y A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Éditions du Seuil et La République des Idées, Paris, 2005, p. 69.

de “diálogo” judicial⁸⁰. En última instancia, el control de convencionalidad no constituye un reto que afecte exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, sino que proyecta efectos colaterales de primera magnitud sobre la jurisdicción constitucional la cual, si permanece ajena a la *tutela multinivel de los derechos*, corre el riesgo, entre otros, de verse “puenteada” (o “*by-passada*”) por la jurisdicción ordinaria a través de un control de convencionalidad difuso⁸¹.

Semejante diálogo constituye un desafío que, con las críticas y propuestas avanzadas, se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad⁸².

KEY WORDS: Role of ordinary courts; European standards; Multi-level protection of fundamental rights; Power to set aside national legislation.

ABSTRACT: The author holds that the Spanish Constitutional system recognizes domestic courts the power to set aside national legislation which is contrary to international instruments of human rights (by means of so-called “control of conventionality”), in particular the European Convention on Human Rights and the case-law of the European Court of Human Rights. With this premise, this essay reflects on the dialogue between the Spanish Constitutional Court and the European Court of Human Rights in the light of the role of the ordinary courts in case of potential or real conflicts between the Constitutional and the European Case-Law (for instance, in the field of family union of aliens and in matters concerning noise pollution). According to the author, the Spanish Constitution (in particular, Arts. 10.2 and 96) would impose the European solution when consistent with the “favor libertatis” principle.

⁸⁰ V. Zagrebelsky, “La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione”, *Sintesi delle Relazioni* del Congreso celebrado en Milán el 4 de abril de 2004, Università degli Studi di Milano, Dipartimento Giuridico-Politico, Milán, pp. 33-34.

⁸¹ Ese riesgo es uno de los que ha apuntado A. Barbera, “La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione”, ya cit., pp. 19-20.

⁸² Desde la óptica de la jurisdicción constitucional, D. García Belaunde, *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 4ª ed., 2003, p. 65. Desde una óptica similar, V. Bazán, “Derecho Procesal Constitucional: estado de avance, retos y perspectiva de la disciplina”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 8, 2007, p. 110.

El carácter dinámico del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos¹

LUIS LÓPEZ GUERRA²

SUMARIO: I. Algunas consideraciones iniciales. II. La fragilidad inicial del sistema. III. La evolución cuantitativa del sistema. IV. La evolución del contenido de la Convención a través de la jurisprudencia. V. El alcance de los derechos protegidos. VI. La evolución de los aspectos procesales. VII. La acumulación de desafíos: el Protocolo, número 11. VIII. Las últimas reformas: el Protocolo 14. IX. La evolución interna del sistema.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES INICIALES

La consecución de un nivel de protección efectiva de los derechos básicos de la persona es parte esencial de la lucha por el Derecho. Esa protección se consigue mediante la aplicación de fórmulas o técnicas, resultado de la experiencia de muchos años. Hoy, esas técnicas se encuentran en niveles muy distintos de desarrollo, según la dimensión territorial de que se trate, estatal, regional o global.

En el mundo actual, todavía —y previsiblemente durante mucho tiempo— el nivel territorial representado por las organizaciones estatales sigue siendo el determinante en la mayor parte de las relaciones y actuaciones jurídicas. Y en este ámbito, cabría decir que la experiencia constitucional, desde las revoluciones americana y francesa, ha ido proporcionando fórmulas cada vez más efectivas para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Las declaraciones de derechos, el establecimiento de

¹ Una versión inicial de estas líneas fue publicada en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Libro homenaje a Tomás S. Vives*, dirigido por J.C. CARBONELL *et al.*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009. En la presente versión se ha alterado el orden de algunos párrafos, se ha introducido alguna actualización, y se ha incluido una sumaria bibliografía.

² Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Carlos III de Madrid. Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

la garantía judicial de los mismos, la introducción de instituciones como el *ombudsman*-defensor del pueblo, o el recurso de amparo ante la jurisdicción constitucional son ejemplos del desarrollo del Derecho de los derechos humanos en el nivel estatal. Aun cuando siempre cabrá (y deberá) existir un nivel de insatisfacción al respecto, cabría concluir que en los Estados democráticos y constitucionales dotados de Constituciones normativas, la garantía de los derechos humanos se sitúa hoy en cotas aceptables para una gran parte de la población. En todo caso, las técnicas para mejorar esa situación son bien conocidas.

Ahora bien, también es sabido que los derechos humanos necesitan una protección a nivel superior al estatal; bien porque muchos Estados no han adoptado aún las fórmulas jurídicas disponibles para su protección, bien porque, aun habiéndolas adoptado, no se aplican adecuadamente, bien porque (y éste es un elemento a tener en cuenta) la misma concepción de lo que sean los derechos fundamentales se encuentra condicionada en cada país por tradiciones e inercias culturales que reducen el número y la efectividad de esos derechos. En consecuencia, es ya una verdad banal, por lo comúnmente aceptada, que la garantía efectiva de los derechos humanos implica la existencia de una garantía supranacional³.

En un primer momento (y a esa apreciación responde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos) parece lógico concluir que esa garantía supranacional deberá ser una garantía global, común a todos los seres humanos, plasmada en un régimen universal de tales derechos. Pero la experiencia ha mostrado que es difícil, aún hoy, instrumentar garantías a ese nivel. Las diferencias políticas, económicas, sociales y culturales existentes entre los diversos Estados convierten a esa garantía en un *desideratum* cuya consecución aparece muy lejana. Ciertamente, ya se han colocado bases para su posible consolidación, como pudieran ser la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de las Naciones Unidas, o los diversos acuerdos internacionales más especializados; incluso en el

³ Un tratamiento de los diversos niveles de protección de los derechos humanos puede encontrarse en dos trabajos de dos antiguos jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: J.A. PASTOR RIDRUEJO, "El proceso de internacionalización de los derechos humanos: El fin del mito de la soberanía nacional (I). Plano universal: la obra de las Naciones Unidas" y, J.A. CARRILLO SALCEDO, "El proceso de internacionalización de los derechos humanos: El fin del mito de la soberanía nacional (II) Plano regional: el sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos" ambos publicados en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 35-46 y 47-76.

ámbito procesal ya contamos con elementos como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o el Tribunal Penal Internacional. Pero son evidentes las carencias actuales de esta protección global.

Ello da lugar a que el ámbito regional se muestre como el ámbito más propicio para el desarrollo de las garantías supranacionales de los derechos humanos, en cuanto reducido a áreas con características culturales y sociales razonablemente comunes. Esta comunidad hace factible el establecimiento progresivo de *standards* generalmente aceptados de protección, así como de instituciones que sirvan de garantía práctica de los derechos comúnmente reconocidos. La creación de subsistemas regionales de protección de derechos humanos (en Europa, en América, inicialmente en África)⁴ aparece así como la expresión más reveladora de la evolución en la protección internacional de tales derechos. De esos sistemas, es sin duda el europeo el que en estos momentos se encuentra más desarrollado, tanto en sus elementos cualitativos (acceso directo de los individuos a las instancias jurisdiccionales supranacionales) como cuantitativos.

Así y todo (y frente a la experiencia consolidada del Estado constitucional) la puesta en práctica de esos sistemas, y singularmente del sistema europeo, supone la adopción de técnicas nuevas, que tratan de enfrentarse con problemas hasta ahora irresueltos por el Derecho. Por una parte, problemas, podríamos decir, “de escala” derivados de la magnitud y extensión de los ámbitos en que esos sistemas se establecen, y que tienen carácter continental; por otra, problemas derivados de la necesidad de superar conceptos vinculados a las nociones clásicas (y evidentemente aún muy vigentes en la práctica) de la soberanía nacional y del carácter “completo” de los ordenamientos nacionales.

La novedad de estos problemas confiere al desarrollo de los sistemas regionales de protección de derechos humanos un cierto carácter de prueba y error, de ensayo de técnicas de protección cuya eficacia aún no está suficientemente comprobada. Lo que supone (como ha ocurrido también en el desarrollo del Derecho constitucional estatal) una actividad constante de búsqueda, aplicación, y, si es necesario, abandono, de fórmulas jurídicas para conseguir los objetivos últimos propuestos. Ello explica que, al menos durante algún tiempo (incluso sin necesidad de tomar por ahora en cuenta eventuales fases superiores de protección global de los derechos humanos) los sistemas regionales de protección de esos derechos, y concretamente el

⁴ Para un tratamiento ya clásico de este tema, ver F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.

sistema europeo, sólo sean comprensibles en cuanto realidades dinámicas, sujetas ya en su corta historia a notables cambios que, muy probablemente, continuarán en un futuro.

II. LA FRAGILIDAD INICIAL DEL SISTEMA EUROPEO

La aprobación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en 1950 supuso sin duda un hito en la historia de la protección internacional de los derechos humanos; aparte de llevarse a cabo una declaración de derechos que se consideraban consustanciales a la persona, en la estela de la Declaración Universal de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por primera vez, como es bien sabido, se preveía un sistema de garantía de carácter colectivo de esos derechos, independiente del principio de reciprocidad.

Hoy esta última característica se considera como una práctica ya consolidada en la práctica internacional, al menos en determinadas áreas geográficas. Pero en su momento y quizás precisamente por la novedad que representaba, cuando se considera retrospectivamente el momento y las circunstancias en que se originó, el año 1950, destaca la aparente fragilidad del sistema que se pretendía crear. Sólo unos pocos Estados integraban entonces el Consejo de Europa. En el Centro y el Este del continente se habían consolidado Estados desprovistos de sistemas constitucionales y democráticos; en cuanto al Sur de Europa, la Península Ibérica era gobernada por regímenes dictatoriales, y el Reino de Grecia mostraba (como efectivamente se comprobaría más adelante) apariencias de inestabilidad constitucional que no dejaban de arrojar dudas sobre su futuro.

Las dudas sobre la efectividad del nuevo sistema podrían extenderse a otros aspectos. Por lo que se refiere al mismo contenido de los derechos reconocidos, sólo tras arduas discusiones se había podido llegar a un texto consensuado en el seno del Consejo de Europa. Ese consenso se había logrado al precio de enunciar una lista limitada de derechos; no sólo se excluían los derechos económicos y sociales (los derechos de la “segunda generación”) sino que, incluso respecto de los derechos clásicos, civiles y políticos, la lista del Convenio Europeo resultaba destacadamente menos ambiciosa que la representada por la Declaración Universal de 1948. Y aún más: desde el punto de vista procesal, el nuevo sistema no había podido desligarse de las tradiciones del Derecho Internacional que configuraban a los Estados como únicos sujetos de Derecho en ese ámbito; de manera que, en el caso del Convenio, el acceso directo de los sujetos individuales a

la protección jurisdiccional de los derechos allí reconocidos, por parte del órgano que a este efecto se creaba (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) quedaba excluido en forma directa, y sólo era posible por complejas e indirectas vías, a través de peticiones a un órgano no jurisdiccional, la Comisión Europea de Derechos Humanos, trasladables eventualmente, al Tribunal Europeo. Ello, desde luego, en el supuesto de que los Estados firmantes del Convenio optasen efectivamente por reconocer la jurisdicción de la Comisión y el Tribunal que allí se creaban, en supuestos de peticiones individuales. Por otra parte, el sistema no suponía la presencia de una garantía jurisdiccional plena, ya que quedaba abierta la posibilidad de que los casos relativos a las violaciones de derechos humanos fueran resueltos por un órgano político, el Comité de Ministros.

Vale la pena recordar todas estas particularidades para comprobar que, frente a todas las probabilidades en su contra que auguraba un comienzo de este tipo, el sistema europeo de protección de Derechos Humanos ha experimentado una evolución que —con todos los problemas que aún se plantean— ha dado lugar a la consolidación de una estructura que se ha revelado eficaz, con unos efectos probablemente impensables, aún con el mayor optimismo, para sus creadores en 1950. Los cambios que en el sistema se han producido dan lugar a que su comprensión sólo sea posible desde una perspectiva dinámica, esto es, teniendo en cuenta las innovaciones introducidas a lo largo de su historia, y las que —deseablemente— se producirán en el futuro. Pues el alcance y significado de muchos de los componentes del sistema (sustantivos o procesales) sólo son comprensibles como resultado de una evolución aún en marcha⁵.

III. LA EVOLUCIÓN CUANTITATIVA DEL SISTEMA

Aspecto importante, al menos desde un punto de vista cuantitativo, de esta evolución (y factor al menos parcialmente explicativo de la misma) ha sido la progresión del número de Estados firmantes del Convenio, y, en consecuencia, del número de las personas que se ven protegidas por él (y, lógicamente, del número de demandas que se formulan ante el Tribunal Europeo). Vinculando inicialmente sólo a unos pocos Estados de Europa Occidental (entró en vigor en 1953, cuando el Convenio obtuvo la décima

⁵ Una exposición del desarrollo del sistema creado por el Convenio puede encontrarse en el libro de Ed BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

ratificación), el Convenio ha ido extendiendo su radio de acción en varias fases; en los años setenta, a los países del Sur de Europa, tras la caída de las dictaduras en España, Portugal y Grecia (que se reintegró al Consejo de Europa tras el fin del “régimen de los coroneles”); a partir de los noventa, a los países de Europa Central y del Este, incluyendo a los países del Cáucaso. A la hora de escribir estas líneas, el último Estado, hasta el momento, en integrarse en el sistema europeo de protección de derechos humanos ha sido Montenegro. Es cierto que se ha tratado de un proceso de larga duración: el Tribunal Europeo no entró en funciones hasta 1959, y el reconocimiento pleno de su jurisdicción respecto de demandas individuales se realizó paulatinamente. Por ejemplo, algún Estado “fundador” como Francia no ratificó el Convenio hasta el año 1974, y sólo posteriormente admitió la jurisdicción del Tribunal Europeo respecto de demandas individuales. Pero en todo caso, y como consecuencia de esa evolución, hoy el Convenio está en vigor, con alguna excepción, en todos los Estados de Europa, en un ámbito geográfico que va de Islandia a Kamchatka. Ello supone que hay ochocientos millones de personas dentro del territorio sometido a su jurisdicción⁶.

Conviene recordar además que la extensión del Convenio no es sólo de índole cuantitativa: a partir de 1993, se sentó por los órganos del Consejo de Europa que la pertenencia a éste vendría condicionada, no sólo por la firma del Convenio, sino también por la aceptación de la jurisdicción del Tribunal Europeo (y, antes de la entrada en vigor del Protocolo 11, también de la Comisión Europea) en relación con reclamaciones individuales. Cabe suponer que, si no cambia radicalmente el diseño inicial, el ámbito de acción de la Convención ha llegado, territorialmente, a sus límites naturales. Ahora bien, queda aún un margen para la ampliación. No hay que olvidar que, como resultado del desarrollo del proceso de integración europeo se planteó en su momento la cuestión relativa a la adhesión de la Unión Europea al Convenio de 1950, con las consiguientes consecuencias en cuanto a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tal posibilidad se contempló en el nonato Tratado que establecía una Constitución para la Unión Europea; y ha encontrado su expresión en la actualidad en el Tratado de Lisboa, aprobado el año 2009, así como en el mismo texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷.

⁶ Para el sentido del término “jurisdicción” empleado en el Convenio, son determinantes las sentencias *Al Skeini c. Reino Unido* (2011) y *Al Jeda c. Reino Unido* (2011).

⁷ El artículo 59.2 del Convenio, según la redacción dada por el Protocolo 14 al mismo, establece que “La Unión Europea podrá acceder al Convenio”. Sobre este tema, ver,

La evolución del Convenio no se ha producido únicamente en lo que se refiere al ámbito de vigencia de sus preceptos. Otro aspecto merece especial consideración, para comprender el carácter dinámico del sistema europeo de protección de derechos humanos. Como se apuntó, la lista inicial de derechos reconocidos en el texto de la Convención aparecía como reducida en comparación con la Declaración Universal de las Naciones Unidas. El proceso para la elaboración de esa lista fue largo y abundante en debates. Así y todo, su resultado se ha visto afectado con posterioridad por diversas vías.

Una de ellas ha sido la adición de hasta catorce Protocolos al texto original (algunos de ellos modificándolo) si bien varios han perdido efectividad, como resultado de la aprobación de protocolos posteriores. No deja de resultar digno de atención el primero de ellos, el denominado Protocolo Adicional, aprobado en 1952. Se refiere este Protocolo a materias que habían quedado fuera del texto del Convenio, por su carácter especialmente delicado, y la consiguiente dificultad para llegar a acuerdos sobre ellas: el derecho de propiedad, el derecho a la educación, el derecho a elecciones libres. Baste recordar, como manifestación del especial carácter de estos derechos, que alguno de ellos (así el derecho de propiedad) no tiene rango de derecho fundamental en muchas Constituciones (por ejemplo la española) y que las diversas dimensiones del derecho a la educación siguen dando lugar a abundantes controversias constitucionales y judiciales en nuestros días. Otros Protocolos ha venido a incluir en la lista de derechos reconocidos derechos como la libertad de circulación, o el derecho de los nacionales de no ser expulsados de su país (Protocolo n. 4) el derecho a no ser condenado a muerte ni ejecutado (Protocolos n. 6 y 13) el derecho a un doble grado de jurisdicción (Protocolo n. 7) o el derecho a no ser discriminado (Protocolo n. 12). Conviene también recordar que la entrada en vigor de los protocolos se hace depender de su ratificación por un determinado número de Estados, y en ocasiones de la totalidad de los Estados miembros del Consejo de Europa (lo que explica la ya aludida tardanza de la entrada en vigor de alguno de ellos) así como que su vigencia en un Estado determinado depende de la concreta ratificación por éste. Como ejemplo, el Protocolo 7, aprobado en 1984, referente entre otros aspectos al derecho a una doble instancia jurisdiccional, si bien está en vi-

del autor de estas líneas, "Derechos e integración europea" en *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, coordinado por J.I. UGARTEMENDIA y G. JÁUREGUI, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 17-40.

gor, extiende su efectividad únicamente a los Estados que lo han ratificado. Debe señalarse que España ratificó este Protocolo mediante Instrumento de Ratificación de 28 de agosto de 2009⁸.

IV. LA EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO DEL CONVENIO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

Un elemento importante en el desarrollo y evolución del sistema de protección de derechos ha sido la interpretación por parte del Tribunal Europeo del contenido del Convenio. No sería correcto hablar de una “ampliación” de ese contenido: el Tribunal se encuentra habilitado para actuar únicamente dentro de los límites del Convenio, y por tanto no puede “crear” nuevos derechos. Pero su labor ha consistido en precisar cuál sea el alcance concreto de los derechos reconocidos, y en esa labor, la protección que el Convenio presta se ha revelado mucho más densa de lo que podría esperarse de la sucinta (al menos comparativamente) enumeración contenida en el mismo Convenio y sus protocolos. El Tribunal ha insistido en dos aspectos decisivos a este respecto: por una parte (*Airey c. Irlanda*, 1979), en que la protección de tales derechos debe entenderse como protección efectiva y no meramente formal (lo que supone consecuencias relevantes a la hora de determinar el alcance de cada derecho, y las medidas necesarias para protegerlo) y por otra que los derechos reconocidos suponen una protección frente a circunstancias cambiantes, o imprevistas por los redactores de 1950; la Convención sería un instrumento vivo, que aspira a mantener su vigencia y efectividad a través de cambios sociales de todo tipo (*Tyrer c. Reino Unido*, 1978; *Marckx c. Bélgica*, 1979).

La interpretación del texto del Convenio y sus Protocolos, que ha tenido en cuenta la interconexión entre sus diversos mandatos, ha dado lugar a un cuerpo de doctrina jurisprudencial que constituye ya un verdadero

⁸ Los textos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y normas complementarias, incluidos los Protocolos, están recogidos en la recopilación a cargo de Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ y Pablo PÉREZ TREMPES, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2010. Para el texto del Reglamento del Tribunal, y formularios de demanda, Carmen MORTE-GÓMEZ, *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

sistema integrado de derechos. Ello se ha conseguido en un proceso paulatino mediante técnicas muy diversas⁹.

Una de ellas, de carácter inicial, ha sido el empleo de los llamados “conceptos autónomos”¹⁰ (*Engel y otros c. Países Bajos*, 1976; *König c. Alemania*, 1978), a la hora de definir el significado que el Tribunal da a los términos de la Convención. El Tribunal ha preferido, en forma consistente, establecer que esa definición debía realizarla el propio Tribunal, sin adoptar forzosamente el sentido que a esos conceptos dieran los ordenamientos nacionales. De esta forma, el Tribunal ha creado su propio sistema de conceptos, independientemente del alcance de los mismos en los sistemas conceptuales de la legislación, la jurisprudencia o la doctrina en los Estados firmantes. Ejemplos de esta posición pudieran ser la definición del concepto de “víctima” del art. 34 del Convenio, acuñado por la doctrina jurisprudencial (*Klass c. Alemania*, 1978) o el concepto de “acusación” o “infracción” del artículo 6, que, de acuerdo con el Tribunal no se ve restringido a los supuestos incluidos en los procedimientos formalmente definidos como penales propios de cada ordenamiento, pudiendo englobar también supuestos definidos localmente como de “infracciones administrativas” (*Deweer c. Bélgica*, 1980; *Engel*, cit.).

Otra técnica, estrechamente vinculada al principio de “protección efectiva” ha sido la adopción del concepto de obligación positiva, en el sentido de que los poderes públicos del Estado no solamente deben abstenerse de llevar a cabo actividades contrarias al respeto de los derechos protegidos por el Convenio, sino que necesariamente han de proveer los medios necesarios para la defensa efectiva de esos derechos (*Airey*, cit; *López Ostra c. España*, 1994). Y ello tanto en lo que se refiere a vulneraciones causadas directamente por esos poderes públicos, como también en los supuestos

⁹ La obra de referencia en España sobre el Convenio es la de J.A. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2004. Para una visión de su jurisprudencia, puede encontrarse una amplia exposición en Josep CASADEVALL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch 2011, así como en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (Coords.) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2010. Obras de consulta obligada sobre la jurisprudencia del Tribunal son las de D.I. HARRIS, M. O'BOYLE *et al.* *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, y P. VAN DIJK, G. VAN HOOFF *et al.* *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006.

¹⁰ Sobre este tema, D. POPOVIĆ “Autonomous Concepts of the European Human Rights Law” en M. JOVCANOVIC e I. KRSTIC, eds. *Human Rights Today. 60 Years of the Universal Declaration*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2010, pp. 113-126.

en que la inacción de tales poderes se convierte en elemento determinante de esa violación, aun cuando ésta se haya iniciado por actuaciones de terceros particulares. Si bien la Convención protege a los justiciables frente a los poderes públicos (sin que quepan reclamaciones frente a alegadas violaciones por individuos particulares, en cuyo caso se trataría de supuestos excluidos de la jurisdicción del Tribunal *ratione personae*) esa protección se entiende como dirigida tanto contra la acción como contra la inacción de tales poderes, dando lugar al llamado efecto horizontal del Convenio.

La intensidad de la protección de derechos por parte del Convenio se ha visto reforzada adicionalmente, en la jurisprudencia del Tribunal, mediante un análisis conjunto de sus disposiciones, teniendo en cuenta la conexión entre los diversos derechos, de forma que la protección acordada a alguno de ellos se proyecta forzosamente sobre el régimen de derechos distintos. Un ejemplo podría ser el referido a las garantías exigidas respecto del procedimiento ante los Tribunales, garantías recogidas en el artículo 6 de Convenio. Si bien este artículo no se refiere a las condiciones de la detención (reguladas por el artículo 5) es evidente que al constituir la detención un elemento inicial en el transcurso de muchos procedimientos penales, esas condiciones podrán afectar decisivamente a la adecuación del proceso y su regularidad de acuerdo con el Convenio. Ello ha conducido a que las condiciones de la detención sean analizadas por la jurisprudencia del Tribunal desde la perspectiva de ambos artículos, es decir, teniendo en cuenta no sólo las exigencias derivadas del principio de libertad individual, sino también de las que resultan del respeto a las condiciones del proceso debido (*Salduz c. Turquía*, 2008).

Un ejemplo adicional, en esta misma línea, podría ser la corriente jurisprudencial iniciada por el caso *Soering c. Reino Unido* (1989) en el sentido de que una materia en principio no regulada por el Convenio (la relativa a la expulsión o extradición de extranjeros) puede quedar incluida dentro de su ámbito si se sitúa en estrecha conexión con materias sobre las que el Convenio sí establece derechos y correlativas obligaciones (como el derecho no sufrir tratos inhumanos o degradantes, del artículo 3 CEDH). Desde esta perspectiva, la protección efectiva de esos derechos puede suponer el conocimiento por parte del Tribunal de casos que en principio no estarían sujetos a su jurisdicción. Así, si un no nacional no tiene reconocido, en el texto de la Convención, un derecho a no ser extraditado por las autoridades estatales, sí lo tiene a que no se le exponga a torturas o maltratos, caso de extradición o expulsión.

V. EL ALCANCE DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS

Como no podía ser de otra forma, la jurisprudencia del Tribunal se ha centrado, más allá de las interrelaciones entre los diversos derechos, en su mismo alcance, partiendo de la literalidad del Convenio. Y en este aspecto es posiblemente donde pueden encontrarse las mayores aportaciones de órgano europeo de protección de los derechos humanos. Los principios de protección efectiva, y de adaptación a las nuevas circunstancias sociales han conducido a que en muchos casos, se haya realizado una aportación decisiva al contenido “clásico” de los derechos tradicionalmente reconocidos en textos constitucionales nacionales. Vale la pena exponer algunos ejemplos.

Pudiera así aportarse la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a la protección de los derechos a la vida (artículo 2 CEDH) y a la integridad física frente a tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH). En la jurisprudencia del Tribunal, la protección de estos derechos no se ciñe únicamente a lo referente a la interdicción de su violación material por las autoridades estatales. A partir de la sentencia *Mac Cann c. Reino Unido* (1995) el Tribunal ha venido a mantener que el derecho a la vida supone, no sólo la interdicción de atentados materiales contra este derecho, sino también la obligación de las autoridades de, en el supuesto de infracciones en este aspecto, llevar a cabo todas las investigaciones necesarias para determinar y explicar adecuadamente las circunstancias del caso, los culpables y las posibles reparaciones. Esta doctrina ha supuesto, entre otras consecuencias, un valladar jurídico determinante frente a los supuestos de atentados a la vida o a la integridad física que se puedan pretender disfrazar como “desapariciones”, puesto que la ausencia de constancia material de la violación del derecho (esto es, la localización del cuerpo de la víctima) no puede servir de disculpa o justificación de las autoridades, cuando éstas no pueden suministrar una explicación satisfactoria del destino del desaparecido. Similares consecuencias pueden derivarse de la “dimensión formal” del derecho en lo que se refiere a los supuestos de malos tratos (artículo 3 CEDH), cuando, sin que sea posible una evidencia material de su autoría, las autoridades responsables de la seguridad y bienestar del detenido no quieren o pueden dar explicaciones sobre los daños que se le hayan infligido (*Assenov c. Bulgaria*, 1998; *Slimani c. Francia*, 2004). La vulneración de los derechos a la vida o a la integridad física debe pues examinarse desde ambas perspectivas, formal y material, de manera que su vulneración no pueda quedar desprovista de sanción (o condena) en virtud de la inactividad de las autoridades.

Otro ejemplo interesante, y bien conocido en nuestro país, de la jurisprudencia del Tribunal, en el sentido de llevar a cabo, no una “expansión” de los derechos contenidos en la Convención (para lo que, como se dijo, el Tribunal no está habilitado) pero sí una interpretación que los haga efectivos, podría ser el relativo al sentido de la expresión del artículo 6.1 de la Convención referido al derecho a un Tribunal imparcial. El Tribunal ha venido a consagrar en su jurisprudencia, a partir de los famosos casos *Piersack c. Bélgica* (1982) y *De Cubber c. Bélgica* (1984) poniendo el acento en la noción de imparcialidad objetiva, esto es, la referida, no ya a la propensión subjetiva y efectiva del juez a considerar más favorable o desfavorablemente las pretensiones de una de las partes, sino la presencia de factores objetivos que, independiente de la propensión del juez, puedan dar lugar a sospechas razonables sobre su imparcialidad. Se viene a consagrar así un derecho, no sólo a la imparcialidad, sino incluso a la apariencia de imparcialidad, como resultado de la necesidad de una confianza colectiva en la justicia.

Cabría también añadir, a esta muestra de la labor interpretativa del Tribunal a la hora de establecer y desarrollar el contenido de los derechos declarados en el Convenio, (de forma que venga a cubrir también situaciones muy posiblemente no previstas por los autores originales de ésta) aquellos casos en que se ha ampliado el alcance del artículo 8, relativo al derecho a la vida privada y familiar y a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia. El Tribunal ha podido interpretar este artículo en forma ciertamente innovadora, al referirlo a invasiones del domicilio y la vida privada que van más allá de los supuestos clásicos de entrada domiciliaria ilegítima. La sentencia en el caso *López Ostra contra España* (1994) vino a extender la protección del Convenio a los supuestos de invasión del domicilio por agentes nocivos y molestos, como los malos olores, dando lugar así, en forma refleja, a un derecho al “medio ambiente domiciliario”; en esta misma línea, la sentencia en el caso *Gómez Moreno contra España* (2004) incluyó a los ruidos entre esos agentes nocivos. Este tipo de decisiones, recibidas quizás con cierta sorpresa en su momento han venido, al cabo de pocos años, a ser aceptadas como expresión “lógica” de la protección del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 8 CEDH y como adaptación de esa protección a nuevas necesidades.

También en relación con ese artículo, el significado que se ha dado por parte del Tribunal a la protección de la vida familiar supone un ejemplo de esa adaptación evolutiva, al aplicarse a supuestos de protección a la familia en casos de forzada disolución de la misma, como podrían ser los relativos a expulsiones del territorio estatal (*Maslov c. Austria*, 2008). En estos casos,

esa necesaria protección es considerada por el Tribunal como elemento a ponderar por las autoridades estatales a la hora de decidir en las cada vez más frecuentes cuestiones sobre inmigración y extranjería.

VI. LA EVOLUCIÓN DE LOS ASPECTOS PROCESALES

No puede resultar extraño que los factores apuntados (desde el punto de vista cuantitativo, la extensión del ámbito de vigencia de la Convención; desde el punto de vista cualitativo la profundización en la delimitación del contenido de los derechos en ella reconocidos) hayan ido conduciendo a un progresivo aumento de las tareas a que el Tribunal ha debido enfrentarse, y como respuesta a ello, a la introducción de reformas procesales de considerable entidad. En realidad, la posición hoy del Tribunal es difícil de entender sin ese componente dinámico, de cambio y adaptación.

Sin duda, hasta el momento, ha sido la transformación operada por el Protocolo 11, que entró en vigor el año 1998, la que más profundamente ha marcado al Tribunal. El protocolo supuso, por una parte, la desaparición de la dualidad hasta entonces existente entre Tribunal y Comisión Europea de Derechos Humanos, y el establecimiento en su lugar de un órgano único, el “nuevo” Tribunal. Tribunal a quien se atribuye ya competencia para conocer directamente de los casos que le planteen las personas físicas o en su caso jurídicas, a quienes el Protocolo viene a conceder una legitimación inmediata para presentar sus demandas, sin necesidad de pasar por el filtro de la Comisión. Con ello, a la innovación que supuso en su momento el Convenio, al crear órganos garantizadores de la observancia de los derechos allí proclamados, venía a unirse otra (hasta ese momento no seguida por otra instancia internacional) consistente en permitir el acceso directo de los individuos afectados a un Tribunal Internacional, haciendo así desaparecer la legitimación en exclusiva de los Estados y de la Comisión Europea. Pero aún más: el Protocolo 11 vino a establecer un sistema totalmente jurisdiccional de protección de derechos, al suprimir las potestades decisorias del Comité de Ministros, al que ahora se encargan únicamente funciones relativas a la ejecución de las decisiones del Tribunal.

VII. LA ACUMULACIÓN DE DESAFÍOS TRAS LA APROBACIÓN DEL PROTOCOLO NÚMERO 11

El sistema resultante de esta evolución venía así a diferir notablemente del diseño inicial del Convenio, y ello tanto en cuanto a sus dimensiones

como en cuanto a la intensidad de su protección, y a las vías para otorgarla. Como era de esperar, las soluciones a los nuevos problemas se han convertido ellas mismas en causa de dificultades nuevas; la protección de los derechos humanos se ha transformado así en un proceso dinámico, que exige continuos ajustes, a medida que se extiende de la conciencia de la importancia del aspecto internacional de esa protección.

Desde una perspectiva práctica, la consecuencia más visible de la evolución del sistema, sobre todo a partir de los años noventa, ha sido el aumento en la afluencia de casos a que ha de enfrentarse el Tribunal. Este aumento era previsible, dada la entrada de nuevos miembros en el sistema como resultado de los cambios políticos en Europa Central y del Este; no sólo por el aumento numérico de los individuos cuyos derechos se ven protegidos por el Convenio (número que en estos momentos supera los ochocientos millones) sino porque la situación de los ordenamientos jurídicos, en fase de transición en esos países daba (y aún da) lugar a evidentes insuficiencias en su organización judicial, de manera que acudir al Tribunal Europeo aparecía (y aparece) como una compensación por la falta de instancias adecuadas en los ordenamientos propios.

La reforma introducida por el Protocolo 11, que entró en vigor en 1998, trató de enfrentarse con esta nueva afluencia de casos. De acuerdo con el Protocolo, quedó suprimida la Comisión Europea de Derechos Humanos; el Tribunal, que se ocuparía de las demandas ante él directamente presentadas (bien por los Estados firmantes del Convenio, bien por sujetos individuales) se convirtió en un órgano compuesto por jueces permanentes (hoy cuarenta y siete) con dedicación plena; dentro de él se estableció la división en Salas, para aumentar la capacidad de resolución. Una Gran Sala actuaría como órgano de unificación de doctrina. Por lo que se refiere al procedimiento para decidir sobre la inadmisibilidad de aquellos casos que no reunieran las requeridas condiciones formales y de fondo, se encomendó la decisión a Comités de tres jueces, frente a cuyas decisiones no cabría recurso alguno. Y, como ya se indicó, se suprimieron las potestades decisorias del Comité de Ministros, al que sólo se le encomendaban funciones de ejecución.

Esta reforma, por una parte, proveyó al Tribunal de herramientas para actuar más ágilmente frente a la nueva situación derivada de la ampliación de la Convención; al tiempo, posiblemente, actuó como estímulo para que tal ampliación se tradujera, aún más, en un crecimiento de la carga de casos. La supresión del filtro que suponía la Comisión, y las reducidas condiciones formales de las demandas (por ejemplo, no se exige la representación inicial por letrado ni se impone tasa alguna, y el plazo de presentación

es notablemente amplio, de seis meses desde la última resolución en el nivel interno) explica la masiva afluencia de demandas ante el Tribunal, sobre todo en supuestos de insatisfactorias estructuras judiciales. El hecho es que el número de demandas, a partir de la puesta en práctica del Protocolo 11 ha sido muy considerable, (alrededor, en los últimos años, de unas cincuenta mil anuales) y desde luego superior a la capacidad de respuesta del Tribunal. Ello se ha traducido en la aparición de bolsas crecientes de casos esperando una resolución del Tribunal, bien de inadmisión, bien sobre el fondo, con los retrasos correspondientes. Ciertamente, se trata de un problema, en mayor o menor medida, común a todas las jurisdicciones; su gravedad en el caso del Tribunal Europeo deriva, no sólo del papel de éste, sino también de la magnitud de las cifras de que se trata, tanto de las personas sujetas a su jurisdicción, como del uso que en la práctica se hace las posibilidades del Convenio¹¹.

VIII. LAS ÚLTIMAS REFORMAS: EL PROTOCOLO 14

Dentro del proceso dinámico de evolución del sistema, la solución intentada ante este estado de cosas ha sido la reforma de la estructura y funciones del Tribunal mediante un nuevo Protocolo, el número 14, sometido a firma de los diversos Estados en mayo de 2004, y que entró en vigor el 1 de junio de 2010. De nuevo se ha tratado de agilizar el funcionamiento del Tribunal mediante diversos procedimientos. El relativo a la inadmisibilidad se simplifica, encomendándose tal tarea a jueces únicos (en lugar de a comités de tres jueces). Por otro lado, se amplían los supuestos de inadmisibilidad, extendiéndose a aquéllos en que no se hubiera producido un perjuicio grave al demandante [artículo 35.3 b) del Convenio]. Además, junto a la resolución de casos por las Salas o la Gran Sala, se prevé que los supuestos de sentencias repetitivas, que reiterasen fórmulas, razonamientos y decisiones ya adoptados en casos anteriores, se remitieran para su resolución en sentencia, a Comités de tres jueces [artículo. 28.1 b) del Convenio].

¹¹ Para un análisis inicial de las dificultades con que se encontraba el Tribunal tras la aprobación del Protocolo 11, ver J.A. CARRILLO SALCEDO, “El mecanismo de protección jurisdiccional de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿Ha fracasado el Protocolo de enmienda número 11?” en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*. 4 (octubre-diciembre 2002) pp. 587-602.

Valga señalar algunas otras reformas adicionales introducidas por el Protocolo 14. Por un lado, se altera el régimen de los jueces; su mandato se alarga a nueve años (frente a seis años en el sistema previsto hasta el momento) si bien se suprime la posibilidad de reelección. Por otro lado, se crea la posibilidad de que el Comité de Ministros se dirija al Tribunal en demanda de interpretación de sus Sentencias, así como en supuestos de inejecución de esas sentencias por los Estados miembros (artículo 46, apartados 3,4 y 5). También se racionaliza el sistema de actuación de los jueces *ad hoc*, es decir, aquellos que intervienen en supuestos de abstención del juez designado en representación de cada Estado.

Las reformas introducidas por el Protocolo 14 de acuerdo con la experiencia hasta el momento del Tribunal, han supuesto sólo un alivio parcial en la situación de éste (se calcula que la eficacia en la resolución de casos habría amentado en un veinte o veinticinco por ciento). Ahora bien, esta mejora, relevante aunque parcial, queda aún, a falta de ulterior comprobación, en el ámbito de lo eventual y se revela sin duda insuficiente. Ello ha dado lugar a la expresión, por parte de representantes de los Estados parte, así como del Consejo de Europa, de serias dudas sobre un adecuado funcionamiento del Tribunal en los próximos años, si no se ponen en práctica no sólo las reformas previstas en el Protocolo 14, sino también otras actuaciones adicionales¹².

IX. LA EVOLUCIÓN INTERNA DEL SISTEMA

Junto a la entrada en vigor de los diversos protocolos de reforma, se ha producido lo que podría llamarse una evolución “interna” del sistema. La jurisprudencia del Tribunal ha dado lugar a que se mantenga el proceso de desarrollo de las previsiones del Convenio, tanto en su aspecto sustantivo como en el procesal. A este último respecto, y como técnica dirigida a agilizar, dentro de la normativa existente, la actuación del Tribunal, valga señalar la adopción de las llamadas “sentencias piloto”, que busca posibilitar una solución rápida y coherente de aquellos asuntos de tipo repetitivo procedentes de un país miembro aquejado de problemas sistémicos (esto es, de problemas de índole general) referentes a un derecho concreto (*Broniowski c. Polonia*, 2005; *Hutten Czapska c. Polonia*, 2006). Las sentencias

¹² Ver por ejemplo, la *Declaración de Izmir*, de 27 de abril de 2011, elaborada por la Conferencia de Alto Nivel de los 47 países parte del Convenio: http://www.coe.int//dc/press/news/20110427_declaration_en.asp?

piloto pretenden especificar la naturaleza de ese problema con relación a un caso determinado, a efectos de dar al país en cuestión la posibilidad de proceder a un remedio de tipo colectivo de las violaciones alegadas ante el Tribunal en otros casos (usualmente cientos, y aún miles) sin necesidad de proseguir los procedimientos en vía judicial.

Como desarrollo adicional de índole procesal puede señalarse además, la frecuente aplicación del artículo 39.1 del Reglamento del Tribunal (*Rules of the Court*) que hace posible la adopción de medidas cautelares en forma inmediata para evitar situaciones irremediables en cuanto a la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio: un ejemplo podría ser la suspensión de expulsiones o extradiciones en caso de presentarse demandas que aleguen la posible vulneración en el país de destino, si se realizara esa extradición o expulsión, de derechos protegidos por los artículos 2 y 3 del Convenio (derecho a la vida, prohibición de torturas o tratos inhumanos o degradantes). La fuerza vinculante de estas medidas cautelares se ha reforzado por cuanto el Tribunal ha estimado que su no cumplimiento supone una vulneración de la obligación de todos los Estados firmantes del Convenio, derivada del artículo 34 del mismo, de prestar todo el apoyo y colaboración necesaria para que el Tribunal lleve a cabo sus funciones (*Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, 2005). Debe tenerse en cuenta que esta construcción resulta, no de la literalidad de los mandatos del Convenio, sino de una interpretación integradora de ésta, desde la perspectiva de la efectiva protección de los derechos en ella reconocidos, sin necesidad de que se lleven a cabo reformas expresas (y consideradas no imprescindibles) de su texto.

Puede señalarse, también en esta línea de interpretación adaptadora, la inclusión progresiva en la jurisprudencia del Tribunal de indicaciones, (y aún mandatos) a los Estados miembros relativas a la ejecución de sus decisiones, cuando tales indicaciones y mandatos son inseparables de la efectividad de las resoluciones del Tribunal. En efecto, y aún cuando la forma concreta en que cada Estado debe traducir a su ordenamiento interno las decisiones del Tribunal queda reservada a la práctica y la normativa de cada Estado¹³ (siendo la sentencia del Tribunal declarativa de la infracción de algún mandato del Convenio) no deja de haber supuestos en que la misma eficacia declarativa de la decisión queda subordinada al cumplimiento

¹³ Al respecto, y en lo que atañe a España, ver A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

de determinadas líneas de actuación, líneas que se incluyen por tanto en la parte dispositiva de las Sentencias del Tribunal.

Protección de las personas privadas de libertad: construcción de un *ius constitutionale commune* en clave de diálogo

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

SUMARIO: I. Cuestión preliminar. II. Aproximación empírico-contextual. III. Protegiendo la vulnerabilidad: las personas privadas de libertad y el diálogo normativo multinivel. IV. La construcción de estándares en clave de diálogo. 1. Premisas esenciales del diálogo. 2. Diversidad de diálogos. V. Conclusión: un *ius constitutionale commune*.

Participar en esta obra homenaje a Jorge Carpizo, coordinada con dedicado esfuerzo por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera, me enorgullece y me honra, no sólo por los profundos sentimientos de admiración, respeto, amistad y gratitud que me unen a Jorge, indescriptibles con palabras, sino esencialmente por permitirme el atrevimiento de hacer mío el reto que dejó a la Academia respecto a la defensa de los derechos humanos como un deber impostergable. Gracias Eduardo por invitarme y mil gracias más por encarnar, con extraordinaria sabiduría y sencillez, el entusiasta espíritu de cooperación que Jorge nos legó en torno al interés por los derechos humanos, que “no es una moda transitoria... son y serán siempre el tema vertebral, nuestra atmósfera y oxígeno...”¹. También en una especie de decálogo de los “hay que”, Jorge, con la valentía y audacia magistral que le caracterizaban, con la fuerza vital y el vigor de sus ideas, con su lucha por amparar al débil y lograr sociedades más justas, con su decisión tenaz e indubitable, propiciaba volver los ojos a la historia para abolir la esclavitud de estos días, asegurar las libertades y la igualdad². Asu-

¹ CARPIZO, J., “El sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos en México: algunas preocupaciones”, *Los derechos humanos en los umbrales del siglo XXI: una visión interdisciplinaria*, FIGUEROA BELLO, A. (Coord.), México, 2012, p. 3.

² CARPIZO, J., *La Reforma Humanista. Derechos humanos y cambio constitucional en México*, Senado mexicano, 2011, p.

mir la osadía de enfrentar los “hay que” dejados como herencia por Jorge constituye la fuente de inspiración de este ensayo, tomando como pauta fundamental su postulado sobre la unión intrínseca entre democracia y respeto de los derechos humanos³, en particular los derechos sociales⁴.

Estas reflexiones sirvan como testimonio de reconocimiento a la trayectoria e impacto de la obra y persona de Jorge Carpizo, que con absoluta convicción y sin descanso propiciaba la búsqueda de la justicia social, aun cuando su realización continúe “siendo, en buena parte, un ideal, una *lege ferenda*.”⁵ Por esa razón, estas líneas pretenden reiterar la plena vigencia de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) para las personas privadas de libertad⁶, un grupo especialmente vulnerable en toda América Latina⁷, que reclama justicia⁸. Se inscriben en los planteamientos del proyecto “*ius constitutionale commune*” impulsado por el Instituto Max Planck de derecho público comparado y derecho internacional público desde hace varios años⁹, defendido fielmen-

³ CARPIZO, J., “Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 119, México, 2007, p. 357 y ss.

⁴ CARPIZO, J., “Justicia social, esencia del Estado social y democrático de derecho”, *La jornada zacatecas*, México. Disponible en: <http://www.ljz.mx/secciones/politica/64-politica/16990-justicia-social-esencia-del-estado-social-y-democratico-de-derecho.html?fontstyle=f-larger>

⁵ CARPIZO, J., “El Estado de los derechos de la justicia social”, *Revista latinoamericana de Derecho Social*, N° 14, México, 2012, p. 5.

⁶ Cfr. BRICENO-DONN, M., “Personas privadas de libertad: una aproximación de la Corte Interamericana de derechos humanos”, *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, REVENGA SÁNCHEZ, M./VIANA GARCÉS, A. (Eds.), Valencia, 2008, pp. 159-202, p. 161.

⁷ Un interesante estudio histórico de la discriminación en las cárceles como impedimento para lograr un Estado democrático en SEGATO, R. L., “El color de la cárcel en América Latina”, *Nueva Sociedad*, N° 208, marzo-abril de 2007, pp. 142-161.

⁸ La Justicia brasileña condenó en abril de 2013 a 23 policías por su responsabilidad en el asesinato de 111 internos en el complejo penitenciario de Carandirú de Sao Paulo, la peor matanza carcelaria de Brasil, ocurrida en 1992. Disponible en: <http://www.elmundo.es/america/2013/04/21/brasil/1366562590.html>

⁹ *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. ¿Hacia un ius constitutionale commune latinoamericano?*, VON BOGDANDY, A./FIX FIERRO, H./MORALES ANTONIAZZI, M./FERRER MAC-GREGOR, E. (Coord.), México, 2011; PIOVESAN, F., “Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul-americano”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Vol. 77, N° 4, out./dez. 2011, pp. 102-139; GÓNGORA MERA, M. E., *Inter-American judicial constitutionalism: on the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and inter-American adjudication*, San José, 2011; *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomos I y II, VON BOGDANDY, A./FERRER MAC-GREGOR, E./MORALES ANTONIAZZI, M. (Coords.), México, 2010.

te por Jorge¹⁰. Tal como lo expone Eduardo Ferrer Mac-Gregor, se “está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región”¹¹.

Muy querido Jorge, como predicabas, es necesario avanzar en la interamericanización y consolidar la expansión de los estándares del sistema regional de protección de los derechos humanos en los respectivos órdenes domésticos y, paralelamente, fortalecer el creciente interés del órgano supranacional por los estándares nacionales, emergiendo fertilizaciones cruzadas o diálogos¹², algunas veces no tan ordenados¹³, pero claramente orientados a permitir una sistematización del derecho común de los derechos humanos en América Latina. Más que un tributo a tu memoria, es un modesto intento de continuar dando pasos en la senda que marcaste, como lo pedías en tu inolvidable carta de despedida, con la humilde intención de mantener la vigencia de tu pensamiento vanguardista.

I. CUESTIÓN PRELIMINAR

El presente análisis se focaliza en la construcción dialógica de estándares para garantizar los derechos de las personas privadas de libertad desde una perspectiva vinculada con la salvaguarda del *core* democrático de las sociedades de la región, tomando como base la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). Interesa poner de relieve este enfoque en virtud de que actualmente se admite que el régimen democrático ha sido considerado *the only game in town* en la región y que

¹⁰ CARPIZO, J., “Prólogo”, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, VON BOGDANDY, A., México, 2011, p. X y s.

¹¹ FERRER MAC-GREGOR POISOT, E., Voto razonado a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay.

¹² En el entendido de influencias razonadas y conscientes. Cfr. AYALA CORAO, C., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, 2012, p. 23.

¹³ La nomenclatura utilizada por Laurence Burgorgue-Larsen en relación al diálogo concertado o desenfrenado es útil para la constelación objeto de estudio. Cfr. BURGORGUE-LARSEN, L., “De la internacionalización del diálogo entre los jueces”, *Estudios Avanzados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, VON BOGDANDY/PIOVESAN/MORALES ANTONIAZZI (Coords.), Sao Paulo, 2013, p. 245.

su protección representa un acervo construido en las últimas décadas¹⁴. Existe un *acquis conventionnel* contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, los Protocolos y demás instrumentos complementarios, así como una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que constituyen un acervo básico interamericano o patrimonio común en cuanto a los derechos humanos¹⁵.

No obstante, en el ámbito de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad¹⁶, que “encuentran obstáculos sociales y jurídicos, graves y específicos, que les impiden alcanzar y ostentar la titularidad de un elenco de derechos y una amplitud y profundidad en su goce equivalente a los que poseen los ciudadanos que no forman parte de dicho colectivo”¹⁷, en particular los derechos de las personas privadas de libertad, se hace visible el déficit democrático persistente¹⁸ y la consecuente necesidad de reiterar el alcance de los parámetros establecidos. Un verdadero régimen democrático está determinado por sus características tanto formales como sustanciales, entendiendo que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, más aun en los casos de violaciones masivas¹⁹. La crisis carcelaria en América Latina arroja la vulneración sistemática de los derechos de los reclusos y por ello la importancia de examinar los estándares de protección así como las restricciones permitidas en una sociedad democrática, precisando las obligaciones positivas de los Estados.

¹⁴ Cfr. COUSO SALAS, J., “Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2010, p. 34.

¹⁵ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, N., “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, n. 2, 2011, pp. 17-76, p. 29.

¹⁶ CARMONA CUENCA, E., “La protección de categorías de personas especialmente vulnerables en el derecho español”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n. 9, 2011, pp. 103-124.

¹⁷ MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo”, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, MARIÑO MENÉNDEZ/FERNÁNDEZ LIESA (Dir.), Madrid, 2001, p. 21.

¹⁸ Se emplea la expresión deuda de la democracia. Cfr. CELS, Informe Anual 2008 —Capítulo III— *La situación carcelaria: una deuda de nuestra democracia*, pp. 1-44, Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cels.org.ar/common/documentos/carceles_ia2008.pdf.

¹⁹ CorteIDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, punto 239.

Esta contribución se estructura en tres partes: primeramente se esquematizan los datos empírico-contextuales, luego se hace alusión al *instrumentarium* normativo multinivel que rige en los diez países de Suramérica objeto de estudio y seguidamente se definen los estándares de protección de las personas privadas de libertad, cuyas máximas se concretizan tanto en opiniones consultivas, decisiones de casos contenciosos (con su efecto preceptivo y vinculante como norma jurídica individualizada), medidas provisionales dictadas *prima facie* y, en el campo de las reparaciones en la jurisprudencia de la CorteIDH, revisándose el diálogo en casos específicos, a título ilustrativo y no exhaustivo. La conclusión está dirigida a enfatizar el impacto de estos estándares en la construcción del *ius commune*, no lineal, sino con oscilaciones y hasta retrocesos, pero fundamentado en el respeto a la dignidad humana del recluso como elemento esencial de la democracia.

II. APROXIMACIÓN EMPÍRICO-CONTEXTUAL

En muchas regiones del mundo se constata la grave violación de los derechos de las personas privadas de libertad y América del Sur no escapa a esta realidad. Por el contrario, uno de los factores de la “legalidad trunca” es el hecho de que más del 50% de población reclusa no tiene proceso o condena²⁰. Aunado a la ausencia de políticas integrales (criminológicas, de derechos humanos, penitenciarias, de rehabilitación, de género, de justicia penal)²¹, se enumeran como problemas de mayor gravedad el hacinamiento y la sobrepoblación; las deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas, como relativas a la falta de provisión de servicios básicos; los altos índices de violencia carcelaria y la falta de control efectivo de las autoridades; el empleo de la tortura con fines de investigación criminal; entre otros. Esta deuda social democrática tiene como trasfondo la paradoja de profesar en el discurso la protección de los derechos humanos en prisiones, pero en la praxis se niegan esos derechos, y las cárceles adoptan el modelo de “prisión-depósito”²².

²⁰ O'DONNELL, G./SCHMITTER, P., *Transitions from Authoritarian Rule Tentative Conclusions About Uncertain Democracies*, Baltimore, 1986.

²¹ Para un análisis reciente de la situación carcelaria, véase Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe*, 2009, p. 28 y ss.

²² CELS, Derechos humanos en Argentina Informe 2012, Buenos Aires, 2012, p. 183 y s.

Como afirmó Rosa del Olmo, en la década de los 90 se produjo el llamado “silencio carcelario” en América Latina, debido a que parecía desvanecerse el interés académico por la cuestión penitenciaria²³. Sin embargo, recientemente se observa un renacimiento del abordaje de la protección de las personas privadas de libertad como grupo vulnerable. El estudio sobre la situación penitenciaria en los países de América Latina y el Caribe de Elías Carranza de 2011, destaca la gravedad de la problemática y sus elementos determinantes, a saber “alta violencia, numerosas muertes y delitos que ocurren al interior de los presidios, muchos de ellos cometidos en su interior pero con efectos fuera de ellos, y gravísimas violaciones a derechos humanos tanto de las personas privadas de libertad como de las personas funcionarias. La situación ha venido deteriorándose durante las tres últimas décadas (1980-2010), y ha escapado del control de los países a partir de la década de los noventa en la mayoría de los casos.” Las dos variables principales que aborda Carranza giran en torno a la falta de espacio, generadora de la sobrepoblación y el hacinamiento; y la falta personal, que conlleva a la “anarquía y vacío de autoridad, que es llenado por los liderazgos emergentes y el surgimiento de grupos de autodefensa.”²⁴

Conforme a la tipología propuesta por Andrew Coyle, la acción concreta estatal en el ámbito penitenciario se orienta a “las condiciones físicas de detención; los contactos de los prisioneros con sus familiares y otras personas; el tratamiento especial que deben recibir las personas privadas de libertad en función de su situación específica (género, nacionalidad, edad, enfermedad, etc.); el personal de las prisiones y la supervisión independiente de las mismas”²⁵, y en América Latina todos estos indicadores son deficitarios²⁶.

Los datos empíricos muestran una significativa incidencia de casos relativos, grosso modo, con el problema penitenciario: en los diez países sudamericanos objeto de éste estudio se registran 28 casos vinculados con la situación carcelaria y 15 medidas provisionales, de un total de 95 casos

²³ DEL OLMO, R., “Por qué el actual silencio carcelario?”, *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*, Buenos Aires, 2002, p. 369 y s.

²⁴ CARRANZA, E., “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Chile, 2012, pp. 31-66.

²⁵ COYLE, A., “Prisiones y prisioneros: una revisión desde los estándares internacionales de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Chile, 2012, pp. 17-29.

²⁶ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Personas privadas de libertad. Jurisprudencia y doctrina*, Bogotá, 2006.

decididos por la CorteIDH hasta mediados de 2012. La incidencia de casos, según la estadística de la CorteIDH, refleja²⁷:

Países	Total de casos	Casos Cárceles	Medidas provisionales
Argentina	11	4	1
Bolivia	3	1	—
Brasil	5	1	4
Chile	5	0	—
Colombia	11	1	—
Ecuador	11	5	—
Paraguay	7	1	—
Perú	26	11	2
Uruguay	2	0	—
Venezuela	14	4	6
Total	95	28	15

En cuanto a la facticidad cabe acotar, junto con Víctor Abramovich, que la nota diferencial de la práctica de la tortura de las dictaduras y las democracias implica que en las primeras, las violaciones a los derechos humanos ocurrieron al amparo del terrorismo de Estado de los países del Cono Sur y afectaba a todas las clases sociales como herramienta de persecución política, mientras que en la actualidad es socialmente selectiva, en particular respecto a las personas privadas de libertad. Obedecen a un patrón ceñido a “personas jóvenes, en general del sexo masculino, que viven en los grandes centros urbanos y que pertenecen a grupos sociales desaventajados económicamente, o racial o étnicamente minoritarios”²⁸.

En este contexto, está claro que el desafío que enfrentan los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) respecto a los derechos de las personas privadas de libertad consiste en adoptar medidas tendentes a generar buenas prácticas en materia penitenciaria²⁹. La Comi-

²⁷ Fuente: Página oficial de la CorteIDH.

²⁸ ABRAMOVICH, V., “Aportes para la implementación de los mecanismos nacionales de prevención de la Tortura en los países del MERCOSUR”, *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, p. 75 y ss.

²⁹ Consecutivas Resoluciones de la Asamblea General de la OEA reconocen la crisis penitenciaria. Cfr. AG/RES. 2668 (XLI-O/11), 2011; AG/RES. 2592 (XL-O/10), 2010; AG/RES. 2510 (XXXIX-O/09), 2009; OEA, AG/RES. 2403 (XXXVIII-O/08), 2008;

sión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no ha dejado de mantener como prioritaria sus actuaciones en lo concerniente a la situación de los privados de libertad en las Américas como grupo vulnerable, desde sus primeros informes de país de la década de los sesenta (Cuba 1962 y 1963, Rep. Dominicana 1965 y 1966) como hasta los más recientes de este milenio (Venezuela y Honduras). A partir de 2004 se institucionalizó la figura del Relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y la Asamblea General de la OEA instó a los Estados a invitarlo para visitar y atender la situación de las personas privadas de libertad en el Hemisferio³⁰. Un dato empírico interesante se desprende de la evaluación del primer decenio del actual milenio (2000-2010) por cuanto la CIDH ejerció activamente su mandato contencioso en la materia³¹.

La CorteIDH se ha pronunciado recurrentemente sobre las violaciones a los derechos de las personas privadas de libertad y la responsabilidad internacional de los diez países suramericanos en cuestión³². Desde la Opinión Consultiva N° 16 de 1999 se ha venido afirmando que la protección de los derechos de los detenidos es una piedra angular de la consolidación de la democracia³³. Debido a la gravedad de la problemática, ambos órganos del sistema interamericano han divulgado amplia y detalladamente los estándares de protección de este grupo vulnerable³⁴.

AG/RES. 2283 (XXXVII-O/07), 2007; AG/RES. 2233 (XXXVI-O/06), aprobada el 6 de junio de 2006.

³⁰ Resolución AG/RES. 2037 (XXXIV-O/04), 2004.

³¹ En el período en cuestión, la CIDH aprobó 59 informes de admisibilidad y 29 informes de fondo, a la vez que otorgó 52 medidas cautelares.

³² Información disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/decisiones/corteidh.asp>.

³³ CorteIDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 26.

³⁴ Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2010; CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 2011.

III. PROTEGIENDO LA VULNERABILIDAD: LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y EL DIÁLOGO NORMATIVO MULTINIVEL

En Suramérica se pone en evidencia un diálogo multinivel a nivel de la normatividad. Este entrelazamiento de órdenes internacional, supranacional y nacional, como advierte Santiago Cantón, no supone bloqueo entre los mismos, sino refuerzo en la protección de los derechos humanos de la región³⁵. Existe una total simetría entre los ordenamientos internos e internacionales, en rechazar la tortura y prohibirla en términos absolutos, ya que es considerada como una norma de *ius cogens* por parte del ordenamiento jurídico internacional. Las Constituciones nacionales estipulan el derecho a la integridad personal, incluso algunos textos también destacan este derecho para las personas privadas de libertad³⁶. Desde 1955 se dictaron las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos³⁷ y hace más de dos décadas existe un consenso universal incuestionable acerca de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad³⁸. Los Estados Partes de las Naciones Unidas tienen, conforme al artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por

³⁵ CANTÓN, S., “Prevención de la Tortura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, p. 71.

³⁶ La Constitución de Venezuela de 1999 es paradigmática, porque regula que “El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad...” (Art. 43); dispone expresamente que “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Art. 46.2) y estipula que le corresponde al Estado garantizar “un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos” (Art. 272).

³⁷ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

³⁸ Estos estándares están expresados en los Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, de Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1988, y los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, de Naciones Unidas, Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14-12-90. Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/tratamiento_reclusos.htm. Sergio García Ramírez alude a estos principios como los estándares “que nadie repudia —dejando a salvo, por supuesto, las impugnaciones frontales contra el Derecho penal y la prisión misma”. Cfr. Sergio García Ramírez, Voto concurrente razonado en el caso *Tibi vs. Ecuador*, párr. 65.

su condición de personas privadas de libertad, que es complementaria a la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto³⁹.

Por ello es posible afirmar que los instrumentos internacionales, interamericanos e incluso los de integración económica, como es el caso del Mercosur, perfilan un diálogo multinivel, caracterizado esencialmente por una convergencia orientada a fortalecer la estrategia más efectiva en materia de prevención de la tortura: las visitas periódicas intempestivas a las instituciones de privación de la libertad de las personas.

Entre los instrumentos internacionales que juegan un papel relevante para este diálogo normativo se cuentan: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y su Protocolo Opcional; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y sus Protocolos Adicionales de 1977; Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder; Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión⁴⁰; Principios para la Protección de los Enfer-

³⁹ Observación general N° 21, Trato humano de las personas privadas de libertad (Art. 10), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HRC, 44° período de sesiones (1992).

⁴⁰ O.N.U., Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. A título de ejemplo la Corte IDH cita el Principio 2 “[e]l arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin” y el Principio cuarto del mismo instrumento internacional que declara que “[t]oda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de

mos Mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁴¹; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 10, establece tres obligaciones principales para los Estados: i) tratar humanamente a quienes son privados de la libertad; ii) separar, tanto a los procesados de los condenados, como a los menores de los adultos; y iii) asegurar que el régimen penitenciario sea un tratamiento resocializador. Por otra parte, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes introduce la obligación para los Estados Parte de establecer o designar un Mecanismos Nacional de Prevención. A través de un sistema de visitas periódicas a los lugares de detención por grupos de expertos independientes se busca examinar el trato otorgado a las personas privadas de libertad.

En el ámbito interamericano, junto a la Declaración Americana y la Convención Americana, en particular sus disposiciones relativas a la vida, al trato humano y a la libertad personal⁴², se han dictado diferentes regulaciones como: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas

un juez u otra autoridad". *Cfr.* CorteIDH. *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrs. 95 y 96.

⁴¹ A modo enunciativo baste mencionarse que al referirse a la presunción de inocencia, se cita la Regla 84.2 indicando que se encuentra a la cabeza de las disposiciones sobre procesados. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004.

⁴² En la DADH se expresa de modo imperativo en el Artículo XXV que todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene a un tratamiento humano durante la privación de su libertad y el Art. 5 de la CADH contiene mandamientos específicos garantistas, por ejemplo que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Art. 5.2. frase 2), que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (Art. 5.6), sumadas a la garantía de la libertad personal (Art. 7).

de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. El Art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, les impone obligaciones similares a las internacionales y hace énfasis en el derecho a la integridad personal que tienen las personas privadas de la libertad. Igualmente, la Resolución 1/08 de la CIDH contempla los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de libertad en las Américas”, que recogen el consenso de los Estados, en particular los deberes de investigación de las situaciones irregulares, la determinación de responsabilidades individuales de los funcionarios y la adopción de medidas de no repetición. Este instrumento prevé expresamente las visitas e inspecciones periódicas institucionales a los lugares de privación de libertad⁴³.

En el plano del Mercosur, iniciativa integracionista que trasciende el mero componente económico y abarca una dimensión político-social, se notan avances normativos en cuanto a los derechos humanos⁴⁴. Un hito importante lo representa la creación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDH) en 2009, órgano consultivo, que tiene la atribución de “contribuir a la consolidación de los derechos humanos como eje fundamental de la identidad y desarrollo del Mercosur”, aspecto nada despreciable para potenciar una visión colectivizada y evitar que sea solamente una sumatoria de pautas nacionales. Esta agencia coopera, cuando expresamente sea solicitado por los Estados Partes, en el diseño (y posterior consecución) de políticas públicas en el ámbito de los derechos humanos; la implementación de los medios que permitan una más efectiva y eficaz protección de los derechos constitucionales y convencionales; y la adopción de los estándares internacionales plasmados en los instrumentos de derechos humanos de los sistemas interamericano y de la ONU. En esencia persigue contribuir a la armonización normativa entre los Estados Partes en materia de promoción y protección de los derechos humanos⁴⁵.

⁴³ Conforme a la CIDH, actualmente catorce Estados miembros de la OEA han ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (OP-CAT): Argentina (15/11/04), Bolivia (23/11/06), Brasil (12/01/07), Chile (12/12/08), Costa Rica (01/12/05), Ecuador (20/07/10), Guatemala (09/06/08), Honduras (23/05/06), México (11/04/05), Nicaragua (25/02/09), Panamá (02/06/11), Paraguay (02/12/05), Perú (14/09/06) y Uruguay (08/12/05). Nueve de estos Estados han adoptado leyes creando sus mecanismos nacionales de prevención.

⁴⁴ IZQUIERDO, S., “Los procesos regionales y los derechos humanos. La experiencia europea y el recorrido del Mercosur”, *Mercosur, Sociedad Civil y Derechos Humanos*, Montevideo, 2005, p. 3.

⁴⁵ Lineamientos para el Plan Estratégico 2010-2012. Disponible en: <http://www.ippdh.mercosur.int/Documento/Details/11>.

El IPPDH ha formulado una propuesta para apalancar el sistema de prevención de la tortura en el marco de la realización de visitas periódicas y sorpresivas a los lugares de detención por parte de expertos independientes, y la elaboración y seguimiento de recomendaciones posteriores. En este sentido, ha diagnosticado el estado del arte de la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura, ideados por el Protocolo Facultativo⁴⁶. Se hace un llamado a utilizar como guía, en la medida de lo conducente, los Principios relativos al estatuto de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, conocidos como Principios de París, del mismo modo que se advierte la necesidad de transparencia en el procedimiento de designación del Mecanismo y la idoneidad ética y técnica de sus miembros, como lo regula el Artículo 18.1 del Protocolo Facultativo.

El IPPDH manifiesta una actitud dialógica con el nivel internacional. Los cuatro Miembros fundadores del Mercosur ya han transitado hacia el diálogo normativo. En Uruguay se sancionó una ley que crea la Institución Nacional de Derechos Humanos (INDDHH), que contempla, entre sus funciones, actuar como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura⁴⁷. En Paraguay, en fecha 20 de abril de 2011, fue promulgada la ley que crea una nueva entidad que cumplirá las funciones de Mecanismo de Prevención de la Tortura en ese país. El Congreso de la Nación de Argentina dictó a finales de 2012 la ley que crea el Sistema de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, sumándose a los Mecanismos Provinciales que ya se encuentran en pleno proceso de implementación. En Brasil, según el reporte del IPPDH, el 3 de octubre de 2011, el Poder Ejecutivo Nacional presentó formalmente al Congreso un proyecto de ley para crear el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura⁴⁸. Venezuela está a la zaga, pues no ha ratificado el Protocolo Facultativo.

⁴⁶ ABRAMOVICH, V., "Aportes para la implementación de los mecanismos nacionales de prevención de la Tortura en los países del Mercosur", *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, 2011, p. 75 y ss.

⁴⁷ En el texto de la ley, Art. 35 f) se dispone que una de las facultades del Consejo Directivo de la INDDHH será ingresar, con o sin previo aviso a los lugares de detención, hospitales, establecimientos militares y cualquier otro establecimiento en que existan personas privadas de libertad o en régimen de internación.

⁴⁸ El gobierno federal, creó en 2006 el Comité Nacional de Combate y Prevención a la Tortura y la mayoría de los estados cuenta con colegiados formados por representantes del Poder Ejecutivo, Judicial, del ambiente académico y de la sociedad civil organizada. Cfr. Por dentro de Brasil. Derechos Humanos, Mujeres e Igualdad racial. Disponi-

Hay claras señales de interacción entre los distintos órdenes normativos regulatorios de los derechos humanos, postura que revela el constitucionalismo multinivel suramericano de nuestros tiempos. En la medida en que la protección no está reducida al dominio estatal sino que es un ámbito de legítimo interés internacional, se avanza en la obligación de cumplir los pactos internacionales sobre derechos humanos como Estados Partes de los mismos⁴⁹. Tal obligación representa una de las ideas básicas del constitucionalismo moderno, que trasciende las fronteras de los Estados⁵⁰. Como acertadamente apunta Agustín Gordillo, se ha configurado una supranacionalidad operativa en materia de derechos humanos, con un orden jurídico operativo, directa e inmediatamente aplicable en los ordenamientos internos y por los jueces y demás órganos nacionales del Estado⁵¹. El *acquis conventionnel* del sistema interamericano y el *acquis communautaire* del Mercosur deben ser complementarios y no dicotómicos. Como afirma Flávia Piovesan, “los diversos sistemas de protección de derechos humanos interaccionan en beneficio de los individuos protegidos. Al adoptar el valor de la primacía de la persona humana, estos sistemas se complementan, sumándose al sistema nacional de protección, a fin de proporcionar la mayor efectividad posible en la tutela y promoción de los derechos fundamentales. Esta es incluso la lógica y premisas propias del Derecho de los Derechos Humanos”⁵².

Desde 1948, el Preámbulo de la DADH se perfiló por afirmar que la estipulación de los derechos esenciales del hombre allí contenida está *unida* a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados. Del mismo tenor es el pronunciamiento del Preámbulo de la CADH al reconocer “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.” Han sido los propios que

ble en: <http://www.brasil.gov.br/para/prensa/articulos-de-referencia/por-dentro-de-brasil-derechos-humanos-mujeres-e-igualdad-racial>.

⁴⁹ PIOVESAN, F., *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Sao Paulo, 2012, p. 227.

⁵⁰ Una de las ideas que recoge la Revista *Global Constitutionalism Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, KUMM/LANG/MADURO/WIENER/TULLY, Vol. 1, n. 3, 2012.

⁵¹ GORDILLO, A., *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2005, p. III.3.

⁵² PIOVESAN, F., “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional”, *Direitos Humanos, Democracia e República*, DE MESQUITA BENEVIDES/BERCOVICI/DE MELO (Coords.), São Paulo, 2009, p. 460 y ss.

han expresado su voluntad de configurar al sistema de modo coadyuvante, como herramienta eficaz para garantizar la efectiva protección de los derechos, por cuanto existe la expectativa de que la incorporación del derecho internacional aumenta los niveles de efectividad del derecho interno⁵³.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DE ESTÁNDARES EN CLAVE DE DIÁLOGO

El “diálogo jurisprudencial” entre la Corte Interamericana y los órganos judiciales a nivel doméstico o viceversa es una herramienta válida para avanzar en la efectivización del *ius commune* democrático garantista de los derechos humanos, especialmente de un grupo vulnerable como son las personas privadas de libertad. Este apartado se dedica, por tanto, a las premisas del diálogo y los distintos diálogos.

1. Premisas esenciales del diálogo

En materia de privación de libertad, la CorteIDH desarrolla sus estándares conforme al parámetro de la garantía de los derechos en democracia. La regla general que aplica la jurisprudencia de la CorteIDH es la plena vigencia de los derechos consagrados en la Convención para las personas privadas de libertad y reitera su línea jurisprudencial en cuanto a que una restricción sólo se justifica si es absolutamente necesaria en el contexto de una sociedad democrática⁵⁴. En el razonamiento de la Corte, si bien la privación de libertad puede tener efectos colaterales ineludibles en la restricción del goce de otros derechos humanos⁵⁵, dicha restricción sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una so-

⁵³ VERESHCHETIN, V. S., “New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 1, 1996, p. 2 y ss.

⁵⁴ Cfr. CorteIDH. Caso Instituto de Reeducación *vs.* Paraguay, BRICEÑO-DONN, M., “Personas privadas de libertad: una aproximación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, REVENGA SÁNCHEZ/VIANA GARCÉS (Eds.), Valencia, 2008, pp. 159-202, p. 161.

⁵⁵ Cfr. CorteIDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 108; CorteIDH. Maritza Urrutia *vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 87.

ciudad democrática⁵⁶. Los derechos como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad⁵⁷.

La CorteIDH ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales⁵⁸, lo que implica su carácter esencial en la garantía de los derechos en la democracia. Derivada del artículo 8.2 de la Convención, la Corte interpreta la obligación del Estado de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios en una sociedad democrática y recoge así “el consenso acerca de la disminución de la prisión preventiva como exigencia mínima del sistema penal en una sociedad democrática.”⁵⁹ En efecto, la Corte dicta sus estándares en lo concerniente a la prisión preventiva y a la privación arbitraria de la libertad en función del parámetro de la sociedad democrática. Afirma que la prisión preventiva, como medida más severa a aplicar ante la comisión de un delito, tratándose de una medida cautelar y no punitiva⁶⁰, debe cumplir los requisitos indispensables en una sociedad democrática, esto es, tiene carácter excepcional y está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad⁶¹. Agrega la Corte que, para evitar la arbitrariedad e ilegalidad de las detenciones practicadas por el Estado, los procedimientos de habeas corpus y amparo representan garantías judiciales indispensables para salvaguardar otros derechos no susceptibles de suspensión (Art. 27 de la CADH) y tienen por finalidad preservar la legalidad en una sociedad democrática⁶². Según la Corte, que las sanciones en la democracia deben ser graduales, proporcionadas y adoptarse con estricto respeto a los derechos de la persona, razón por la cual corresponde a los jueces el deber de verificación cuidadosa de la efectiva existencia de las conductas ilícitas⁶³.

⁵⁶ Cfr. CorteIDH. Caso Instituto de Reeducción *vs.* Paraguay, párr. 154, relacionado con el Artículo 5 del Protocolo de San Salvador.

⁵⁷ Cfr. CorteIDH. Caso Instituto de Reeducción *vs.* Paraguay, párr. 155.

⁵⁸ Cfr. CorteIDH. Caso Tibi *vs.* Ecuador, párr. 180.

⁵⁹ AGUIAR ARANGUREN, A., *El derecho a la democracia*, Caracas, 2008, p. 67.

⁶⁰ Cfr. CorteIDH. Caso Acosta Calderón *vs.* Ecuador, párr. 75; CorteIDH. Caso Tibi *vs.* Ecuador, párr. 106.

⁶¹ CorteIDH. García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106.

⁶² CorteIDH. Caso Tibi *vs.* Ecuador, párr. 128.

⁶³ CorteIDH. Caso Cruz Florez *vs.* Perú, párr. 81.

De modo reiterado la Corte hace un reconocimiento tanto de la existencia de la facultad como de la obligación del Estado de garantizar la seguridad y mantener el orden público, en especial dentro de las cárceles⁶⁴, pero advierte que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana [...] en violación del artículo 5 de la Convención Americana⁶⁵. Ello debe entenderse en el sentido del contenido dado al elemento de necesidad en una sociedad democrática, dado que la Corte limita tal poder del Estado al cumplimiento del Estado de derecho y el respeto de los derechos fundamentales de todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción. El Estado no puede desbordar el uso de la fuerza con consecuencias letales para los internos en centros penitenciarios, que está prohibido como regla general y sólo pueden utilizarse cuando sea absolutamente necesario y estrictamente inevitable “para proteger una vida” y han resultado ineficaces otras medidas menos extremas. De ello se colige que siempre rige la regla de la necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, todo en conformidad con los parámetros de la sociedad democrática, concediendo prioridad al deber de prevención por parte del Estado. Cualquier uso desproporcionado de la fuerza acarrea la responsabilidad estatal⁶⁶.

La protección que brinda la Corte a las personas privadas de libertad muestra como singularidad que no sólo se realiza por medio del sistema de casos individuales, sino que también comprende el examen de situaciones generales relacionadas con las condiciones carcelarias que develan la crisis penitenciaria que afronta la región. De este modo tiene lugar una bifurcación de los estándares de protección de los reclusos, ya que, por una parte, la Corte en su tarea de resolver acerca de la convencionalidad de los actos de los Estados (confrontando actos y situaciones generados en el marco nacional con las disposiciones de los tratados internacionales que le confieren competencia), dispone la responsabilidad de éste cuando figura como parte formal y material en un proceso; pero por otra parte, la

⁶⁴ *Cfr.* Caso del Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II, considerando décimo quinto; Internado Judicial de Monagas (La Pica), considerando décimo séptimo, y Caso Neira Alegría y otros, párr. 75.

⁶⁵ CorteIDH. Caso Castillo Petrucci y otros *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 197; Corte IDH. Cantoral Benavides *vs.* Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párr. 96.

⁶⁶ Como tráfico de armas y drogas, la formación de bandas y la subcultura de violencia. CorteIDH. Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 70.

CorteIDH dicta orientaciones generales esenciales para los Estados partes en la Convención en materia de los derechos humanos de los reclusos⁶⁷.

a) El respeto a la dignidad humana del recluso como elemento esencial de la democracia

La CorteIDH interpreta el Art. 5.2 de la Convención bajo el entendiendo que toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal⁶⁸. La Corte IDH afirma que en las “instituciones totales”, donde la libertad de la persona se halla de *iure* y de *facto* suprimida —o radicalmente coartada—, es particularmente intenso el deber de garante a cargo del Estado (deber que comprende, en la especie, reconocimiento, respeto y garantía) y tiene su fundamento en el respeto de la dignidad humana⁶⁹. El respeto a la dignidad humana se erige como principio rector en materia de la protección de personas privadas de libertad y la Corte da una amplia cobertura a la obligación que el Estado tiene de garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal en función de su papel como responsable de los establecimientos de detención, por lo que “es el garante de estos derechos de los

⁶⁷ Cfr. MELÉNDEZ, F., “Los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas. Comentarios sobre la jurisprudencia y doctrina del sistema interamericano”, México, 2006, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-554s.pdf>.

⁶⁸ CorteIDH. Caso Neira Alegría y otros *vs.* Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60; CorteIDH. Lori Berenson Mejía *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 102; CorteIDH. Caso Tibi *vs.* Ecuador, párr. 150; CorteIDH. Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, párr. 87; CorteIDH. Caso Bulacio *vs.* Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126; CorteIDH. Caso Durand y Ugarte *vs.* Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 78; CorteIDH. Caso Castillo Petrucci y otros *vs.* Perú, párr. 195; CorteIDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor *vs.* Paraguay, párr. 151; CorteIDH. Caso De la Cruz Flores *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 124.

⁶⁹ Cfr. CorteIDH. Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150; CorteIDH. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Convocatoria a Audiencia Pública Medidas Provisionales Respecto de la República Bolivariana de Venezuela Asuntos Internado Judicial de Monagas (“La Pica”); CorteIDH. Centro de Reeducción del Menor *vs.* Paraguay. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 153; Corte IDH. Asunto de Penales Peruanos respecto Perú, 27.01.93, entre otras.

detenidos⁷⁰. Existe una especial relación e interacción de sujeción entre el interno y el Estado, lo que implica responsabilidades particulares y toma de iniciativas para garantizar condiciones de vida digna⁷¹. La prohibición de cualquier lesión sufrimiento, daño a la salud o perjuicio que sufra la persona privada de libertad conforme al Art. 5.2 CADH se complementa con la finalidad esencial de reforma y readaptación reconocida a la pena privativa de libertad por el Art. 5.6 de la CADH⁷².

Para preservar la legalidad democrática el Tribunal de San José interpreta como formando parte del núcleo inderogable el derecho a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, que además no es susceptible de suspensión en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Parte⁷³. La Corte otorga la máxima cobertura a la protección de la dignidad humana al señalar que ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana⁷⁴.

b) La tortura a los reclusos como violación de un valor básico de la sociedad democrática

Como lo expresa Cançado Trindade al resaltar la jurisprudencia europea en este ámbito, la prohibición absoluta de la tortura (inclusive en tiempos de guerra y otras emergencias nacionales) da cuenta de uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas contemporáneas. Se trata de afirmaciones categóricas de los tribunales de derechos humanos, tanto el TEDH como la CorteIDH, que estiman la prohibición absoluta de la tortura como uno de los valores más fundamentales de la democra-

⁷⁰ CorteIDH. Caso Durand y Ugarte *vs.* Perú, párr. 78; CorteIDH. Caso Neira Alegría y otros *vs.* Perú, párr. 60; CorteIDH. Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, párr. 87.

⁷¹ CorteIDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor *vs.* Paraguay, párr. 153.

⁷² CorteIDH. Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú, párr. 101; Igualmente, CorteIDH. García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, párr. 223; CorteIDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú, párr. 314.

⁷³ CorteIDH. Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 85; CorteIDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú, párr. 274; CorteIDH. Ximenes Lopes *vs.* Brasil. Fondo. Sentencia de 4 julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 126; CorteIDH. Instituto de Reeducación del Menor *vs.* Paraguay, párr. 157.

⁷⁴ CorteIDH. Caso Durand y Ugarte *vs.* Perú, párr. 69.

cia⁷⁵. El carácter absoluto de la prohibición lo ha ratificado el Tribunal de San José cuando dispone en sus sentencias que “el derecho a la integridad personal es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, *inter alia*, la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia”⁷⁶. La Corte afirma que las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona⁷⁷.

En el contexto de las prácticas prevalecientes en Perú en relación con las personas inculpadas de los delitos de traición a la patria y terrorismo, la CorteIDH advirtió “que la circunstancia de que un Estado sea confrontado con una situación de terrorismo no debe acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona”. Específicamente, la Corte ha señalado que [t]odo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana [...] en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona⁷⁸. En consecuencia, se rechaza de modo categórico esta práctica y se resalta que la prohibición de la tortura es consustancial con la democracia.

C) Las condiciones de detención deben ser compatibles con la dignidad humana

Para sintetizar las máximas del Tribunal de San José en este aspecto nuclear de la garantía del Art. 5.2 de la CADH baste acudir a su argumentación reiterada cuando afirma que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dig-

⁷⁵ Cançado Trindade cita el caso *Selmouni vs. Francia* (Sentencia del 28.07.1999), relativo a Francia en el que la Corte Europea condenó al Estado demandado por la tortura infligida al étranger Selmouni (párrs. 105-106), en la misma forma que la Sentencia de la Corte Interamericana condenó al Estado demandado Ecuador por la tortura infligida al étranger Tibi (párr. 165). Voto razonado del Juez Cançado Trindade en la caso *Tibi vs. Ecuador*, §§ 28 y 29.

⁷⁶ Artículos 5 y 27 de la CADH. CorteIDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor *vs.* Paraguay, párr. 157.

⁷⁷ CorteIDH. *Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

⁷⁸ CorteIDH. Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, párr. 57.

nidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal⁷⁹. Se afirma que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos⁸⁰ y en consecuencia, una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurarle a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención⁸¹.

La gravedad de la situación carcelaria como déficit democrático puede ilustrarse con las observaciones efectuadas por la CorteIDH en lo concerniente al hacinamiento carcelario como elemento determinante de la violación del Art. 5.2 de la CADH. El Tribunal de San José se basa en el listado enunciativo elaborado por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes en la definición de una prisión sobrepoblada y en el espacio mínimo de 7 m² por cada prisionero, como guía aproximada y deseable para una celda de detención⁸². En el caso del Retén de Catia, dijo la CorteIDH, el espacio de aproximadamente 30 centímetros cuadrados por cada recluso es a todas luces inaceptable y constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana, como establece la CorteIDH⁸³. Entre tantos factores negativos la CorteIDH ha dejado constancia del colapso de la infraestructura sanitaria⁸⁴ así como ha reconocido que las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen en sí misma una violación a la integridad personal⁸⁵.

⁷⁹ CorteIDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, párr. 221.

⁸⁰ CorteIDH. Caso Neira Alegría y otros *vs.* Perú, párr. 60.

⁸¹ CorteIDH. Caso Instituto de reeducación del Menor *vs.* Paraguay, párr. 159.

⁸² CPT/Inf (92) 3 [EN], 2nd General Report, 13 April 1992, párr. 43.

⁸³ CorteIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 90 y ss.

⁸⁴ Véase CorteIDH. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Convocatoria a la Audiencia Pública Medidas Provisionales respecto de la República Bolivariana de Venezuela. Asuntos Internado Judicial de Monagas (La Pica); Centro Penitenciario Región capital Yare I y Yare II (cárcel de Yare); centro Penitenciario de la Región centro Occidental (Cárcel de la Uribana), e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II. 12 de agosto de 2009, párr. 9.

⁸⁵ CorteIDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor *vs.* Paraguay, párr. 151 y CorteIDH. Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú, párr. 102.

La jurisprudencia del Tribunal de San José es densa en cuanto a las condiciones de detención. Por ello me limito a tres ejes de singular relevancia por su nexo con la garantía de la democracia como son: las medidas de aislamiento o incomunicación, en el sentido que debe interpretarse bajo los parámetros de las restricciones permitidas en un sociedad democrática; el respecto de los derechos sociales y específicamente del derecho a la salud, como derecho fundamental; y como tercer eje, el mayor escrutinio para la especial vulnerabilidad de algunas personas privadas de libertad dentro de ese grupo vulnerable. Valga indicar la observación formulada por Sergio García Ramírez respecto a las deplorables condiciones que padecen las personas en instituciones de tratamiento de enfermos mentales y en las cárceles en tanto “la resistencia de los afectados suele ser calificada como motín —ciertamente no como inconformidad democrática— y reprimida con severidad”⁸⁶.

En relación al primer eje jurisprudencial, la CorteIDH ha señalado que la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional en razón de los graves efectos que tiene sobre el detenido, como por ejemplo la correlativa restricción de las visitas que implica⁸⁷. En efecto, “el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.”⁸⁸ En materia de aislamiento la Corte rechaza que se someta a un recluso a “un año bajo aislamiento riguroso, hacinado con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación ni luz natural, y que las visitas que podía recibir

⁸⁶ En palabras textuales: “Junto a la deplorable condición de las prisiones, advertida y señalada una y otra vez por la Corte Interamericana, surge ahora la pésima condición de algunas —¿cuántas?— instituciones de tratamiento de enfermos mentales. La resistencia de los afectados, en aquellos casos, suele ser calificada como motín —ciertamente no como inconformidad democrática— y reprimida con severidad. La protesta, si la hay, por parte de los enfermos mentales, venciendo las brumas de la ausencia o la extrañeza, puede desembocar en un destino acaso peor: la absoluta indiferencia o la aplicación de correctivos ‘terapéuticos’ que constituyen, en el fondo, castigos muy severos o intimidaciones sin sentido. La reacción del prisionero es consecuencia de la ‘mala entraña’; la del enfermo mental, de la ‘locura’: ésta es, por definición, irracional e inatendible”. Voto razonado del Juez García Ramírez en el Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil, párr. 19.

⁸⁷ CorteIDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, párr. 225.

⁸⁸ CorteIDH. Suárez Rosero *vs.* Ecuador. Sentencia de 29 de mayo de 1999. Serie C No. 51, párr. 90.

estaban sumamente restringidas⁸⁹ y ha ordenado que se le brinde a la persona privada de libertad tratamiento médico, tanto físico como psiquiátrico a la brevedad posible⁹⁰.

El aislamiento debe tratarse como una restricción necesaria en una sociedad democrática y en este sentido la incomunicación y aislamiento exigen el cumplimiento de los requisitos de excepcionalidad, temporalidad y necesidad, para lo cual aplica todo el acervo de la Corte Interamericana en cuanto las restricciones de los derechos necesarias en una sociedad democrática. Como medida extrema, se argumenta que sólo procede en casos estrictamente indispensables para garantizar por ejemplo la seguridad o la protección del mismo privado de libertad, o para garantizar a otras personas que están privadas de libertad, o de terceros, como las visitas, en el caso de enfermedades contagiosas o en el caso de presos violentos. La Corte considera que, existiendo una prohibición del derecho internacional de este tipo de medidas, los estados de incomunicación y aislamiento son por sí mismos tratamientos crueles e inhumanos lesivos del derecho a la dignidad humana⁹¹. Tales medidas de aislamiento representan un grave riesgo susceptible de afectar los derechos inderogables, como la vida y la integridad personal, dado que propician condiciones para la tortura. La Corte al aludir a la excepcionalidad de la incomunicación de los reclusos por los graves efectos que genera y la especial situación de vulnerabilidad en la que les ubica, reconoce que ella “acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles”⁹².

En materia de la salvaguarda de la salud, según la CorteIDH, el Estado tiene el deber de garantizarla en el marco del bienestar de los reclusos y la manera y el método de privación de libertad no puede exceder el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención⁹³. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano⁹⁴. Para el

⁸⁹ CorteIDH. Caso Castillo Petruzzi *vs.* Perú, párr. 197. Dedo destacar que la CorteIDH refirió las condiciones de detención en la cárcel de Perú Penal de Yanamayo, situado a 3.800 metros sobre el nivel del mar. Esta sentencia está recopilada en la Revista de derecho y jurisprudencia Tomo XCVI, N° 2, 1999, Santiago de Chile, p. 99 y ss.

⁹⁰ CorteIDH. Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, párr. 63 y ss.

⁹¹ CorteIDH. Caso De la Cruz Flores *vs.* Perú, párr. 128.

⁹² CorteIDH. Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú, párr. 104.

⁹³ CorteIDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor *vs.* Paraguay, párr. 159.

⁹⁴ CorteIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 85 y 87.

Tribunal de San José el *corpus iuris* interamericano regula la estrecha e inmediata vinculación entre los derechos a la vida y a la integridad personal con la atención a la salud humana y acentúa que conforme al “artículo 10” del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público⁹⁵.

Para el órgano jurisdiccional supranacional, bajo la premisa de que el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar los derechos de las personas en circunstancias de privación de libertad⁹⁶, los Estados tienen el deber, en concreto, “de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera”⁹⁷. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal⁹⁸, según las necesidades específicas de su situación real. La Corte estima conveniente disponer que el Estado brinde atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a las víctimas que así lo soliciten, inclusive de los medicamentos que requieran⁹⁹.

Como tercer eje clave en la garantía de condiciones dignas en los centros carcelarios, la CorteIDH ha establecido la necesidad de un mayor escrutinio para la especial vulnerabilidad de algunas personas privadas de libertad como por ejemplo los niños. Respecto a los menores de edad privados de libertad la Corte Interamericana establece un deber cualificado para el Estado, que como responsable de los establecimientos de detención es el garante de los derechos de los detenidos, que incluye el deber de “explicar lo que le suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia. Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeto a su custodia. La forma en que se trata a un

⁹⁵ CorteIDH. Caso Albán Cornejo y otros *vs.* Ecuador, párr. 117.

⁹⁶ Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II.

⁹⁷ Caso Cesti Hurtado. Medidas Provisionales respecto de Perú. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de enero de 1998, considerando sexto.

⁹⁸ CorteIDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, párr. 227; CorteIDH. Caso De la Cruz Flores *vs.* Perú, párr. 122; CorteIDH. Caso Tibi *vs.* Ecuador, párr. 157.

⁹⁹ CorteIDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña *vs.* Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 253.

detenido debe estar sujeta a un escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquel, función estatal de garantía que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adoptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente en tales circunstancias los menores de edad”¹⁰⁰.

Tres reglas básicas priman en las decisiones del Tribunal de San José en cuanto a la salvaguarda de los derechos de los menores privados de libertad: en primer lugar, que en materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, tiene una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la CADH¹⁰¹, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño¹⁰². El Estado debe preocuparse particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión. En cuanto a los derechos sociales de los niños privados de libertad, el Estado se obliga, *inter alia*, a proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida¹⁰³. Acude la normativa internacional para rechazar cualquier negación de sus derechos civiles, económicos, sociales o culturales¹⁰⁴, e insiste en la garantía de la integridad personal¹⁰⁵.

¹⁰⁰ CorteIDH. Caso Bulacio *vs.* Argentina, párr. 126.

¹⁰¹ CorteIDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor *vs.* Paraguay, párr. 160.

¹⁰² CorteIDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú, párrs. 124, 163-164, y 171.

¹⁰³ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrs. 80-81, 84, y 86-88. Cita la CorteIDH la regla 13.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

¹⁰⁴ Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990.

¹⁰⁵ CorteIDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú, párr. 170.

2. Diversidad de diálogos

A fin de ejemplificar la multiplicidad del diálogo se ofrecen dos tablas contentivas de las citas y referencias de la CorteIDH hacia el sistema universal así como el diálogo con su homóloga, la Corte Europea de Derechos Humanos.

Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú (C 160)
<p>Respecto a la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, y en conexión con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.</p>
Diálogo con el Sistema Universal
<p><i>párr. 301</i> Quedó probado que los internos trasladados al Hospital de la Policía no recibieron tratamiento médico adecuado... El Principio vigésimo cuarto para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión establece que “[...] toda persona detenida [...] recibirá [...] atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario [...]”. (...)</p> <p><i>nota al pie 157</i> Cfr. O.N.U., Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principio 24. (...)</p> <p><i>par. 303</i> Con respecto al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”. Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo, “es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”.</p> <p><i>nota al pie 159</i> Cfr. O.N.U., Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párrs. 23 y 53.</p> <p><i>nota al pie 160</i> Cfr. O.N.U., Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11º período de sesiones. Recomendación general 19 “La violencia contra la mujer”. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1at84 (1994), párr. 6.</p>

párr. 306

(...) La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.

nota al pie 161

Cfr. ICTR, Case of Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. Judgment of September 2, 1998. Case No. ICTR-96-4-T, para. 688.

nota al pie 163

Cfr. O.N.U., Comisión de Derechos Humanos. 50° período de sesiones. Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en particular la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos. Doc. E/CN.4/1995/34 del 12 de enero de 1995, párr. 19.

párr. 313

La Relatora Especial de la ONU para la Violencia contra las Mujeres ha establecido, refiriéndose a la violencia contra las mujeres en el contexto de un conflicto armado, que la “[l]a agresión sexual a menudo se considera y practica como medio para humillar al adversario” y que “las violaciones sexuales son usadas por ambas partes como un acto simbólico”. Este Tribunal reconoce que la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas.

nota al pie 165 [y 166]

Cfr. O.N.U., Comisión de Derechos Humanos, 54° período de sesiones. Informe presentado por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión. Doc. E/CN.4/1998/54 del 26 de enero de 1998, párrs. 12 y 13. [y párr. 14]

nota al pie 167

Cfr. Presentación oral ante la Comisión de Derechos Humanos del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Tortura, Peter Kooijmans, incluida en: U.N., Commission on Human Rights. 48° session. Summary Record of the 21st Meeting, Doc. E/CN.4/1992/SR.21 of February 21, 1992, para. 35; y O.N.U., Comisión de Derechos Humanos. 50° período de sesiones. Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en particular la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos. Doc. E/CN.4/1995/34 del 12 de enero de 1995, párr. 16.

nota al pie 170

Cfr. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

nota al pie 172

(...) En el mismo sentido, cfr. O.N.U. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, Reglas 10 y 11.

párr. 325

(...) El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha señalado que las celdas de aislamiento de 60 x 80 centímetros, en las que no hay luz ni ventilación y sólo se puede estar en ellas de pie o agachado, “constituyen en sí mismas una forma de instrumento de tortura”.

nota al pie 182

Cfr. O.N.U., Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, Regla 31; (...)

nota al pie 183

Cfr. O.N.U., Asamblea General. Informe del Comité contra la Tortura sobre Turquía. Cuadragésimo octavo Período de Sesiones, 1994, A/48/44/Add.1, párr. 52.

párr. 326

(...) El perito señaló que “est[e] método de castigo era [...] colectivo [y] por su severidad y consecuencias físicas y psicológicas [es] consistente con tortura”. En el mismo sentido, el Protocolo de Estambul establece que la falanga es una forma de tortura.

nota al pie 184

Cfr. O.N.U., Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo de Estambul, 2001, párr. 202.

párr. 331

(...) El Comité Internacional de la Cruz Roja ha establecido que el Estado debe asegurar que “las condiciones sanitarias [en los centros de detención] sean adecuadas para mantener la higiene y la salud [de las prisioneras], permitiéndoles acceso regular a retretes y permitiéndoles que se bañen y que limpien su ropa regularmente”. Asimismo, dicho Comité también determinó que se deben realizar arreglos especiales para las detenidas en período menstrual, embarazadas, o acompañadas por sus hijos. La comisión de esos excesos causó sufrimiento especial y adicional a las mujeres detenidas [International Committee of the Red Cross. Women Facing War: ICRC Study on the Impact of Armed Conflict on Women, 2001, sec. III, ref. 0798 y disponible a <http://www.icrc.org>. En el mismo sentido, cfr. O.N.U., Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párrs. 15-19].

nota al pie 187

Cfr. International Committee of the Red Cross. Women Facing War: ICRC Study on the Impact of Armed Conflict on Women. 2001, ref. 0798 y disponible a <http://www.icrc.org>, sección III. En el mismo sentido, cfr. O.N.U., Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párr. 23.

párr. 383

(...) En este sentido, con base en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas la Corte ha señalado los principios que deben orientar tales diligencias. Las autoridades estatales que conducen una investigación deben, inter alia, a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier procedimiento o práctica que pueda haberla provocado, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.

nota al pie 199

(...) O.N.U., Manual Sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas, E/ST/CSDHA/.12 (1991).

nota al pie 206

(...) En igual sentido, cfr. O.N.U., Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 37º período de sesiones, Informe provisional del Sr. Louis Joinet, Relator Especial, Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñen en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos. E/CN.4/Sub.2/1984/15, 22 de junio de 1984, párr. 56; Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, Article II, Allied Control Council of December 20, 1945, Nuremberg Trials. Final Report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials Under Control Council law No. 10, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1949; ICTY, Case of Prosecutor v. Kunarac. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T. Trial Court Decision, Judgment of February 22, 2001, paras. 21 y 883; O.N.U., Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, artículo 7.

La CorteIDH también dialoga abiertamente con la Corte Europea de Derechos Humanos, que es citada en sus siglas en inglés (ECHR)¹⁰⁶. Este órgano jurisdiccional europeo ha sostenido sistemáticamente, desde la sentencia de 18 de enero de 1978 en el caso Irlanda vs. Reino Unido, cuando por primera vez el Tribunal declaró la violación del artículo 3 del Convenio, que debe realizarse un test de la gravedad de los padecimientos sufridos para calificar como tratos inhumanos y degradantes o como tor-

¹⁰⁶ A título de ejemplo y aleatoriamente, en el Caso Bulacio *vs.* Argentina, la CorteIDH alude a los casos europeos: Case of Kurt v. Turkey, 15/1997/799/1002, 25 de mayo de 1998, párrs. 124-128; Case of Çakici v. Turkey, Application no. 23657/94, 8 de julio de 1999, párrs. 104-106; Case of Timurtas v. Turkey, Application no. 23531/94, 13 de junio de 2000, párrs. 102-105; Case of Tas v. Turkey, Application no. 24396/94, 14 de noviembre de 2000, párrs. 84-87; Case of Cyprus v. Turkey, Application no. 25781/94, 10 de mayo de 2001, párrs. 132-134 y 147-148.

tura, una alegación de violación de este artículo. En dicha jurisprudencia del TEDH se constata reiteradamente la dignidad humana de las personas privadas de libertad y la prohibición de la tortura, ya que el respeto a la integridad personal es un valor fundamental de las sociedades democráticas contemporáneas. En la primera línea, el TEDH acude a la presunción jurídica *iuris tantum* y asevera que se atenta contra la dignidad humana y constituye, en principio, una violación del derecho que garantiza el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la aplicación del uso de la fuerza con respecto a una persona privada de su libertad, no siendo preciso entrar a valorar si esa fuerza alcanzó el umbral mínimo necesario¹⁰⁷. Respecto a la prohibición de la tortura como valor democrático esencial de la sociedad contemporánea, el TEDH considera que es indispensable una mayor firmeza en la apreciación de los ataques a los valores fundamentales de las sociedades democráticas dado el creciente nivel de exigencia alcanzado en la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales¹⁰⁸.

Paradigmática es la sentencia conocida como Retén de Catia, que alude al diálogo en materia de condiciones de detención:

**CASO MONTERO ARANGUREN Y OTROS (RETÉN DE CATIA)
VS. VENEZUELA (C 150)**

Respecto a la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, y en conexión con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura;
Obs: reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado.

¹⁰⁷ Véase el Caso Tibi *vs.* Ecuador cuando la CorteIDH cita, en la nota al pie de la sentencia N° 156, el caso Kudla v. Poland, No. 30210/96, párrs. 93-94, ECHR 2000-XI respecto a que el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana.

¹⁰⁸ El Juez Cañado Trindade cita en su voto razonado en el mismo Caso Tibi *vs.* Ecuador, en el § 27, que “la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó, en el caso Soering versus Reino Unido (Sentencia del 07.07.1989), que la prohibición absoluta de la tortura (inclusive en tiempos de guerra y otras emergencias nacionales) da expresión a uno de los ‘valores fundamentales de las sociedades democráticas’ contemporáneas” (párr. 88). Más recientemente (Sentencia del 15.07.2002), en el caso Kalashnikov *vs.* Rusia (párr. 95).

Diálogo con el Sistema Europeo*Párr. 85*

...los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano (Cfr. ECHR, *Case of I.I v Bulgaria*. Judgment of 9 June 2005. Application No. 44082/98, para. 77; ECHR, *Case of Poltoratskiy v. Ukraine*. Judgment of 29 April 2003. Application No. 38812/97, para. 148.)

Párr. 90

La Corte toma nota de que según el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante “el CPT”), una prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario. Este listado es meramente enunciativo. Asimismo, el CPT estableció que 7 m² por cada prisionero es un guía aproximada y deseable para una celda de detención. [Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes] CPT/Inf (92) 3 [EN], 2nd General Report, 13 April 1992, para. 43. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que un espacio de cerca de 2m² para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo era cuestionable a la luz del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ECHR, *Case of Kalashnikov v. Russia*. Judgment of 15 July 2002. Application No. 47095/99, para. 97) y no podía considerarse como un estándar aceptable (ECHR, *Case of Ostrovar v. Moldova*. Judgment of 13 September 2005. Application No. 35207/03, para. 82), y que una celda de 7 m² para dos internos era un aspecto relevante para determinar una violación del mismo artículo (ECHR, *Case of Peers v. Greece*. Judgment of 19 April 2001. Application No. 28524/95, para. 70-72)...

Párr. 94

La Corte considera que las celdas de aislamiento o castigo sólo deben usarse como medidas disciplinarias o para la protección de las personas (ECHR, *Case of Mathew v. The Netherlands*. Judgment of 29 September 2005. Application No. 24919/03, para. 199).

Párr. 98

...la Corte Europea estimó que el hecho de que una persona hubiera sido obligado a vivir, dormir y hacer uso del sanitario conjuntamente con un gran número de internos era en sí mismo suficiente para considerarlo como un trato degradante (ECHR, *Case of Khudoyorov v. Russia*. Judgment of 8 November 2005, Application No. 6847/02, para. 107; ECHR, *Case of Karalevicius v Lithuania*. *supra* nota 149, para. 39; ECHR, *Case of I.I v Bulgaria*. *supra* nota 142, para. 73).

Párr. 102

La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de los prisioneros (ECHR, *Case of Mathew v. The Netherlands*, *supra* nota 151, para. 187).

Ahora bien, en Suramérica también somos testigos del diálogo con los tribunales nacionales y se comprueba una convergencia de estándares en la protección de las personas privadas de libertad en los órdenes domésticos. Valgan algunos ejemplos para validar este argumento. Emblemática es la labor tuitiva de la Corte Constitucional de Colombia (CCC) a favor de este grupo vulnerable en atención a los estándares desarrollados a nivel global e interamericano¹⁰⁹. En su Sentencia T-153/98, la CCC declaró el “estado de cosas inconstitucional” en los establecimientos carcelarios, por la grave situación de hacinamiento que existía (en las cárceles), ordenando, entre otros, la elaboración y ejecución de un plan de construcción y refacción de cárceles, la separación de procesados y condenados, la adecuación del Presupuesto General de la Nación para la ejecución del plan y la vigilancia continua de la situación por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría.

El diálogo entre el órgano supranacional y la CCC ha sido sistematizado con una selección de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional sobre la situación en la que se encuentran las personas privadas de libertad, los derechos que deben serles garantizados y las obligaciones estatales “en respuesta a la continuada y generalizada crisis de los sistemas penitenciarios y carcelarios”, en un esfuerzo conjunto entre la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Unión Europea¹¹⁰.

A los fines de este trabajo sólo resalto algunas líneas jurisprudenciales. Tal como lo interpreta la Corte IDH en cuanto a la atención de los grupos estructuralmente marginados, la CCC en la Sentencia T-296 de 1998 adopta igual postura y deja sentado que el juez de tutela, como autoridad constitucional, está ‘obligada a asumir la vocería de las minorías olvidadas’, y emplea precisamente como título “juez constitucional-Asunción vocería de minorías olvidadas”. En la Sentencia T-851 de 2004 se consideró que ciertos derechos de los reclusos no están sujetos a limitaciones legítimas, tales como la vida, la integridad personal y la salud. En su Sentencia T-439/06 se pronuncia sobre el derecho de petición, el derecho al deporte, la re-

¹⁰⁹ Cfr. UPRIMNY YEPES, R./GUZMÁN, D. E., “Las cárceles en Colombia: entre una jurisprudencia avanzada y un estado de cosas inconstitucionales”, *Simposio internacional penitenciario y de derechos humanos*, POSADA SEGURA, J. D. (Ed.), Medellín, 2010, p. 161 y ss.

¹¹⁰ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Personas privadas de libertad. jurisprudencia y doctrina*, Bogotá, 2006. Con la cofinanciación de la Unión Europea. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/compilacion%20doctrina%20carceles/JurisprudenciaCarceles.pdf>

creación y la cultura, y el derecho a la integridad de los reclusos y ordena al Estado la adopción de medidas positivas (crear un libro de registro de peticiones, la creación de una oficina jurídica con personal especializado encargado de tramitar peticiones, la utilización inmediata y la reglamentación de las canchas deportivas y el gimnasio, la elaboración de un programa de actividades recreativas, deportivas y culturales, entre otras).

Por su parte, la Sentencia T-322/07 parte de los estándares establecidos en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos y la CCC insiste en la separación de sindicados y condenados, el trámite de beneficios administrativos, la seguridad de establecimientos carcelarios y las condiciones de higiene.

La CCC destaca las normas internacionales de derechos humanos, tanto en el sistema universal de protección, como el sistema interamericano de protección, que consagran la dignidad de toda persona privada de la libertad, como uno de los derechos humanos expresamente reconocidos. La CCC, en su reciente de jurisprudencia (por ejemplo la Sentencia T-690 de 2010), a partir de admitir la relación de sujeción especial en que se encuentran las personas privadas de libertad frente al Estado (como lo hace la CorteIDH), advierte sobre una categorización de los deberes especiales de protección que el Estado tiene, bien se trate de derechos suspendidos, intangibles o limitables. Repitiendo su jurisprudencia constante acerca de la relación de especial sujeción y custodia entre el Estado y las personas privadas de la libertad, exige a las autoridades carcelarias garantizar el acceso idóneo y suficiente de agua potable como recurso necesario para el aseo y consumo de los reclusos. El derecho fundamental al acceso de agua potable en los establecimientos carcelarios es un derecho interdependiente de la dignidad de los internos, ineludiblemente relacionado con los derechos fundamentales a la salud y a la vida. Concedió un plazo de cuarenta y ocho (48) horas para asegurar tal suministro (Sentencia T-764/12).

Un fallo histórico lo dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN), el 3 de mayo de 2005 en el caso *Verbitsky*¹¹¹, al establecer estándares mínimos sobre condiciones de detención y prisión preventiva en comisarías y cárceles. Emblemático ha sido esta causa, iniciada por la ONG CELS en 2001 mediante un *habeas corpus* colectivo, por cuanto el máximo tribunal obligó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a sus tribunales inferiores (de Buenos Aires) a revisar las

¹¹¹ V. 856. XXXVIII, Recurso de hecho, *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, de fecha 03.05.2005.

medidas de privación de la libertad dispuestas y a realizar un seguimiento periódico de la situación carcelaria, modificando el criterio negativo precedente sostenido por los tribunales provinciales de mayor jerarquía. La propia CorteIDH, en su Resolución de 18 de junio de 2005 sobre medidas provisionales en el caso de las Penitenciarías de Mendoza contra Argentina, en diálogo con la CSJN, destaca la necesidad de “disminuir el hacinamiento mediante la reducción de la cantidad de personas encarceladas en prisión preventiva (conforme con los criterios establecidos en el reciente fallo de la CSJN sobre las cárceles de Buenos Aires)...”

Sin embargo, surgieron en la doctrina algunas voces críticas, como la de González-Salzberg, que reseñaban los vaivenes de la postura de la CSJN Argentina en lo concerniente a la vinculatoriedad de las decisiones de la CorteIDH, en particular respecto al caso Bulacio y al caso Bueno Alves, en el primero (Espósito) subordinaba el contenido de sus decisiones a lo resuelto por la Corte IDH, dado el carácter “obligatorio” de las sentencias de este órgano supranacional, mientras que en el segundo (René Jesús) no lo adoptó. Sin embargo, la CSJN, inéditamente, avanza en el diálogo con la CorteIDH en el caso Bueno Alves, que por su trascendente significado vale la pena reconstruir cronológicamente:

La CorteIDH declaró la responsabilidad internacional de Argentina por la violación, entre otros, de los derechos a la integridad personal y garantías judiciales, establecidos en los artículos 5.1, 5.2 y 8.1 de la CADH, en perjuicio del señor Juan Francisco Bueno Alves, quien había sido objeto de actos de tortura mientras estuvo privado de la libertad y bajo la custodia del Estado argentino. En la línea argumentativa del órgano supranacional, los hechos no habían sido diligentemente investigados y por ello ordenó al Estado realizar inmediatamente las investigaciones necesarias para determinar las responsabilidades correspondientes. La CorteIDH, no obstante, expresó que los hechos no podían ser calificados *per se* como delitos de lesa humanidad, ya que no habían sido cometidos como parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. La sentencia data del 11 de mayo de 2007. Apenas dos meses más tarde, el 11 de julio de 2007, la CSJN dictó un fallo declarando la prescripción de la acción penal en el caso Bueno Alves, dejando sentado que el delito no era considerado un crimen de lesa humanidad y estaba sometido a la prescripción.

Cuatro años más tarde, el 5 de julio de 2011, la CorteIDH, en ejercicio de su competencia para supervisar el cumplimiento de la sentencia dictada en el caso Bueno Alves, reconoce el cumplimiento parcial por parte del Estado argentino, pero mantiene vigente el mandamiento de investigar los hechos de tortura contra el señor Bueno Alves. Insiste en tres máximas

fundamentales, a saber, la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la CADH (Art. 1.1); la prescripción no procede si se comprueba una clara falta de debida diligencia en la investigación porque se negaría el acceso a la justicia por parte de una víctima de tortura¹¹²; y en tercer término, que es imprescindible tomar en cuenta ciertos contextos de violencia institucional para evitar la impunidad en un proceso judicial. En definitiva, la CorteIDH reiteró que debe encontrarse la verdad de lo ocurrido para impedir que el Estado evada la rendición de cuentas por las arbitrariedades que cometan sus propios funcionarios¹¹³.

El 29 de noviembre de 2011 la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina declaró con lugar el recurso de revocatoria interpuesto por el abogado del señor Bueno Alves, dejó sin efecto su propio pronunciamiento de fecha 11 de julio de 2007 y devolvió las actuaciones al tribunal de origen, “con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en la sentencia ‘Bueno Alves vs. Argentina’, notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007...”¹¹⁴.

Se puede concluir, por tanto, que en lo que se refiere al tema carcelario, sí se constata una total convergencia entre ambas jurisdicciones. El asunto de las medidas provisionales de “Penitenciarías de Mendoza”¹¹⁵ también alude al diálogo en tanto la intervención de la CSJN se ha orientado a requerir a los gobiernos nacional y provincial que le informen acerca de las disposiciones adoptadas para dar cumplimiento a los requerimientos de la CorteIDH (Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2006c). Asimismo intimó al Poder Ejecutivo Nacional para adoptar las medidas adecuadas para proteger la vida, la salud, y la integridad personal de todos los internos en un plazo determinado y ha decidido que el poder judicial de la provincia que (se) dispusiera el cese de toda

¹¹² El Tribunal de San José considera que, por regla general, el instituto procesal de la prescripción debe aplicarse cuando corresponda, salvo que, como en el presente caso, se compruebe una clara falta de debida diligencia en la investigación y, en consecuencia, una negación al acceso a la justicia por parte de una víctima de tortura. CorteIDH, Caso Bueno Alves vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 05 de julio de 2011, párr. 45.

¹¹³ Diálogo Jurisprudencial, n. 10, enero-junio, México, Año 2011, p. 259 y ss.

¹¹⁴ Recurso de hecho. Derecho, René Jesús s/ Incidente de prescripción de la acción penal. Causa n° 24.079.

¹¹⁵ CorteIDH, Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina, 2004, 2005, 2006.

providencia dictada que pudiera implicar una violación de los derechos humanos de los detenidos (Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2007c)¹¹⁶.

Una tercera referencia dialógica (implícita) se observa en una decisión del Superior Tribunal de Justicia de Brasil (STJ) concerniente a la prisión preventiva en contenedores (del inglés *container*). Dada la praxis de que la prisión preventiva se cumpla en contenedores, Superior Tribunal de Justicia falló estableciendo que esta forma de prisión preventiva contraviene los principios y normas constitucionales e infraconstitucionales, pues usar *container* como celdas es inadecuado e ilegítimo, se viola la garantía de la dignidad de la persona humana así como otros principios garantistas, entre ellos la presunción de inocencia, el respeto a la integridad personal de los presos, la necesaria ejecución de la pena en armonía con la integración social del condenado y del internado (sometido a juicio). Se constata que este tipo de prisión es inhumana y deshonor, para afirmar que “no se combate la violencia del crimen con la violencia de la prisión”. El STJ acordó el *habeas corpus*, sustituyendo la prisión en *container* con prisión domiciliaria y extendió la medida acordada a todas las mujeres y hombres que estén detenidos en las mismas condiciones¹¹⁷.

Actualmente, Brasil es escenario de un intenso debate en cuanto al tema de la tortura y las condiciones de los establecimientos penitenciarios. Conectas Direitos Humanos, como ONG activa en el seguimiento de la situación carcelaria en ese país, ha reiterado los resultados contenidos en el Informe del Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (SPT) que revela, tras una serie de visitas a los centros de detención en septiembre de 2011, que el marco jurídico brasileño sobre la tortura aunque es adecuado, pero no se aplica en la práctica¹¹⁸. De allí la importancia de la propuesta del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur destinada a favorecer el cumplimiento estricto de los estándares internacionales e interamericanos, de modo convergente y

¹¹⁶ GONZÁLEZ-SALZBERG, D. A., “La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la corte suprema de justicia de la nación”, *Sur*, Vol. 8, n. 15, 2011, pp. 117-135, p. 128 y ss.

¹¹⁷ HC 142.513/ES, Rel. Ministro Nilson Naves, sexta turma, juzgado 23/03/2010, DJe 10/05/2010.

¹¹⁸ *Cfr.* Página oficial de Conectas. Disponible en: <http://www.conectas.org/artigo-1/onu-pede-mudancas-no-projeto-de-lei-sobre-prevencao-da-tortura>.

progresivo, gracias a la propia permeabilidad del texto constitucional brasileño.

El diálogo en materia de protección a las personas privadas de libertad no está exento de paradojas, como se hizo patente con la reacción del Estado venezolano¹¹⁹ ante la sentencia de la CorteIDH, de junio de 2012, en el caso Díaz Peña¹²⁰. La CorteIDH señaló que el detenido se encontraba en “condiciones de detención sumamente deficientes, en particular, por la falta de acceso a la luz y ventilación natural, y las salidas restringidas al aire libre, durante más de seis años, así como el encierro en las noches y con éste las restricciones de acceder al único baño disponible para diez celdas individuales, por más de tres años.” Asimismo, encontró probado que el detenido sufrió un serio deterioro progresivo en su salud y ordenó que el Estado “adopte las medidas necesarias para que las condiciones de detención se adecuen a los estándares internacionales relativos a esta materia, *inter alia*: i) celdas ventiladas y con acceso a luz natural; ii) acceso a sanitarios y duchas limpias y con suficiente privacidad; iii) alimentación de buena calidad, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de la salud y fuerza de la persona privada de libertad; y iv) atención en salud necesaria, adecuada, digna y oportuna”. Dichas condiciones de detención no cumplieron los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno y en consecuencia constituyeron en su conjunto tratos inhumanos y degradantes violatorios de lo dispuesto en el Art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el Art. 1.1 de la misma¹²¹.

La reacción de de la República Bolivariana de Venezuela se concretizó en la comunicación, al Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), mediante nota oficial de fecha 10 de septiembre de

¹¹⁹ Véase declaración en el canal Telesur, disponible en: <http://www.telesurtv.net/articulos/2012/08/01/presidente-venezolano-asegura-que-organismos-como-la-cidh-deben-desaparecer-4102.html>.

¹²⁰ En Venezuela, particularmente en la Plaza Francia de Altamira de Caracas, se realizaron distintas protestas entre octubre de 2002 y parte del año 2003. El 25 de febrero de 2003 estallaron dos artefactos explosivos en el Consulado General de la República de Colombia y en la Oficina de Comercio Internacional del Reino de España, situados en Caracas, y Raúl José Díaz Peña fue detenido por su presunta responsabilidad en los mismos. Véase CorteIDH. Caso Díaz Peña *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.

¹²¹ CorteIDH. Caso Díaz Peña *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244, párr. 141.

2012, de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²² y comenzó a correr el preaviso de un año previsto en el Art. 78 de la Convención. La doctrina ha puesto de relieve la inconstitucionalidad del acto y ya se interpuso el correspondiente recurso¹²³. Contraviene, en lo atinente al sistema carcelario, no sólo el régimen garantista de la Carta Magna de 1999, sino también la praxis del Estado venezolano. En un caso anterior relativo a violaciones de los derechos de las personas privadas de libertad, específicamente en el caso Retén de Catia, que versó sobre la ejecución extrajudicial de 37 reclusos¹²⁴, el Estado venezolano reconoció su responsabilidad internacional en la audiencia pública llevada a cabo en Buenos Aires en 2006, y “se allanó a las pretensiones expuestas por la Comisión Interamericana en su demanda y por los representantes.”¹²⁵ Venezuela había sido uno de los países pioneros en acudir a la figura jurídica de la solución amistosa en base al “allanamiento” del Estado¹²⁶.

La actitud contraria al cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas al ratificar la Convención Americana ya había sido objeto de análisis por parte de la Comisión¹²⁷. La justicia constitucional no adoptó una posición dialógica con la CorteIDH, sino al contrario, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela había declarado las sentencias de los casos Apitz y López como inejecutables y llegó a solicitarle al Ejecutivo denunciar la Convención Americana alegando una evidente usurpación de funciones de la Corte IDH¹²⁸.

¹²² Mediante comunicado de prensa C-307/12 de, el Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, de fecha 10 de septiembre de 2012.

¹²³ Acción de nulidad por inconstitucionalidad presentada 27 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2012/09/Accion-inconst-DENUNCIA-CADH-270912.pdf>

¹²⁴ Hechos ocurridos después de un segundo intento de golpe militar en Venezuela en 2002. CorteIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

¹²⁵ CorteIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 26.

¹²⁶ Sobre un análisis de los seis primeros casos de solución amistosa, *Cfr.* SALGADO PESANTES, H., “La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, México, 2003, p. 97.

¹²⁷ CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5, corr. 1, 7 marzo 2011, punto 837.

¹²⁸ Sentencia del TSJ N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 declaró inejecutable la sentencia de la CorteIDH en el 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 No. 182. Las críticas a esta tesis denominada

La constelación de los derechos de este grupo vulnerable no da lugar a discrepancias en torno al activismo y al diálogo promovido por el Tribunal Interamericano. Incluso las opiniones críticas en torno al poco margen de apreciación que la CorteIDH deja a los Estados reconocen la relevancia de tal limitación en los casos de protección de los grupos más vulnerables¹²⁹. En este sentido se interpreta que las decisiones de la CorteIDH repercuten en el “fortalecimiento de la vitalidad democrática de autoridades nacionales, en el reforzamiento de la capacidad institucional al interior de los Estados, y, en particular, de los tribunales”¹³⁰. Incluso se advierte que si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las Constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge sin generar conflictos¹³¹. El postulado básico es el diálogo y el rechazo sistemático de Venezuela, junto con el de Perú en tiempos de Fujimori, son los casos excepcionales¹³².

V. CONCLUSIÓN: UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

En base a los datos empíricos que arrojan el nivel de gravedad de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos de este grupo vulnerable y su

de la “inejecutabilidad” se han expresado en la doctrina. AYALA CORAO, C., “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, VON BOGDANDY/FERRER MAC-GREGOR/MORALES ANTONIAZZI (Coord.), México, 2010, pp. 85-157. En fecha 17.10.2011, la Sala Constitucional del TSJ declaró inejecutable el fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 1 de septiembre de 2001, sobre el caso López Mendoza (CorteIDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233).

¹²⁹ BARBOSA DELGADO, F. R., “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, n. 26, enero-junio de 2011, pp. 107-135.

¹³⁰ Discurso del Presidente de la CorteIDH, Juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011.

¹³¹ Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA, Sergio García Ramírez, Panamá, 06.06.2007, p. 3. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf.

¹³² GÓNGORA, M., “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo”, *Estudos avançados de Direitos Humanos Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, VON BOGDANDY/PIOVESAN/MORALES ANTONIAZZI (Coord.), Sao Paulo, 2013, p. 324 y ss.

recurrencia en los países suramericanos, la valoración de la jurisprudencia del órgano interamericano es forzosamente positiva y su actitud dialógica esencial para posibilitar la permeabilidad de los órdenes internacional y europeo en el ámbito regional. El método reiterativo que emplea la CorteIDH para otorgar la máxima cobertura a la protección de la dignidad humana define parámetros claros, a saber, que ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana¹³³, que la tortura a los reclusos constituye la violación de un valor de las sociedades democráticas¹³⁴ y que toda persona privada de libertad debe ser tratada con respeto a la dignidad humana y no debe ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes¹³⁵. Deisy Ventura, Flávia Piovesan y Juana Kweitel resumen el extraordinario aporte que ha brindado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la promoción de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia en la región: el sistema interamericano permitió la desestabilización de los regímenes dictatoriales, exigió justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas y ahora demanda el fortalecimiento de la democracia, contra las violaciones de los derechos y la protección de los grupos más vulnerables¹³⁶. Este es el eje sobre el que gravita la construcción del *ius commune*.

Para aproximarse a las líneas centrales o el dictum del *ius commune* se puede adoptar como guía los pronunciamientos de la CorteIDH en el marco de sus competencias. En materia de medidas provisionales, dictadas en ejercicio de la competencia convencional y reglamentaria establecida en los artículos 63.2 de la CADH y 27 del Reglamento de la Corte IDH para atender, como verdaderas garantías jurisdiccionales de carácter preventivo¹³⁷, existe un acervo común para atender las situaciones caracterizadas por los elementos de extrema gravedad, urgencia y la prevención de daños irreparables. Para la CorteIDH, el carácter irreparable del daño que se podría producir a los derechos a la integridad personal y la vida que están en peligro ante tal situación de riesgo grave y urgente activa el mecanismo de

¹³³ CorteIDH. Caso Durand y Ugarte *vs.* Perú, párr. 69.

¹³⁴ CorteIDH. Caso Tibi *vs.* Ecuador.

¹³⁵ CorteIDH. Caso Neira Alegría y otros *vs.* Perú, párr. 86; CorteIDH. Caso Durand y Ugarte *vs.* Perú, párr. 78.

¹³⁶ VENTURA, D./PIOVESAN, F./KWEITEL, J., *O assunto de hoje: Comissão de direitos humanos da OEA. Sistema interamericano sob forte ataque*. Disponible en: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaao/59213-sistema-interamericano-sob-forte-ataque.shtml>.

¹³⁷ Criterio sentado por el juez Cançado Trindade en el caso del Tribunal Constitucional, medidas provisionales, resolución del Presidente de la CorteIDH de 7 de abril de 2000, párr. 10 y 11.

la medida provisional¹³⁸. De conformidad con la premisa del Tribunal de San José, más allá de estos requisitos materiales, debe valorarse el conjunto de factores o circunstancias políticas, históricas, culturales o de cualquier otra índole que afectan al beneficiario o lo colocan en una situación de vulnerabilidad en un determinado momento y lo exponen a recibir lesiones a sus derechos¹³⁹.

El Tribunal de San José también en el campo de las medidas provisionales dictadas a favor de las personas privadas de libertad ha insistido en la necesidad de hacer una clasificación de categorías de internos, especialmente en cárceles con altos índices de hacinamiento. En esta materia, en particular acerca de la separación de categorías, ha recurrido a las normas del sistema de Naciones Unidas y ha puesto en práctica su visión extensiva y evolutiva en la interpretativa judicial.

Tomando como ejemplo el asunto del Internado Judicial capital El Rodeo I y el Rodeo II, se constata el criterio mixto entre lo cautelar como proceso y lo tutelar como protección de derechos humanos que la CorteIDH aplica para calificar dichas medidas. En torno a lo cautelar, señala la Corte que se persigue preservar los derechos en posible riesgo hasta que no se resuelva la controversia, asegurándose la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y las reparaciones ordenadas, y evitando que se lesionen los derechos en litigio. Paralelamente, las medidas son tutelares, como garantía jurisdiccional de carácter preventivo, protegen derechos humanos previniendo que se produzcan daños irreparables a las personas¹⁴⁰. La Corte coloca en cabeza del Estado el deber de dar respuesta al requerimiento de información, como requisito imperioso para que el mecanismo de protección regional funcione eficazmente, por lo que el incumplimiento de este deber es especialmente grave y conlleva la presunción de que la situación de riesgo persiste, como decidió en el asunto Centro Penitenciario de Aragua “Cárcel de Tocarón”¹⁴¹.

¹³⁸ CorteIDH. Asunto María Lourdes Afiuni respecto Venezuela, Res. de la Presidencia de la Corte, 10.12.2010.

¹³⁹ Cfr. CORZO SOSA, E., *Las medidas provisionales en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*, México, 2012.

¹⁴⁰ Véase asunto del Internado Judicial capital El Rodeo I y el Rodeo II, medidas provisionales, resolución de la CorteIDH de 8 de febrero de 2008, considerandos 7 y 8. Criterio que ha sido reiterado en el asunto de la Cárcel de Urso Branco, medidas provisionales respecto de Brasil, resolución de la Corte de 2 de mayo de 2008, considerando 4.

¹⁴¹ Véase asunto Centro Penitenciario de Aragua “Cárcel de Tocarón”, solicitud de medidas provisionales presentada por la CorteIDH respecto de Venezuela, resolución del Presidente de la CorteIDH de 1 de noviembre de 2010, c. 12.

La CorteIDH incorpora un concepto amplio de beneficiarios nominados de las medidas provisionales en tanto se puedan calificar como individuales (con independencia de que las mismas estén destinadas a una sola persona o a varias) un concepto de beneficiarios innominados que pueden calificarse como medidas colectivas (reclusos de una cárcel, visitas y personal de seguridad). En efecto, por lo que hace a los reclusos, en el caso Cárcel de Urso Branco la Corte, después de recordar el paso de personas individualizadas a identificables, adopta las medidas para proteger la vida y la integridad de todas las personas recluidas en la Cárcel, solicitando al Estado la lista de ellas, toda vez que en los centros se lleva un registro de ellas¹⁴². Extiende este criterio al sostener, en una resolución posterior, que la gravedad y urgencia se habían incrementado por lo que afirma que era necesario que el Estado adoptara las medidas necesarias para adoptar la vida e integridad de todas las personas que ingresen a la cárcel, entre ellos las visitas¹⁴³. Con posterioridad, al recibir más información y de lo expuesto en la audiencia pública celebrada al efecto, la Corte determinó que también debían protegerse a los agentes de seguridad que prestaban en la cárcel sus servicios, pues también se encontraban en grave riesgo y vulnerabilidad¹⁴⁴. Estos criterios se reiteraron en otros casos, como por ejemplo en el de las Penitenciarías de Mendoza¹⁴⁵ y en el asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa¹⁴⁶.

Un asunto vinculado al tema carcelario originó una medida que calificó como de quasi-extraterritorialidad, por tanto se extiende a personas fuera de su jurisdicción. En el célebre caso Loayza Tamayo la Corte, después de haber otorgado medidas provisionales para que no se violara su derecho a la integridad personal por las condiciones de encierro en que se encontraba y después de que la señora Loayza fue puesta en libertad y se dieron por

¹⁴² Véase caso de la Cárcel de Urso Branco, medidas provisionales solicitadas por la CorteIDH respecto de la República Federativa de Brasil, resolución de la CorteIDH de 18 de junio de 2002, c. 7.

¹⁴³ Véase caso de la Cárcel de Urso Branco, medidas provisionales solicitadas por la CorteIDH respecto de la República Federativa de Brasil, resolución de la CorteIDH de 22 de abril de 2004, c. 9.

¹⁴⁴ Véase caso de la Cárcel de Urso Branco, medidas provisionales solicitadas por la CorteIDH respecto de la República Federativa de Brasil, resolución de la CorteIDH de 7 de julio de 2004, c. 10.

¹⁴⁵ Ver caso de las Penitenciarías de Mendoza, solicitud de medidas provisionales presentada por la CorteIDH respecto de la República de Argentina, resolución de la CorteIDH de 22 de noviembre de 2004, res. 1.

¹⁴⁶ Ver asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa, medidas provisionales respecto de Brasil, resolución de la CorteIDH de 25 de febrero de 2011, c. 5.

concluidas las medidas provisionales, trasladándose a Santiago de Chile toda vez que su persona corría riesgo en Perú, en donde se encontraba pasando penurias y con problemas de salud sobre todo por no haber recibido el monto de la indemnización del Estado de Perú, decidió adoptar nuevamente medidas provisionales y afirmó que el Estado debía garantizar a la señora Loayza todas las condiciones de seguridad necesarias para que pudiera regresar a su país sin temor de sufrir consecuencias en su integridad física, psíquica y moral¹⁴⁷.

Por todo lo expuesto coincido con la opinión de la doctrina sostenida por Héctor Fix-Zamudio, Antonio Cançado Trindade y Sergio García Ramírez, entre otros, que afirma el carácter “tutelar” y no sólo cautelar de las medidas provisionales como característica predominante en el ámbito interamericano. La premisa es admitir un derecho contencioso con rasgos propios, impregnado de una mayor flexibilidad y menor formalidad, pero garantizando la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes. Luce primordial la máxima aplicada por la CorteIDH al considerar, más allá de los requisitos materiales (extrema gravedad, urgencia y evitar daños irreparables), que deben “valorarse el conjunto de factores o circunstancias políticas, históricas, culturales o de cualquier otra índole que afectan al beneficiario o lo colocan en una situación de vulnerabilidad en un determinado momento y lo exponen a recibir lesiones a sus derechos”. Por tanto, se constata una jurisprudencia expansiva de los criterios para la adopción y el mantenimiento de tales medidas: por una parte, mediante un estándar de apreciación *prima facie* menos riguroso para presumir que deben mantenerse las medidas acordadas mientras no se pruebe lo contrario y en este sentido el deber de información del Estado es determinante, por otra parte, se destaca la naturaleza coadyuvante del SIDH, ya que el levantamiento de las medidas provisionales se produce cuando se compruebe que el Estado ha desarrollado mecanismos o acciones de protección eficaces para los beneficiarios de las medidas, lo que ha recibido por parte de Corzo Sosa la denominación de principio de subsidiariedad invertido¹⁴⁸.

En las medidas provisionales decretadas respecto de las cárceles de Urso Branco (Brasil) y Mendoza (Argentina), la CorteIDH se ha referido a este tema y ha dictado medidas relacionadas con el hacinamiento y sus fatales

¹⁴⁷ CorteIDH. Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú, Resolución del Presidente de la Corte de 13 de diciembre de 2000, considerando 12.

¹⁴⁸ CORZO SOSA, E., *Las medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ponencia presentada en el Coloquio Iberoamericano del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 27 de junio de 2012.

consecuencias con costo en vidas humanas. Sus pronunciamientos acerca del catálogo de medidas específicas para prevenir y superar especialmente la situación de violencia carcelaria, a fin de garantizar la vida y la integridad física de los internos, representan un acervo garantista de alto impacto y significación. Atendiendo la problemática de los centros penitenciarios con alto nivel de violencia, la CorteIDH indica por ejemplo medidas para evitar el ingreso de armas; la revisión del régimen disciplinario; medidas progresivas para la prestación de servicios básicos de subsistencia; medidas relacionadas con el personal penitenciario; activación del sistema judicial, a fin de desbloquear el hacinamiento y sobrepoblación de las prisiones con medidas sustitutivas de la prisión; aplicación restrictiva, necesaria y razonable de la prisión preventiva; aplicación oportuna de beneficios y derechos, como la libertad condicional o la remisión condicional de la pena; establecimiento de Comisiones de investigación *ad hoc* de las muertes violentas sucedidas al interior de las prisiones; y de Comisiones de Seguimiento de las medidas provisionales.

En su actividad consultiva, la CorteIDH también ha aludido la problemática vinculada con las condiciones carcelarias y las personas privadas de la libertad. En una breve enunciación de algunas de sus opiniones consultivas, vale citar los principales ejes de la garantía. Para las personas privadas de libertad rige, igual que respecto de personas que se encuentren en cualquier otro tipo de circunstancia en donde se restrinja, se limite o suspenda derechos humanos y libertades fundamentales, que tal restricción sólo por ley se pueden limitar los derechos protegidos por la Convención (Opinión Consultiva N° 6 sobre el artículo 30 de la CADH). El *hábeas corpus* cumple una función esencial “como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la CorteIDH concluye que los procedimientos de *hábeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática (Opinión Consultiva N° 8 sobre el *hábeas corpus*)”.

Ampliando la interpretación de la CADH, sostiene el Tribunal de San José que en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros y decide que deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedi-

mientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno [art. 29.c)], previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos (Opinión Consultiva N° 9 sobre garantías judiciales en estados de emergencia).

Sobre la condición jurídica y los derechos humanos de la niñez, la Corte, entre otros aspectos, se refiere a las garantías fundamentales de los menores de edad privados de libertad, e interpreta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19), a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Subraya el régimen contenido en dicha Convención en el sentido de que en “caso de privación de libertad, se debe acatar la prohibición de recluir a niños en establecimientos para adultos, y en general, respetar los derechos del niño a conocer el régimen al cual está sujeto, recibir asesoría jurídica eficaz, continuar el desarrollo educativo o profesional, realizar actividades recreativas, conocer el procedimiento para presentar quejas, estar en un ambiente físico adecuado e higiénico, contar con atención médica suficiente, recibir visitas de sus familiares, mantener contacto con la comunidad local y ser reintegrado gradualmente a la normalidad social (Opinión Consultiva N° 17)”¹⁴⁹. Cuando se pronuncia sobre la condición jurídica y derecho de los inmigrantes indocumentados hace referencia básicamente al derecho de comunicación de la persona privada de libertad en el extranjero, con la representación consular de su país; y el derecho y deber de notificación consultar que tienen los Estados en caso de retención o privación de libertad de un extranjero.

En cuanto a las reparaciones, la línea de la jurisprudencia muestra, entre otras, una arista que estimo de suma importancia para la construcción del *ius commune* como es el reiterado criterio sobre la adecuación de las condiciones carcelarias a los estándares internacionales y establece que a título de garantía de no repetición, el Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas necesarias para que las condiciones de las cárceles se adecuen a los estándares internacionales relativos a esta materia¹⁵⁰. Es indispensable, dice la Corte IDH, el deber del Estado de asegurar que toda persona privada de su libertad viva en condiciones compatibles con

¹⁴⁹ CorteIDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

¹⁵⁰ CorteIDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, párr. 241.

su dignidad humana, entre las que se encuentren, *inter alia*: a) un espacio lo suficientemente amplio para pasar la noche; b) celdas ventiladas y con acceso a luz natural; c) acceso a sanitarios y duchas limpias y con suficiente privacidad; d) alimentación y atención en salud adecuadas, oportunas y suficientes, y e) acceso a medidas educativas, laborales y de cualquier otra índole esenciales para la reforma y readaptación social de los internos¹⁵¹. Una obligación esencial del Estado es el deber de adoptar todas las providencias [...] tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y considera oportuno que el Estado diseñe e implemente un programa de capacitación sobre derechos humanos y estándares internacionales en materia de personas privadas de la libertad, dirigido a agentes policiales y penitenciarios¹⁵².

Los estándares de la CorteIDH en lo atinente a la memoria histórica en una sociedad democrática deben ser determinantes para avanzar en esta urgente protección a favor de las personas privadas de libertad como grupo vulnerable con la finalidad de evitar el incumplimiento de los estándares establecidos. La dimensión atribuida a las “instituciones totales”, donde la libertad de la persona se halla de jure y de facto suprimida —o radicalmente coartada—, ponen en cabeza del Estado un deber intenso como garante (deber que comprende, en la especie, reconocimiento, respeto y garantía) y tiene su fundamento en el respeto de la dignidad humana¹⁵³.

¹⁵¹ CorteIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 147.

¹⁵² CorteIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Serie C No. 150, párr. 149.

¹⁵³ *Cfr.* CorteIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Sentencia 5 de julio de 2006. Serie C No. 150; CorteIDH. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Convocatoria a Audiencia Pública Medidas Provisionales Respecto de la República Bolivariana de Venezuela Asuntos Internado Judicial de Monagas (“La Pica”); Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare); Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana), e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II. 12 de agosto de 2009, párr. 9 (c). *Cfr.* también CorteIDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor *vs.* Paraguay, párr. 153; CorteIDH, Asunto de Penales Peruanos respecto Perú, 27.01.93; CorteIDH, Asunto de las personas privadas de libertad de la Penitenciaria “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo respecto Brasil, 25.11.08; CorteIDH. Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina, 17.10.08; CorteIDH.

Puede hablarse de una configuración *in crescendo* del *ius commune*. La creación de un orden público común suramericano en base al piso mínimo de protección adoptado a través del consentimiento estatal en los órdenes interamericano y mercosureño puede ilustrarse con los estándares de protección de las personas privadas de libertad, ya que representa un ejemplo paradigmático para dibujar el fenómeno en clave de diálogo, tanto por la vía de los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en el ámbito doméstico como por la jurisprudencia tuitiva desarrollada por la CorteIDH. En *status nascendi* se encuentran los avances en el Mercosur para atender el problema carcelario que buscan penetrar en el campo concreto de las políticas públicas de derechos humanos de los Estados Parte. Como apunta Eduardo Ferrer Mac-Gregor: la trascendencia de la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad” es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: “en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas”¹⁵⁴.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez *vs.* Ecuador, Sentencia del 21 de noviembre de 2007.

¹⁵⁴ Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, párr. 88.

La experiencia española de aplicación de las “Cartas” Europeas de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional¹

PABLO PÉREZ TREMPES²

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas características del sistema español de protección de los derechos fundamentales. III. La eficacia de las Cartas y el art. 10.2 de la Constitución. 1. Alcance formal del art. 10.2 CE. 2. La fuerza vinculante de los tratados ex art. 10.2 de la Constitución y su alcance material. 3. Alcance material. 4. El problema de la eficacia de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. IV. Problemas de articulación.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de esta exposición es describir el papel que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos de la Unión Europea representan en el ordenamiento jurídico español y cómo han sido integradas, hasta el momento, por los tribunales españoles, en especial por el Tribunal Constitucional, aunque también se hará alguna referencia al Tribunal Supremo. Pero para comprender correctamente el proceso de “asimilación” es conveniente comenzar recordando algunos elementos propios del ordenamiento jurídico español que resultan relevantes para dicha comprensión (1). Tras estas breves ideas, se intentará explicar cuál ha sido la eficacia de “las Cartas” hasta el momento (2), para concluir con

¹ Este trabajo es una versión revisada del publicado con el título “Las ‘cartas’ y los Tribunales” en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales, Madrid, 2009, vol. II, pp. 2002 y ss. A su vez un primer texto fue publicado en G. BRONZINI Y V. PICCONE, *La Carta e le Corti*, Cimentì ed., Milán, 2007, pp. 241 y ss.

² Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Carlos III de Madrid. Magistrado del Tribunal Constitucional español.

algunas referencias a los problemas jurídicos que suscita la convivencia entre las distintas declaraciones de derechos (3).

II. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El ordenamiento jurídico español, en la vigente Constitución de 1978, creó un Tribunal Constitucional que sigue a grandes rasgos las características del modelo kelseniano de justicia constitucional, tal y como éste se ha desarrollado tras la IIª Guerra Mundial: un Tribunal Constitucional situado fuera del Poder Judicial, que posee el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley. No debe olvidarse que los modelos constitucionales italiano y alemán, en general, y específicamente en el campo de la justicia constitucional, estuvieron muy presentes en la elaboración de la Constitución Española. Ahora bien, junto a las similitudes, existen algunas diferencias sustantivas y procesales que es importante señalar para comprender el funcionamiento del sistema de protección de los Derechos Fundamentales en España³.

Por lo que respecta a los aspectos sustantivos, la Constitución Española, como es lógico, vino marcada por un deseo de reforzar el papel de los Derechos Fundamentales, y su protección, en la línea del constitucionalismo de posguerra, en especial puesto que había que superar un régimen autoritario como era el vivido desde el estallido de la Guerra Civil en 1936, y que se insertaba en una historia constitucional en la que “prácticamente no ha funcionado un verdadero sistema de libertades públicas”⁴. Esta filosofía de reforzamiento de los Derechos Fundamentales tiene una primera manifestación en la forma en que éstos se recogen en la Constitución misma. En efecto, la Constitución de 1978 posee una auténtica declaración de derechos, en la línea del constitucionalismo tradicional. El Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”, incorpora una declaración de derechos, declaración que se presenta, además, cargada formal y materialmente de la idea de “supremacía” consustancial a la Constitución (arts. 9.1 y 53.1 CE).

³ Una exposición de los distintos procesos constitucionales puede verse en P. PÉREZ TREMPs, *Sistema de justicia constitucional*, Civitas, Madrid, 2010; más en detalle, J. L. REQUEJO PAGÉS (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.

⁴ J. SOLÉ TURA Y E. AJA, *Constituciones y períodos constituyentes de España (1808-1936)*, Siglo XXI, Madrid, 1978, p. 134.

Pero, junto a esta inserción de una declaración constitucional de derechos en la Norma Fundamental, existe una previsión que añade una apertura de la Constitución en materia de derechos hacia los instrumentos internacionales. Asumiendo la filosofía de lo que se ha denominado el “proceso de internacionalización de los derechos humanos”, el constituyente estableció en el art. 10.2 CE un mandato de interpretación de la declaración constitucional de acuerdo con los tratados y convenios internacionales suscritos por España. En concreto, este precepto dispone que “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”⁵. Como más adelante se verá, este mandato refuerza la idea de la vinculación de los poderes públicos no sólo a la carta constitucional de derechos, sino también a las cartas internacionales.

El elemento procesal del sistema español de protección de derechos destacable es la existencia del “recurso de amparo”. En efecto, el constituyente, de manera similar, aunque no idéntica, a lo que sucede en la República Federal de Alemania, y siguiendo la tradición constitucional de habla española, creó un recurso sustanciable ante el Tribunal Constitucional por los particulares para la protección de los derechos y libertades consagrados en los arts. 14 a 30 de la Constitución. Aunque dicho recurso es subsidiario respecto a la protección que deben otorgar los jueces y tribunales ordinarios, lo cierto es que mediante el recurso de amparo, además de otorgar un mecanismo adicional de garantía, se está favoreciendo la unidad interpretativa en materia de Derechos Fundamentales, resaltando el papel del Tribunal Constitucional, que no es sólo garante abstracto a través del control de las normas con fuerza de ley, sino también garante frente a las lesiones concretas y específicas. No obstante, como más adelante se verá, el recurso de amparo ha sido profundamente modificado por la reforma introducida en la LOTC por la L.O. 6/2007.

⁵ Sobre el alcance de este precepto, entre la abundante bibliografía existente, puede verse A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. En relación con la incidencia en el sistema de justicia constitucional español pueden consultarse, por ejemplo, las aproximaciones de J. García Roca, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, Porrúa, México 2009, pp. 118 y ss. o *Escritos sobre justicia constitucional*, Porrúa, México 2005, p. 147 y ss.

Destacados brevemente estos elementos del sistema español de Derechos Fundamentales, procede ahora abordar la cuestión de la eficacia que poseen las distintas cartas sobre derechos.

III. LA EFICACIA DE LAS CARTAS Y EL ART. 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN

Como ya se ha indicado, la pluralidad de “cartas” encaja plenamente en la filosofía de protección de los derechos fundamentales típica del constitucionalismo de la postguerra, y encuentra un anclaje constitucional en el art. 10.2 de la Norma Fundamental española. Este precepto, en efecto, sirve en el ordenamiento jurídico español como puerta de entrada a un flujo constante de intercambio entre derecho interno y derecho internacional en la materia. Dejando a un lado, de momento, el tema del Derecho Comunitario, que presenta algunas particularidades, no se trata sólo de que la Constitución reconozca eficacia en el ámbito interno a los convenios internacionales sobre derechos como tratados internacionales que son. Esa eficacia se encuentra más formalizada y reforzada por la existencia del art. 10.2 CE, que otorga una eficacia cualificada a los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. ¿En qué se ha traducido esa eficacia reforzada?

1. Alcance formal del art. 10.2 CE

Como se ha visto, el art. 10.2 CE se remite expresamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales, por lo que, en principio, el problema formal que suscita este precepto se limita a la proyección del problema general de qué debe entenderse por tratado y acuerdo internacional. Esta cuestión, como es obvio, encuentra respuesta en cada ordenamiento a la luz del Derecho Internacional General y de las propias reglas constitucionales⁶.

Al margen de esta cuestión de Teoría General de las fuentes del Derecho, lo cierto es que el mandato del art. 10.2 CE ha sido interpretado de manera flexible, haciendo posible que mediante su invocación se haya

⁶ Para el caso español puede verse I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 128 y ss.

llegado a acudir no sólo a los tratados ratificados, sino a tratados aún no ratificados (STC 102/1994) e incluso a tratados a los que se había formulado alguna reserva (STC 21/1981).

También el art. 10.2 CE, yendo más allá de su tenor literal, ha servido de puerta de entrada para que se hayan invocado en la interpretación de los derechos fundamentales Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (STC 38/1981) y algunos otros instrumentos de lo que se ha dado en llamar *soft law* (recomendaciones, dictámenes, etc. ...). Más singular aún es la operación realizada por el art. 2 de la L.O. 1/2008, a través del cual se da eficacia interna, al menos a los efectos del art. 102 CE, a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aún antes de que ésta se incorporara al Derecho Primario con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y en virtud del art. 6 TUE, según la redacción dada por el Tratado de Lisboa con la fórmula también peculiar seguida en el mismo.

En efecto, el legislador español, en la L.O. 1/2005, por la que se autorizó la ratificación del Tratado de Lisboa, en su art. 2 se reprodujo la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a efectos de que ésta sirviera también de pauta interpretativa de la declaración constitucional de derechos fundamentales⁷.

Pero la flexibilidad del mandato constitucional ha ido más allá puesto que el propio art. 10.2 CE ha sido invocado no sólo para acudir a textos normativos (y, como se acaba de ver, excepcionalmente carentes de eficacia jurídica o siendo ésta limitada); también ha permitido acudir, como recuerda la STC 116/2006, a la interpretación que “*llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos*”. Ello ha hecho que el Tribunal Constitucional utilice en su labor interpretativa muy a menudo tanto el texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como también y muy singularmente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconociendo su “*singular valor interpretativo*” (STC 50/1989), asumiendo *de facto* lo que la doctrina denomina el valor de cosa interpretada⁸. Aunque con menor intensidad, y en esta misma línea, también ha aceptado los criterios del Comité de Derechos Humanos de Nacio-

⁷ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “La doble funcionalidad de la Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa. (La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el ‘Boletín Oficial del Estado’)”, *Revista Española de Derecho Europeo* 30, 2009, pp. 135 y ss.

⁸ V. A. QUERALT, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008.

nes Unidas (STC 116/2006), aunque no se trate de un tribunal, pero sí de un órgano de garantía.

Algo más complejo resulta el tema de la eficacia del Derecho Comunitario, ya que éste, al menos en lo que se refiere al Derecho derivado, no es propiamente un tratado o convenio internacional, aunque hoy ya posee Declaración de Derechos propiamente dicha en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ahora bien, lo cierto es que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo han acudido, a menudo, al Derecho Comunitario y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la hora de interpretar los derechos fundamentales, con el alcance material al que luego se hará referencia. Es más, la Carta de Niza fue invocada, aunque casi siempre a mayor abundamiento, antes de su proclamación (STC 292/2000), después de ésta (STC 53/2002) y una vez firmada la Constitución Europea (STC 138/2005). Ahora puede ya invocarse al amparo de la citada previsión del art. 2 de la L.O. 1/2008 y del mandato del art. 6 TUE, y así se ha hecho (SSTC 183/2008 ó 37/2011, entre las más recientes, por ejemplo).

Dejando a un lado estas últimas previsiones, el fundamento constitucional de esta apertura al Derecho Comunitario no resultaba claro ya que tradicionalmente se ha citado el art. 10.2 CE, pese, hay que insistir en ello, a que este precepto sólo remite a tratados y acuerdos internacionales. El otro posible fundamento habría que buscarlo en el art. 93 de la propia Constitución, la *europaean clause* del ordenamiento español⁹; pero su invocación incondicionada a estos efectos sólo tendría sentido como manifestación de una aceptación incondicionada de la supremacía del Derecho Comunitario también respecto de los preceptos constitucionales, aceptación incondicionada que, como en otros ordenamientos, no ha acabado de producirse. A la cuestión alude indirectamente la DTC 1/2004, dictada como consecuencia del control previo del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aunque sin definirse abiertamente. Pero esa alusión es posible porque, como más adelante se verá, es precisamente en la DTC 1/2004 donde se construye abiertamente la teoría de los contra-límites (*controlimiti*), de manera similar a como lo han hecho otros tribu-

⁹ Sobre el alcance del art. 93 de la Constitución Española puede verse P. PÉREZ TREMPs, *Constitución española y Comunidad Europea*, “Art. 93. La integración en la Unión Europea”, en M^a E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PINERO, (Drts.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp.1562 y ss., y bibliografía allí citada.

nales europeos, en especial la Corte Constitucional italiana. Y uno de esos contralímites es precisamente la garantía de los derechos fundamentales¹⁰.

2. La fuerza vinculante de los tratados ex art. 10.2 de la Constitución y su alcance material

Volviendo a las cuestiones generales relativas al alcance del art. 10.2 CE, el siguiente tema a plantearse es el sentido que se ha dado al mandato contenido en ese precepto.

Para responder a esta cuestión hay que comenzar por destacar que el art. 10.2 CE ha sido interpretado como una apertura no aditiva. En efecto, el Tribunal Constitucional afirma de manera constante que el art. 10.2 CE no supone la constitucionalización de los tratados en materia de derechos, en el sentido de que no se ha ampliado la declaración constitucional de derechos del Título I ni a efectos sustantivos ni a efectos procesales. Su valor es solamente el de aportar un parámetro interpretativo, aunque éste posea un valor privilegiado (STC 64/1991, ó 38/2011, entre las más recientes, por ejemplo).

En qué se concreta este valor privilegiado, es mucho más complejo de determinar. Con esa fórmula lo que se permite es que el Tribunal Constitucional cuente con un amplio margen para utilizar los tratados con mayor o menor intensidad a la hora de interpretar y aplicar los derechos fun-

¹⁰ Sobre la DTC 1/2004, se han realizado múltiples comentarios; entre otros pueden verse: L. BURGORGUE-LARSEN, ‘La déclaration du 13 décembre 2004: DTC n 1/2004: un Solange II à l’espagnole’, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* 18, 2005, pp.154 y ss.; F. CASTILLO DE LA TORRE, ‘Opinion 1/2004 of 13 December 2004, on the Treaty Establishing a Constitution for Europe’, *Common Market Law Review* 4, 2005, pp. 1169 y ss.; A. DEL VALLE GÁLVEZ, ‘Constitution Espagnole et Traité Constitutionnel Européen. La Déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004’, *Cahiers de Droit Européen* 5-6, 2005, p. 705 y ss.; I. GÓMEZ FERNÁNDEZ “Una svolta nella giurisprudenza comunitaria del Tribunal Constitucional spagnolo: la Declaración 1/2004”, *Quaderni Costituzionali* 2, 2005, pp. 420 y ss.; A. LÓPEZ CASTILLO, A. SAIZ ARNAIZ y V. FERRERES COMELLA, *Constitución española y Constitución europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005; G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS ‘No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional’, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 20, 2005, pp. 5 y ss. Véanse también las consideraciones generales que van más allá de la DTC 1/2004 de R. ALONSO GARCÍA, en *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Civitas, Pamplona, 2005, o de P. PÉREZ TREMPES, “La jurisdicción constitucional y la integración europea”, *Revista Española de Derecho Europeo* 29, 2009, pp. 19 y ss.

damentales. Resumiendo mucho, pueden identificarse estos posibles usos realizados por el Tribunal Constitucional de los tratados *ex art.* 10.2 CE, todo ello partiendo de que prácticamente la totalidad de los derechos consagrados en la Constitución se han visto “leídos” a la luz de los tratados y convenios internacionales, a su vez —hay que insistir en ello— tal y como son “leídos” por los tribunales internacionales, en especial por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esos usos pueden concretarse en cinco: construcción del contenido, determinación de contenidos conexos o accesorios, determinación del contenido básico a efectos del control externo, rectificaciones de doctrina, y canon de trascendencia constitucional.

a) *Construcción de contenido.* En primer lugar, hay que destacar que algunos derechos han visto prácticamente construido su contenido a partir de los tratados y la jurisprudencia internacionales. Ello fue en especial así en los primeros años de vigencia de la Constitución. En esos años, acudir a los tratados y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue un recurso a menudo utilizado porque, aprovechando la *auctoritas* de éste, se favorecía una más fácil asimilación de la cultura de los derechos frente a los recelos de amplios sectores políticos y judiciales aún muy cercanos a la Dictadura del General Franco. Basten dos ejemplos para ilustrar esta idea. Buena parte del contenido del *due process*, de las garantías procesales consagradas en el art. 24 CE, como el concepto de dilaciones indebidas o el derecho a la presunción de inocencia, se definieron por la jurisprudencia constitucional “importando”, sobre todo, la jurisprudencia en dichas materias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Algo similar sucedió con la libertad de expresión, por citar otro ejemplo.

En ocasiones, dicha “importación” no se centró, o no sólo, tanto en los contenidos como en la metodología para resolver los asuntos, de modo que lo que se importaba era básicamente el *test* o razonamiento a seguir en el juicio constitucional. Ello se ve claramente en las decisiones que debían resolver los conflictos entre libertad de expresión, por una parte, y los derechos al honor y/o a la intimidad, de otra, o en los juicios de discriminación.

b) *Contenidos conexos o accesorios.* En otros casos, la invocación del Convenio Europeo y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o de otros tratados en materia de derechos, no se ha hecho tanto para delimitar el contenido de un derecho o libertad como para completar éste mediante la incorporación de contenidos conexos o accesorios que no aparecían claros (o ni siquiera aparecían) en el texto constitucional. También por citar sólo algunos ejemplos, la idea del “juez imparcial” como garantía del proceso no aparece expresamente ni en el art. 24 CE al reco-

ger las garantías procesales, ni en ningún otro precepto constitucional. Sin embargo, esta garantía se ha incorporado a dicho precepto en buena medida invocando su reconocimiento y garantía internacional, Algo similar ha ocurrido en relación con el mal denominado “derecho a la segunda instancia penal”, a partir de su reconocimiento en el art. 14.4 PIDCP (STC 42/1982) y hoy en el art. 2 del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Otro ejemplo de determinación del contenido conexo se da con el “derecho al intérprete”, consagrado en los arts. 6.3 CEDH y 14.3 PIDCP (STC 181/1994).

c) *Contenido básico a efectos de control externo.* Una construcción más discutida, pero en la que también han tenido gran relevancia los tratados y convenios internacionales, es la realizada, entre otras, en relación con el control de decisiones internas de ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, tanto de *exequatur* (STC 132/1991), como de extradición (STC 91/2000) o de ejecución de órdenes europeas de detención y entrega (STC 199/2009). En efecto, y expuesto con brevedad, aunque se entiende que en el ámbito interno no puede controlarse el respeto de los derechos fundamentales por parte de órganos judiciales extranjeros, sí se ha establecido que las decisiones judiciales que den ejecución a las resoluciones de éstos deben garantizar que no se ha invadido el “contenido absoluto” de los derechos. Cuál sea ese contenido básico es una definición que no puede realizarse *a priori*, sino caso a caso y derecho a derecho, y para la cual es un elemento de referencia muy importante el contenido de los derechos a la luz de los tratados y convenios internacionales y de los instrumentos de garantía por ellos establecidos. No obstante hay que dejar constancia de las dificultades doctrinales que acarrea esta construcción, puestas de manifiesta en los votos particulares formulados a las SSTC 91/2000 y 199/2009, ya citadas.

d) *Rectificaciones de doctrina.* Los mecanismos internacionales de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales no han servido sólo para configurar o completar el alcance de la declaración constitucional de manera expansiva. En ocasiones, el Tribunal Constitucional ha reinterpretado el alcance de los derechos, rectificando o modificando su previa interpretación constitucional como consecuencia de la doctrina y de las condenas contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los casos más claros han sido la ampliación del contenido de la intimidad y la inviolabilidad del domicilio a los daños ocasionados por ruido y lesiones medioambientales (STC 119/2001 como consecuencia de la STEDH *López Ostra*, de 9 de diciembre de 1994), la recepción de la doctrina que considera constitucionalmente inviable la condena en segunda instancia mediante pruebas personales que no se hayan practicado en vista pública

(STC 167/2002 constantemente reiterada —entre las más recientes STC 45/2011), o de la doctrina sobre secreto de las comunicaciones telefónicas, tema en el que, como en otros, el Tribunal Constitucional ha sido más receptivo que el legislador (SSTC 49/1999 ó 184/2003).

e) *Una eficacia procesal singular: los tratados internacionales y la “trascendencia constitucional”*. La L.O. 6/2007, como ya se adelantó, ha introducido una importante modificación en la LOTC que afecta al conjunto del sistema de protección de los derechos fundamentales y singularmente en el recurso de amparo. Sin extenderse en la exposición de esta reforma¹¹, y por lo que ahora importa, baste con destacar que la reforma ha supuesto un reforzamiento de la dimensión objetiva del recurso de amparo, esto es de su función como mecanismo de interpretación constitucional, de garantía objetiva de los derechos. Técnicamente esta reforma supone que en la actualidad el Tribunal Constitucional sólo conoce de aquellos recursos de amparo que, además de comportar una posible lesión de un derecho fundamental, posean una “*especial trascendencia constitucional*” (art. 50.1.b. LOTC). El propio art. 50.1.b LOTC vincula esta especial trascendencia constitucional con conceptos jurídicos indeterminados como son la “*importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*”. En una primera aproximación del Tribunal Constitucional a estos conceptos ha acudido para su concreción de manera muy destacada a la dimensión internacional de los derechos fundamentales. En efecto, la STC 155/2009, al intentar definir los perfiles del concepto “especial trascendencia constitucional” ha señalado, entre otras cosas que tiene trascendencia constitucional aquel asunto “*que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna... por... cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE*”.

¹¹ Sobre la reforma de 2007 puede verse, por ejemplo, M. ARAGÓN REYES, “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 85, 2009, pp. 11 y ss; I. BORRAJO Y C. ELÍAS, “La puesta en marcha del nuevo recurso de amparo y otras facetas de la jurisprudencia constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional* n° 8, 2009; E. ESPÍN TEMPLADO y OTROS, *La reforma de la justicia constitucional*, Thomson/Aranzadi, Elcano, 2006; S. GARCÍA VÁZQUEZ, *La controvertida reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Andavira, Santiago de Compostela, 2009.

Con ello la jurisprudencia constitucional viene a confirmar el especial valor interno que poseen los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales y la interpretación y aplicación de los mismos llevadas a cabo por los órganos de garantía de esos tratados. De esta forma, el concepto de “trascendencia constitucional” tendrá una de sus fuentes más destacadas en el desarrollo internacional y comunitario en materia de derechos.

3. Alcance material

Desde el punto de vista material, la apertura de la Constitución hacia el Derecho Internacional (y Comunitario) de los derechos humanos puede decirse que ha alcanzado prácticamente a la totalidad de los derechos consagrados en la norma fundamental. No obstante, también es claro que dicha apertura ha incidido más en unos derechos que en otros. Ello es así, entre otras razones, porque, como se ha visto, en especial durante los primeros años de vigencia constitucional, la llamada a los tratados y convenios y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos favoreció y simplificó mucho toda la construcción constitucional de los derechos fundamentales.

En relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos se explica, además, fácilmente esa remisión continua dada la identidad básica de contenidos entre el Convenio —incluidos sus Protocolos (SSTC 77/2010 ó 133/2010, entre las más recientes)— y el Título I de la Constitución. Más complejo resulta, en cambio, exponer el alcance que ha tenido el Derecho Comunitario a la hora de integrar los contenidos constitucionales en materia de derechos, en especial en la medida en que hasta la Carta de Niza, ningún documento servía como “declaración comunitaria” de derechos. Ello, sin embargo, como también se ha apuntado, no ha impedido que tanto el Derecho Comunitario propiamente dicho como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades hayan servido como elementos de integración constitucional de los derechos fundamentales.

Por poner sólo algunos ejemplos, probablemente los más significativos, hay que destacar que buena parte de la doctrina constitucional sobre igualdad entre hombre y mujer, en especial en el ámbito laboral, se ha construido a partir de elementos de Derechos Comunitario, siendo abundante su cita en muchas decisiones del Tribunal Constitucional desde la STC 145/1991 hasta la STC 26/2011, pasando por la STC 50/2005, por citar sólo algunas. Otro tanto ha sucedido a la hora de construir la denominada “garantía de indemnidad” frente a los despidos discriminatorios o de re-

presalia (STC 198/2001, entre otras). Por poner otros ejemplos, el alcance del derecho a la intimidad frente al acoso sexual también se ha realizado acudiendo al Derecho Comunitario (STC 224/1999), se ha aceptado la idoneidad del Derecho Comunitario para integrar las denominadas normas penales en blanco, entendiendo así satisfechas las exigencias del principio de legalidad penal y sancionadora del art. 25.1 CE (SSTC 137/1995 ó 120/1998), para valorar los límites a la libertad de información en materia de transmisiones deportivas (STC 112/2006), para determinar el alcance de los derechos de los extranjeros (STC 236/2007) o para justificar tratos diferenciados respecto de trabajadores de Canarias dado el carácter ultraperiférico de las islas *ex art. 355 TFUE* (STC 44/2011).

La posterior “codificación” de los derechos en la Carta de Niza ciertamente ha facilitado, como ya se ha apuntado, las referencias al Derecho Comunitario en materia de derechos, a pesar de la “debilidad” inicial de su eficacia jurídica. Como también se ha señalado, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, casi siempre a mayor abundamiento, *ad abundantiam*, han citado la Carta en materias tan dispares como la protección de datos (STC 292/2000), la protección de menores (SSTC 138/2005, 273/2005, 183/2008 ó 163/2009), la no discriminación por orientación sexual (STC 176/2008), el alcance del principio de irretroactividad de las normas penales y sancionadoras (STS —Sala Primera— de 9 de enero de 2006), el principio de presunción de inocencia en materia de derecho de la competencia (STS —Sala Tercera— de 26 de abril de 2005); el principio de proporcionalidad (STS —Sala Segunda— de 12 de julio de 2004, entre otras—), las garantías de la propiedad (STS —Sala Tercera— de 10 de julio de 2001), o el derecho a una buena administración (STS —Sala Tercera— de 30 de noviembre de 2004). Con posterioridad, como ya se ha visto, el art. 2 de la L.O. 1/2008, a través de un mecanismo constitucional peculiar, ha integrado la Carta en el ordenamiento interno, integración que posee plena virtualidad tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de forma que esa eficacia tiene ahora una doble fuente: la legal de la L.O. 1/2008 y la convencional del Tratado de Lisboa.

4. El problema de la eficacia de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Una cuestión directamente vinculada al tema de la eficacia del Convenio Europeo de Derechos Humanos que ha suscitado y suscita algunos problemas interesantes en el ordenamiento español es la relativa a la eficacia interna de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Este tema no posee una dimensión meramente teórica sino que ha tenido manifestaciones concretas, en especial con ocasión de dos condenas contra España, la de la STEDH *Barberá, Messegue y Jabardo*, de 6 de diciembre de 1988, y, aunque de otro tipo, la de la STEDH *Ruiz-Mateos*, de 23 de junio de 1993. Técnicamente, como es sabido, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son sólo declarativas, por lo que no pueden ser ejecutadas en los Estados miembros, salvo que éstos prevean mecanismos específicos para ello. En España no hay previsión al respecto. Ello condujo, en el primer caso, a que el Tribunal Constitucional, en la STC 245/1991 (caso *Bultó*), procediera a dar eficacia a la decisión con un pronunciamiento técnicamente cuestionado¹². Esa resolución abrió un debate doctrinal sobre si el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional es o no un remedio que permite dar eficacia a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³ o, si por el contrario, es necesario que sea el legislador quien introduzca alguna modificación que permita dotar de eficacia a las decisiones, en la línea de lo realizado en otros ordenamientos mediante mecanismos vinculados a la técnica procesal de la revisión. El Tribunal Constitucional, aunque haya negado una competencia general para ello (STC 116/2006, por ejemplo), en unos casos ha dejado abierta la puerta a ser él mismo quien dé eficacia a algunas decisiones; así ha sucedido en la ya citada STC 245/1991. También la STC 48/2005 hace posible que, en el caso de control de inconstitucionalidad de normas con fuerza de ley, cuando éstas sean autoaplicativas, las partes en el proceso *a quo* puedan personarse en el proceso constitucional en la línea de lo marcado por la STEDH *Ruiz Mateos*, de 23 de junio de 1993, ya citada, pasando esta solución finalmente al art. 37.2 de la LOTC como consecuencia de la reforma operada por la LO 6/2007. También, aunque se ha negado que la existen-

¹² Sobre esta cuestión pueden verse, por ejemplo, los siguientes comentarios: C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la Sentencia Bultó (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 245/1991, de 16 de diciembre)”, *Revista de Instituciones Europeas*, n° 1, 1992, pp. 139 y ss.; J. L. REQUEJO PAGÉS, “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/1991; ‘Caso Bultó’)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 35, 1992, pp. 179 y ss.; A. SORIA JIMÉNEZ, “La problemática ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Análisis de la STC 245/1991 (Caso *Barberá, Messegue y Jabardo*)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 36, 1992, pp. 313 y ss.

¹³ Véase, por ejemplo, M. REVENGA, “En torno a la eficacia de las Sentencias del TEDH: ¿amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina? Una propuesta de reforma”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 12, 2004, pp. 521 y ss.

cia de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueda considerarse como un “hecho nuevo” de los que justifica la interposición de un recurso extraordinario de revisión *ex art.* 954.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sí se ha aceptado que puede excepcionalmente tenerse como tal cuando se haya apreciado una lesión de derechos por el Tribunal Europeo que pudiera invalidar pruebas incriminatorias decisivas para una condena, como pueden ser las declaraciones de terceros (STC 240/2005 y STC 197/2006).

IV. PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN

Expuesto el estado de la cuestión en el ordenamiento español relativo a la convivencia entre las distintas cartas de derechos, a nadie se le oculta que esta convivencia entre las cartas constitucional, comunitaria y Convenio Europeo de Derechos Humanos no deja (y no dejará) de plantear problemas en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Una primera cuestión, común a todos los ordenamientos en los que existe control de constitucionalidad concentrado, y que se encuentra más o menos latente es el de la incidencia procesal de la convivencia misma de las distintas declaraciones en el modelo mismo de justicia constitucional¹⁴. En efecto, en términos teóricos, el juez interno, frente a un conflicto entre ley interna y derechos fundamentales, puede, en principio, resolverla bien de forma directa con efectos *inter partes*, si toma como parámetro de enjuiciamiento el tratado internacional o, en su caso, el Derecho Comunitario, o bien, si toma como parámetro la Constitución, planteando la cuestión de inconstitucionalidad *ex art.* 163 CE, con los efectos generales que en su caso tiene la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En el caso del Derecho Comunitario, como es bien conocido, el problema se acentúa como consecuencia del juego del principio de primacía tal y como ha sido entendido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y encuentra reflejo en la Declaración 17^a, relativa a la primacía, del Tratado de Lisboa. Esa especial complejidad ha quedado puesta de manifiesto por el planteamiento de una cuestión prejudicial por un tribunal belga, el Tribunal de Primera Instancia de Lieja, en el sentido de cuestionar si el art. 26.4 de la Ley del Tribunal Constitucional de Bélgica (reforma de 12

¹⁴ En la doctrina española puede verse al respecto V. FERRERES COMELLA, “Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 65 (II), 2003, pp. 73 ss.

de julio de 2009), que impone la obligación a los tribunales de plantear la cuestión de inconstitucionalidad interna previamente a la cuestión prejudicial comunitaria en los casos de doble colisión de una norma interna con la Constitución y con el Derecho Comunitario o el Derecho Internacional. En el ordenamiento jurídico español este es un problema planteado por la doctrina, pero aún no resuelto procesalmente¹⁵.

En términos más generales, también se ha suscitado el tema de la relación material entre las distintas cartas o declaraciones de derechos. A esta cuestión se ha referido la doctrina española¹⁶, pero también ha tenido que hacerlo el Tribunal Constitucional en su DTC 1/2004, con ocasión del control previo al que se sometió el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa¹⁷. En efecto, la segunda de las cuestiones entonces planteadas por el Gobierno era precisamente ésta: “*A la vista de lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución Española, la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y los artículos II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que forman parte de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea...*”. Aunque la pregunta no dejaba de resultar algo imprecisa, el Tribunal Constitucional, en su respuesta, hizo alguna valoración de interés al afirmar que “*Los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. Como sucede con los que desde el primer momento viene planteando la integración del Convenio de Roma, su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios interna-*

¹⁵ Por lo que se refiere al Derecho Comunitario puede verse al respecto R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 86 y ss. No debe olvidarse que en el caso del Derecho Comunitario el juicio directo viene impuesto por el principio de primacía tal y como ha sido interpretado por el TJCE.

¹⁶ Véase, por ejemplo, A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Nueva York, 2009.

¹⁷ Sobre el proceso español de ratificación de este Tratado puede verse, por ejemplo, P. PÉREZ TREMPES Y A. SAIZ ARNAIZ, “Spain’s Ratification of the Treaty Establishing a Constitution for Europe: Prior Constitutional Review, Referendum and Parliamentary Approval”, en A. ALBI y J. ZILLER (Edts.), *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, Kluwer Law International, Nueva York, 2006, pp. 45 y ss.

cionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española".

Para ello el Tribunal Constitucional acude a la ya tradicional construcción del *ius commune* de los Derechos Fundamentales, *ius commune* construido sobre tres bases: la Constitución interna, el Convenio Europeo y el Derecho Comunitario, incluida la Carta de Derechos. A este respecto se afirma que *"es del todo claro que la aplicación por el juez nacional, como juez europeo, de los derechos fundamentales de la Carta habrá de suponer, casi sin excepción, la simultánea aplicación del correlativo derecho fundamental nacional, hipótesis ante la cual tiene sentido plantearse si la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de la Carta (art. 10.2 CE) es a su vez conciliable con la definición que de los mismos se desprende de nuestra jurisprudencia, atenta siempre, como hemos dicho, a los tratados y convenios en la materia"*.

No obstante hay que poner de manifiesto que el Tribunal Constitucional parece tender a dar una cierta preferencia interpretativa al Convenio Europeo de Derechos Humanos al afirmar que *"El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las 'explicaciones' que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9.2 determina en términos imperativos que 'la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales'"*. Pero a la vez, el Tribunal se ha reservado la posibilidad "excepcional" e "improbable" de controlar la constitucionalidad del Derecho Comunitario a partir de una construcción de la teoría de los *contralímites*, como ya señaló.

Más recientemente el tema ha tenido una nueva manifestación ya que el Tribunal Constitucional ha vuelto a suscitar la cuestión, aunque de forma procesalmente distinta, al plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuestión prejudicial que en buena medida comporta la necesidad de clarificar la interdependencia de las tres declaraciones o cartas de derechos. El tema, de forma breve, puede resumirse así. El Tribunal Constitucional entiende que la Constitución Española impide que una persona pueda ser entregada a otro país a través de una extradición o de una orden europea de detención y entrega si dicha persona ha sido condenada en ausencia por el estado reclamante, al considerar que

este tipo de condenas supone una vulneración de las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE. En la medida en que la orden europea de detención y entrega impone la obligación para los países comunitarios de entregar a las personas condenadas en otros países miembros de la Unión Europea en todo caso, excepcionando sólo de dicha obligación... plantea el Tribunal Constitucional español al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ATC¹⁸...) una serie de preguntas:

Como es fácil de deducir, en dichas preguntas se encuentra envuelta la necesidad de clarificar la relación existente entre Constitución, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Derecho Comunitario, en especial, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Hasta aquí la exposición resumida de las cuestiones formales y materiales que, hasta el presente, ha planteado en el ordenamiento español la convivencia entre las “Cartas” de Derechos, pero seguramente el futuro deparará aún nuevas cuestiones y, también, nuevas respuestas.

¹⁸ El ATC ...se aprueba con un voto particular que entiende que del parámetro que el propio Tribunal utiliza para determinar el alcance del art. 24 CE se deriva que no existe duda sobre la posibilidad de no entregar a una persona condenada en ausencia cuando haya sido debidamente emplazada y ha tenido posibilidad de ejercer su defensa, como había ocurrido en el caso concreto, por lo que no concurrían los requisitos para elevar la cuestión, aunque el propio voto se muestra satisfecho con el cambio doctrinal que supone que el Tribunal Constitucional suscite sus dudas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de una cuestión prejudicial.

Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación¹

SABRINA RAGONE²

SUMARIO: I. Introducción metodológica. II. Los Tribunales dialogantes. III. Los Tribunales tendencialmente o potencialmente dialogantes. IV. Los Tribunales reticentes a dialogar. V. Conclusiones.

Palabras clave

Justicia Constitucional – Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Diálogo – Clasificación.

Resumen

El estudio examina las relaciones entre los Tribunales dotados de funciones constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, proponiendo una clasificación de los sistemas según su mayor o menor apertura. La autora emplea el método comparado para llegar a elaborar tres categorías de referencia y proponer unas conclusiones generales acerca de la situación actual de desarrollo del diálogo entre las Cortes afectadas.

¹ Este artículo ha sido publicado en el n. 16/2011 de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (<http://www.ugr.es/~redce/>).

² Investigadora García Pelayo en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid).

I. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

El presente ensayo se inserta en el contexto de una investigación más amplia, dedicada a la relación entre los ordenamientos nacionales y la Unión Europea. Los primeros resultados ya han sido publicados en números anteriores de esta misma Revista³, en los que se pueden encontrar estudios específicos sobre los diferentes sistemas constitucionales de los Estados miembros en su vertiente europea.

El objetivo de este estudio es realizar un examen de las relaciones de los Tribunales Constitucionales estatales y de los órganos jurisdiccionales nacionales dotados de funciones “lato sensu” constitucionales con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH); resultará útil, además, referirse a los Tribunales supremos, para algunos países en los que no se ha establecido una jurisdicción constitucional específica⁴. En virtud del carácter transversal del tema, se aplicará el método comparado y se elaborará una clasificación⁵ de los ordenamientos, adoptando los parámetros que se especificarán en las siguientes líneas. Este planteamiento permitirá individualizar básicamente tres conjuntos en los que es posible repartir las modalidades de interacción entre los órganos nacionales de justicia constitucional y los dos Tribunales supranacionales mencionados.

³ Véanse los números 14, junio-diciembre de 2010 y 15, enero-junio de 2011 (los estudios ofrecen exámenes de las instituciones y técnicas constitucionales de cada uno de los Estados miembros, con referencia a algunos bloques temáticos).

⁴ Dicha elección metodológica, por un lado, es debida a la impostación previa de la investigación, cuyo objetivo es ofrecer un marco completo de análisis que abarque todos los Estados miembros de la UE y, por otro lado, es instrumental incluso para explicar el papel de los Tribunales Constitucionales, si conviven o no con otros órganos jurisdiccionales supremos.

Al contrario, M. CLAES, *The National Courts' mandate in the European constitution*, Hart, Oxford-Portland, 2006, p. 391 y ss., expresamente excluye algunas experiencias del alcance de su investigación por esta razón, afrontando las diferentes categorías según el tipo de jurisdicción existente.

⁵ Véanse al respecto, sobre las finalidades de la comparación jurídica, L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padua, 2007, p. 75 y ss. y G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padua, 2007, 7ª edición, p. 53 (que describe la clasificación como la premisa para agrupar los objetos analizados en categorías sistemáticas, “contextos comunes” dentro de los cuales se puedan incluir todos los casos que presentan los elementos típicos de cada categoría).

Desde el punto de vista metodológico, es necesario especificar previamente, además del objeto, el método y las finalidades de la investigación⁶. Por lo que se refiere al primero de los dos, para desarrollar el estudio comparado de los ordenamientos se elegirán algunos “elementos determinantes” para la clasificación, aplicando a esta temática el sistema que L.J. Constantinesco ha utilizado en los escritos de macro-comparación sobre familias jurídicas y formas de Estado⁷: en su caso, la selección de los aspectos “determinantes” refleja el sistema de principios y valores fundamentales, llegando a descifrar la identidad del ordenamiento analizado. Como han demostrado ensayos anteriores, este método se puede adoptar también en estudios de corte micro-comparativo⁸, en los que es menos probable tener que enfrentarse a la necesidad de profundizar en los caracteres sociales y jurídicos más recónditos de los ordenamientos⁹.

En este caso, dicha necesidad se redimensiona aún más a la luz del sustrato común que los sistemas estudiados presentan por el hecho mismo de formar parte de la Unión Europea y del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cierta homogeneidad entre los objetos que se comparan es una premisa indispensable de los análisis “micro” y por ello, quien emprenda un estudio de este tipo necesita disponer previamente de un conocimiento básico, para luego realizar el examen comparado e ir ajustando las hipótesis iniciales a la realidad, llegando finalmente a proponer clases y modelos.

⁶ Véase R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 68 y ss.

⁷ Sobre el empleo de los elementos determinantes, véase L.J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Turín, 1996; ID., *Il metodo comparativo*, Giappichelli, Turín, 2000.

⁸ Se pueden recordar algunos ensayos de L. Pegoraro, en los que justamente se aplica este método en investigaciones micro-comparativas: L. PEGORARO, “Metodología y modelos para una investigación sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transiciones constitucionales)”, en AA. VV., *Ponencias desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Adrus, Arequipa, 2008, p. 3 y ss.; ID., “Autonomía y descentralización en el derecho comparado: cuestiones metodológicas”, en L. ESTUPIÑÁN ACHURY, J. GAITÁN BOHÓRQUEZ (coords.), *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 3 y ss.; ID., «Semántica de “control político” (elementos reconstructivos para un análisis comparado)», en J.L. PRADO MAILLARD (ed.), *El control político en el Derecho Comparado*, Comares, Granada, 2010, p. 137 y ss.

⁹ Esta necesidad es, al contrario, típica de los estudios macro-comparativos, que se rigen por la existencia de divergencias sustanciales.

La finalidad clasificatoria, en efecto, no es exclusiva de las investigaciones macro-comparativas, con lo cual resulta indispensable individualizar cuáles son los “elementos determinantes” en los que pueden fundamentarse los criterios de identificación de las diferentes categorías¹⁰.

Para que resulte fructífera, una catalogación tiene que conseguir adscribir todos los objetos estudiados a una clase (es decir ser exhaustiva) y a una sola (ya que un mismo objeto no puede formar parte de dos), aunque es imposible pretender la perfección de las ciencias naturales¹¹. Además, la clasificación no puede ser demasiado sencilla ni demasiado específica, porque en ambos casos resultaría poco útil. Otro carácter necesario es que la misma sea “pertinente”¹²: esta propiedad es subjetiva y depende de quién realice el estudio, además de las finalidades que persigue (especulativas, didácticas o explicativas)¹³.

La utilidad de las clasificaciones reside justamente en su potencial analítico: éstas ayudan a entender la fenomenología real simplificando los datos gracias a los modelos y ofreciendo conclusiones más interesantes de las que se podrían derivar del estudio de los diferentes ordenamientos por separado.

Comparto las críticas de quienes contestan la elección de un único parámetro de clasificación, no tanto por el resultado (es decir, la creación de dos clases solamente), sino por la inevitable limitación de la perspectiva adoptada. Me parece más oportuno ir construyendo las categorías con aproximaciones progresivas, mediante una selección de los elementos determinantes que evite impostaciones apriorísticas.

En consecuencia, en la primera fase del presente estudio —de tipo analítico— se analizan las situaciones de los países examinados y en la segunda

¹⁰ De hecho, la comparación jurídica ha dado lugar a frecuentes debates doctrinales sobre clases y categorías, ya que uno de los objetivos de la misma consiste en ordenar de forma racional los objetos estudiados: para ello, es necesario insertar los elementos analizados dentro de grupos conectados entre sí de forma sistemática. Sobre estos aspectos, véanse G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milán, 1986, p. 11 y ss.; R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, cit., p. 35 y ss.; L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, cit., p. 35 y ss.

¹¹ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 54 y ss.

¹² En este sentido, G. TUSSEAU, “Classificazioni”, en L. PEGORARO (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, p. 41 y ss.

¹³ G.U. RESCIGNO, “Forme di stato e di governo”, en *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1989, vol. XIV, p. 9 y ss. habla de las siguientes finalidades de las clasificaciones: describir, evaluar, individuar leyes históricas, deducir prescripciones.

—de tipo sistemático— se van a elaborar los resultados y especialmente la propuesta clasificatoria que se expondrá a continuación¹⁴. Para emprender la investigación, se han ido evaluando y eliminando los posibles elementos más “obvios”, debido a su escaso interés clasificatorio: me refiero al momento de ingreso en las Comunidades Europeas o en la Unión Europea, a la pertenencia a una área geográfica determinada o incluso a una familia jurídica. Tales criterios son insuficientes a la hora de construir clases de referencia: dentro de cada conjunto se encontrarían ordenamientos que desde el punto de vista sustancial presentan diferencias inconciliables y también, por lo que se refiere al último posible criterio, se pone de manifiesto una prevalencia numérica del modelo continental.

Los “elementos determinantes” que se van a utilizar son, con referencia a la relación con el TJ, la colocación de las normas comunitarias en el ordenamiento —sobre todo respecto de la Constitución— en la jurisprudencia de los Tribunales nacionales, la interpretación de las cláusulas constitucionales (cuando existen) y el empleo o reivindicación de la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales¹⁵. Por lo que atañe al TEDH, se verificará el valor reconocido a sus sentencias y el uso del Convenio en las decisiones (por ejemplo si dicha fuente se utiliza como parámetro o como instrumento interpretativo de las normas nacionales). Se intentará así abarcar tanto los medios de diálogo directo representados por instrumentos jurídicos formales (es el caso de la cuestión prejudicial) como los acercamientos de tipo más “cultural” que constituyen señales positivas de la permeabilidad de las jurisprudencias nacionales.

Se tendrán en cuenta todos los “formantes”¹⁶ (legal, jurisprudencial y doctrinal) para que mediante el análisis de los sistemas se puedan encon-

¹⁴ La labor de elaboración de categorías consta de dos momentos: en el primero se define el método, individualizando los objetos de estudio y los parámetros; en el segundo se aplica el método y se realiza la clasificación. Véase al respecto A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milán, 1998, 2ª edición, p. 150 y ss.

¹⁵ Aparte de los estudios que se mencionarán en los siguientes apartados, en la extensa bibliografía sobre el tema se reenvía al reciente estudio de M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary references to the european Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010.

¹⁶ Esta expresión se encuentra en primera instancia en la obra de R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Turín, 1992, 5ª edición, p. 43 y ss. La misma ha sido empleada también en estudios posteriores de derecho público comparado, como por ejemplo: G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Turín, 1994, p. 82 y ss.; L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, cit., p. 41 y ss.; R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, cit., p. 56 y ss.

trar los aspectos comunes que permitan crear las clases. Sin duda, el más relevante será el jurisprudencial, en el que se encuentran decisiones que muchas veces remedian la falta de normas legales o simplemente las integran.

A continuación se van a proponer tres categorías, que se denominarán, parafraseando parcialmente una expresión muy de moda¹⁷: los Tribunales dialogantes; los Tribunales tendencialmente o potencialmente dialogantes; los Tribunales reticentes a dialogar. Se trata, como siempre en esta ciencia, de una clasificación relativa, susceptible de modificaciones debidas a reformas de la estructura legal y a cambios jurisprudenciales¹⁸.

Si no resulta estrictamente necesario, no se hará referencia, en los siguientes párrafos, a las normas sobre la integración (ya que las mismas han sido expuestas en las partes precedentes de este proyecto de investigación): lo que interesa a efectos del presente estudio es, más que su estatus formal, cómo dichas cláusulas han sido interpretadas y aplicadas y cuál es su colocación sistémica a través de la aplicación judicial. Además, sólo se tendrán en cuenta las decisiones de los Tribunales Constitucionales o con funciones constitucionales y no de las cortes ordinarias¹⁹; sin embargo, en ausencia de un órgano encargado en exclusiva de ejercer una jurisdicción constitucional en sentido estricto, se añadirán breves referencias a la postura de los Tribunales supremos correspondientes.

En último lugar, hay que subrayar que será necesario efectuar un balance de la actitud de dichos órganos jurisdiccionales con respecto a dos vertientes, que no siempre van totalmente emparejadas: la europea-comunitaria y la europea-CEDH.

¹⁷ Sobre el denominado “diálogo” entre las Cortes se pueden recordar, por ejemplo, E. NAVARRETTA, A. PERTICI (eds.), *Il dialogo tra le corti: principi e modelli di argomentazione*, Plus, Pisa, 2004; A. SPERTI, “Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente”, *Rivista di diritto costituzionale*, 2006 y el reciente G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

¹⁸ Véanse L.J. CONSTANTINESCO, *La scienza dei diritti comparati*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 437 y ss. y el reciente G.F. FERRARI, “Sistemi giuridici: origine e diffusione”, en ID. (ed.), *Atlante di Diritto pubblico comparato*, Utet, Turín, 2010, p. 21 y ss.

¹⁹ Hacen especial hincapié en este perfil muchos estudios contenidos en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010.

II. LOS TRIBUNALES DIALOGANTES

En esta categoría se incluyen los Tribunales que han manifestado, a lo largo de los años, una fuerte disposición al diálogo y una mayor apertura hacia las normas y las jurisdicciones europeas.

El primer caso que se puede adscribir a la clase es el de la Corte Constitucional (“de arbitraje”, hasta 2007) belga²⁰, que ha demostrado una posición marcadamente «international oriented»²¹ durante toda su trayectoria²². Para empezar, desde 1997, cuando lo hizo por primera vez, ha planteado un número bastante elevado de cuestiones prejudiciales²³, tanto para solicitar una interpretación como para verificar la validez de las normas²⁴. Por lo que se refiere al empleo de las fuentes comunitarias y del CEDH como parámetros en los juicios de constitucionalidad, la Cour d’arbitrage, a partir de la sentencia n. 26 de 1991, lo ha inferido de algunas disposiciones constitucionales: del art. 24, sobre los derechos fundamentales, y aún más de los artículos 10 y 11, con especial referencia a los principios de igualdad y no discriminación. El derecho de la UE se encuentra utilizado en las sentencias como instrumento de interpretación del derecho nacional, como

²⁰ Véase el volumen de P. CARROZZA, *La Cour d’arbitrage belga come corte costituzionale*, Cedam, Padua, 1985 y, sobre el nivel de apertura, T. VANDAMME, “Prochain Arrêt: La Belgique! Explaining Recent Preliminary References of the Belgian Constitutional Court”, *European Constitutional Law Review*, núm. 4, 2008, p. 127 y ss. y E. CLOOTS, “Germs of Pluralist Judicial Adjudication: Advocaten Voor de Wereld and Other References from the Belgian Constitutional Court”, *Common Market Law Review*, 2010, p. 645 y ss. Una reseña general de la actitud de los órganos jurisdiccionales belgas se encontraba ya en H. BRIBOSA, “Report on Belgium”, en A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court and National Courts. Doctrine and jurisprudence*, Hart, Oxford, 1998, p. 3 y ss.

²¹ Esta definición es empleada por P. POPELIER, “Report on Belgium”, en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., p. 88.

²² Ni siquiera los cambios recientes del formante legal parecen poder afectar el diálogo instaurado, como observa M.-F. RIGAUX, “Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux: vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle”, *Journal des tribunaux*, 2009, p. 651.

²³ Se puede consultar la última estadística publicada en la página web del TJ (<http://curia.europa.eu>): el número de cuestiones era de quince al 2009.

²⁴ Este aspecto es subrayado, por ejemplo, por C. BONTEMPS DI STURCO, “Belgio”, en P. PASSAGLIA (coord.), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, en www.cortecostituzionale.it, p. 43 y ss. Véase también M. CARDOEN, “El sistema constitucional de Bélgica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, enero-junio de 2011.

integración de disposiciones constitucionales o especificación de aspectos determinados de algunos principios²⁵.

La Corte Constitucional austriaca es otro símbolo de una orientación muy “friendly” con especial referencia a las normas comunitarias²⁶: de hecho, si se analizan sus decisiones desde una perspectiva sustancial, ésta «acepta la primacía del derecho UE incluso respecto de la Constitución»²⁷. No hay disposiciones que regulen en detalle la relación entre el derecho interno y el comunitario, aunque la ley constitucional adoptada en 1994 para la adhesión persigue el objetivo de garantizar la máxima apertura posible y los efectos directos de las normas comunitarias²⁸. Sólo pocos años después del ingreso de Austria en la Unión, la Corte planteó la primera cuestión prejudicial y la repitió varias veces²⁹. A este respecto, hay que de-

²⁵ E. GROSSO, “Il dialogo necessario, la Cour d’arbitrage belge e le Corti europee, tra tutela dei diritti fondamentali e applicazione del diritto comunitario nell’ordine giuridico interno”, en G.F. FERRARI (ed.), *Corti nazionali e Corti europee*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006, p. 280 y ss.

²⁶ G. MARTINICO, *Preliminary Reference and Constitutional Courts: are you in the mood for Dialogue?*, Ticom Working Paper n. 2009/10, p. 5, define a la Corte Constitucional austriaca una “pionera”, junto con la belga. Muy positiva es también la definición de C. ELÍAS MÉNDEZ, “El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su interacción con el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, junio-diciembre de 2010, p. 154.

²⁷ Así se expresa U. JEDLICZKA, “The Austrian Constitutional Court and the European Court of Justice”, *Journal of International Constitutional Law*, vol. 2, núm. 4, 2008, p. 301. En una sentencia (VfSlg 15427/1999), la Corte llegó a sostener la sustancial prevalencia de una directiva sobre una norma constitucional incompatible.

²⁸ Esta es la interpretación de M.T. RÖRIG, “Austria”, en P. PASSAGLIA (coord.), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, cit., p. 30 y ss., que remite a su vez a las reflexiones de A. POSCH, “Community law and Austrian Constitutional law”, *Journal of International Constitutional Law*, vol. 2, núm. 4, 2008, p. 272 y ss.

²⁹ Las cuestiones llevaron a la sentencia en la causa C-143/99 (“Adria-Wien Pipeline GmbH und Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH v. Finanzlandesdirektion für Kärnten”) del 8 de noviembre de 2001; a la sentencia en la causa C-171/01 (“Wählergruppe Gemeinsam Zajedno/Birlikte Alternative und Grüne GewerkschafterInnen/UG”), del 8 de mayo de 2003 y a las sentencias en las causas reunidas C-465/00, C-138/01 y C-139/01 (“Rechnungshof v. Österreichischer Rundfunk and Others and Christa Neukomm and Joseph Lauermann v. Österreichischer Rundfunk”), del 20 de mayo de 2003.

En general, se puede añadir que la Corte ha ido adaptándose a los criterios expresados en la sentencia “Cilfit”, sobre todo por lo que se refiere a la posibilidad de evitar acudir al TJ si la cuestión es idéntica a otra que ya ha sido decidida, existe una jurisprudencia comunitaria constante sobre el punto litigioso o no cabe duda razonable al respecto. La Corte ha demostrado su voluntad de aplicar estos criterios, sobre todo a través de la interpretación y reconstrucción del derecho comunitario correspondiente.

cir también que la Corte ha considerado una vulneración del art. 83 de la Constitución (que prevé el derecho a un juez preconstituido por ley) algunos casos en los que otro tribunal de última instancia había omitido acudir al TJ planteando una cuestión prejudicial³⁰. En último lugar, el CEDH ha sido insertado dentro del ordenamiento como una fuente de nivel constitucional y la Corte Constitucional lo adopta, por lo tanto, como parámetro en el control de los actos primarios³¹.

También la jurisprudencia de la Corte Suprema estonia³² está abierta al diálogo. Con referencia al derecho comunitario, ésta empezó a citarlo incluso antes del ingreso oficial del País en la Unión³³ y luego asumió la aplicación directa, llegando, en 2005, a propiciar una reforma legislativa para que se estableciese un procedimiento dirigido a verificar la conformidad de las normas internas respecto de las europeas³⁴. En la primera decisión

³⁰ Véase G. PARODI, "Corte costituzionale austriaca e Corti europee", en G.F. FERRARI (ed.), *Corti nazionali e Corti europee*, cit., p. 245 y ss.

³¹ Al respecto, véase P. CEDE, "Report on Austria and Germany", en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., sobre todo p. 63 y p. 66.

³² La Corte Suprema desempeña "funciones constitucionales": véase la jurisprudencia presente en la página web <http://www.riigikohus.ee>.

³³ Lo recuerda, por ejemplo, I. JARUKAITIS, "Report on Estonia, Latvia and Lithuania", en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., p. 192.

³⁴ Se recuerda la opinión dada en el punto 49 de la parte IV, de la decisión n. 3-4-1-05, del 19 de abril de 2005: «The Chancellor of Justice can only act on the basis of the law. Neither the Chancellor of Justice Act nor the Constitutional Review Court Procedure Act give the Chancellor of Justice the competence to request that the Supreme Court declare an Act unconstitutional on the ground that it is in conflict with the European Union law. There are different possibilities for bringing national law in conformity with the European Union law, and neither the Constitution nor the European Union law provide for the existence of constitutional review proceedings for this purpose. The European Union law has indeed supremacy over Estonian law, but taking into account the case-law of the European Court of Justice, this means the supremacy upon application. The supremacy of application means that the national act which is in conflict with the European Union law should be set aside in a concrete dispute (see also joint cases C-10/97 until C-22/97, *Ministero delle Finanze vs. IN.CO.GE.'90* [1998] ECR I-6307). Pursuant to Article 226 of the Treaty establishing the European Community, the Commission, if it considers that a Member State has failed to fulfil an obligation under this Treaty, including not bringing national law into conformity with the European Union law, may bring the matter before the Court of Justice. This does not mean that such abstract review procedure over national law should exist on the national level. Thus, the Supreme Court will not be able to examine the petition of the Chancellor of Justice to the extent that the Chancellor of Justice requests, on the basis

adoptada mediante la aplicación del nuevo instrumento³⁵, la Corte afrontó algunos aspectos determinados de la relación entre los ordenamientos, afirmando una plena supremacía de las normas comunitarias incluso sobre la Constitución. La conformidad al derecho UE representa así una condición imprescindible para la aplicabilidad, y no solamente un instrumento de interpretación: «in the substantive sense this amounted to a material amendment of the entirety of the Constitution to the extent that it is not compatible with the European Union law. To find out, which part of the Constitution is applicable, it has to be interpreted in conjunction with the European Union law, which became binding for Estonia through the Accession Treaty»³⁶. La Corte, además, ha utilizado la cuestión prejudicial³⁷. Por lo que se refiere al CEDH, éste también fue objeto de citas antes de la ratificación oficial del mismo por parte del Estado y sigue siéndolo frecuentemente; la Corte ha afirmado su superioridad respecto de las normas legislativas internas, vinculando además los jueces a la aplicación directa de la jurisprudencia del TEDH³⁸.

of Article 19 of the Treaty establishing the European Community and directive 94/80/EC, that § 5(1) of the PPA be declared invalid».

El legislativo procedió después a la modificación de la disciplina de los juicios constitucionales, añadiendo una función consultiva de la Corte Suprema, a la que puede pedirse una interpretación de las normas internas de nivel constitucional respecto de las fuentes comunitarias.

³⁵ La decisión n. 3-4-1-3-06, del 11 de mayo de 2006.

³⁶ Estas afirmaciones se encuentran en el punto 16 de la parte II de la decisión. Se puede recordar también el punto 15 de la misma: «Pursuant to § 2 of the Constitution of the Republic of Estonia Amendment Act the Constitution applies taking account of the rights and obligations arising from the Accession Treaty. As a result of the adoption of the Constitution of the Republic of Estonia Amendment Act the European Union law became one of the grounds for the interpretation and application of the Constitution».

³⁷ Véanse: la cuestión planteada el 14 de mayo de 2007 y resuelta por el TJ en la pronuncia en el caso C-241/07 (“JK Otsa Talu OÜ v. Põllumajanduse Registrate ja Informatsiooni Amet – PRIA”); la cuestión planteada el 25 de marzo de 2011 y resuelta por el TJ con la pronuncia en el caso C-146/11 (“AS Pimix v. Maksu- ja Tolliameti Lõuna maksu- ja tollikeskus, Põllumajandusministeerium”).

³⁸ En la decisión n. 3-4-1-12-08, del 30 de diciembre de 2008, la Corte Suprema afirmó, al punto 21 de la parte II: «The Chamber is of the opinion that R. Paala’s right to a proceeding within a reasonable time is violated and that R. Paala is entitled to submit a relevant complaint within the proceeding pending before the Tartu County Court. The court is under the obligation to adjudicate such a complaint at any stage of a proceeding, not only when rendering a judgment. If necessary, the court must proceed from the Convention and the practice of application thereof, which – pursuant to § 2(2) of the CCP constitute a source of criminal procedural law. The Convention is an international agreement ratified by the Riigikogu, which – proceeding from § 123(2)

Al igual que los anteriores, los Tribunales superiores holandeses³⁹ han expresado posiciones muy abiertas hacia las fuentes europeas, en un contexto en el que también el formante legal se ha ido adaptando a las nuevas exigencias. La cuestión prejudicial ha sido empleada a menudo por parte de estos órganos⁴⁰ y se ha consolidado el principio, dotado de base constitucional⁴¹, según el cual las normas internas incompatibles con el derecho comunitario o con el CEDH tienen que ser inaplicadas directamente por los jueces. En el escenario holandés dicho planteamiento ha resultado fundamental porque ha consentido compensar, al menos parcialmente, la ausencia de un control de constitucionalidad en sentido estricto⁴². Así los sujetos invocan la aplicación de las normas supranacionales para su protección, lo que explica el gran número de citas de decisiones del TEDH, no sólo “ad abundantiam”⁴³.

III. LOS TRIBUNALES TENDENCIALMENTE O POTENCIALMENTE DIALOGANTES

Los primeros ordenamientos que se van a incluir en esta categoría presentan una doble característica común por lo que se refiere a la relación con el TJ: los Tribunales Constitucionales han empleado la cuestión prejudicial, demostrando cierta apertura, pero han precisado la existencia de una “identidad” constitucional intangible. Se examinarán los casos de España, Lituania e Italia, además de Irlanda y Chipre, donde existe un órgano jurisdiccional dotado también de funciones constitucionales; a éstos se añadirán los casos de Reino Unido y de los Países nórdicos⁴⁴.

of the Constitution has priority over Estonian laws or other legislation (see the Supreme Court en banc judgment of 6 January 2004 in case no. 3-1-3-13-03 – RT III 2004, 4, 36, paragraph 31)».

³⁹ Es decir, la Corte Suprema y la sección administrativa del Consejo de Estado.

⁴⁰ Véase al respecto E. MAK, “Report on Netherlands and Luxemburg”, en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., p. 315.

⁴¹ Se hace referencia sobre todo al art. 94: «Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions».

⁴² Véase al respecto M.E. COMBA (ed.), *Diritti e confini: dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Edizioni di comunità, Turín, 2002, p. 187.

⁴³ E. MAK, “Report on Netherlands and Luxemburg”, cit., p. 316.

⁴⁴ Véanse, entre otros, los ensayos de A. CELOTTO, T. GROPPi, “Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitar-*

El Tribunal Constitucional español ha afirmado que las cuestiones derivadas de la relación entre las normas comunitarias y las de la Constitución no tienen relevancia constitucional⁴⁵ (lo que presupone la superioridad de las segundas o por lo menos de una parte de ellas⁴⁶). Además, ha añadido que

io, núm. 6, 2004, p. 1309 y ss. y de F. MAYER, "The European Constitution and the Courts", en A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2006, p. 281 y ss.

⁴⁵ Este planteamiento implica que el problema se les remita a los jueces ordinarios, como se aclaró en la sentencia n. 28 de 1991: «en consecuencia, la pretendida contradicción que vertebra todo el recurso [...] aun en la hipótesis de que se diera realmente, carece de relevancia constitucional, puesto que la antinomia denunciada de ningún modo atenta, directa o indirectamente, a lo dispuesto en los arts. 93, 96.1 y 14 de la Constitución. 6. Como es natural, la conclusión alcanzada no impide el uso de los medios de defensa judicial legalmente configurados y cuya efectividad viene garantizada por el art. 24.1 de la constitución para alzarse frente a aquélla pretendida antinomia por parte de los candidatos afectados por la incompatibilidad establecida en el precepto aquí recurrido. Serán entonces los órganos judiciales quiénes, en los procesos correspondientes, hayan de pronunciarse sobre la repetida contradicción [...]. Y debe añadirse que en esa labor de los órganos judiciales ordinarios, en su caso mediatizada por el tribunal de justicia, ninguna intervención puede tener este Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad que en su caso intentarán promover aquéllos, pues, tratándose de verificar únicamente la acomodación de una norma nacional a otra del Derecho comunitario europeo, la primacía de éste exige que sean sólo aquellos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho». Sobre la problemática, se pueden consultar R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 y el ensayo de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre tribunales comunitarios y tribunales nacionales", en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.), R. ALONSO GARCÍA (coord.) *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 493 y ss.; P. BIGLINO CAMPOS, "La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3, 2007.

⁴⁶ Véase la declaración n. 1 de 2004: «Esa interpretación debe partir del reconocimiento de que la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita, tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE), límites que, como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis».

aquellas normas, en general, no forman parte del parámetro aplicable en los juicios de constitucionalidad (sobre todo cuando se plantea un conflicto entre Estado y Comunidades autónomas sobre una competencia⁴⁷), si bien una posible apertura podría conseguirse mediante la aplicación de la cláusula contenida en el art. 10.2 CE⁴⁸. En relación con la actuación de los jueces ordinarios, ha afirmado que el no planteamiento de una cuestión prejudicial puede, en determinados casos, transformarse en una violación del derecho a una tutela judicial efectiva que dé lugar a un recurso de amparo⁴⁹. A su

Al respecto, entre los comentarios científicos, se pueden recordar A. LÓPEZ CASTILLO, V. FERRERES COMELLA, A. SAIZ ARNAIZ, *Constitución española y Constitución europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, CEPC, Madrid, 2005; F.J. DÍAZ REVORIO, “¿Qué Constitución prevalece? Comentario a la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 12, 2005, p. 13 y ss.; A. RODRÍGUEZ, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, enero-junio de 2005, p. 327 y ss.; R. ALONSO GARCÍA, “Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005, p. 339 y ss.; V. FERRERES COMELLA, *La Constitució espanyola davant la clàusula de primacia del dret de la Unió Europea. Comentari a la Declaració 1/2004 del Tribunal Constitucional (I)*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2005 y A. SAIZ ARNAIZ, *De primacia, supremacia i drets fonamentals en l’Europa integrada. Comentari a la Declaració 1/2004 del Tribunal Constitucional (II)*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2005.

⁴⁷ Véase por ejemplo la sentencia n. 252 de 1988, en la que el Tribunal Constitucional dijo que «son, en consecuencia, las reglas internas de delimitación competencial las que en todo caso, han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia planteados entre el Estado y las Comunidades Autónomas», sin que el derecho comunitario las afecte de ninguna forma.

Para un marco teórico de la cuestión, véase J. DE MIGUEL, “España”, en J. TAJADURA TEJADA, ID. (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, CEPC, Madrid, 2008, p. 144 y ss.

⁴⁸ La posible apertura resulta facilitada por el nuevo valor (igual al de los Tratados) adquirido por la Carta de derechos de la Unión tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Antes se planteaban problemas sistemáticos de gran envergadura, como puso de manifiesto P. PÉREZ TREMPES, “La Carta Europea de Derechos Fundamentales: ¿Un primer paso hacia una futura Constitución europea?”, *Azpilcueta*, núm. 17, 2001, p. 29 y ss.

⁴⁹ Este planteamiento resulta muy claro en la sentencia n. 58 de 2004: «En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE —al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE— no implica per se la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pre-

vez, confirmando una evolución positiva⁵⁰, ha decidido plantear la primera cuestión prejudicial en 2011 con relación a la orden europea de detención y entrega⁵¹. Relativamente al CEDH, hay que recordar en primer lugar la ple-

tensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento. Ahora bien, la anterior conclusión no es óbice para que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediablemente la lesión del citado derecho fundamental». Sobre la sentencia y su desarrollo, véanse R. ALONSO GARCÍA, Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010), Working Paper n. 4 de 2011 del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), en www.ucm.es; P.J. MARTÍN RODRÍGUEZ, “La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho Comunitario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004, p. 315 y ss.; J.I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, “El recurso a la prejudicial (234 TCE) como cuestión de amparo”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 11, 2004, p. 441 y ss.; J.M. BAÑO LEÓN, “El Tribunal Constitucional, Juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, 2004, p. 465 y ss.; C. IZQUIERDO SANS, “Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 23, 2011. Sobre la situación anterior, véanse J.M. BAÑO LEÓN, R. ALONSO GARCÍA, “El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990, p. 193 y ss.; A. FIGUERUELO BURRIEZA, “Cuestión prejudicial (art. 177 del TCEE) y recurso de amparo”, en AA. VV., *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, vol. I, p. 197 y ss. y M. REVENGA SÁNCHEZ, J.M. LÓPEZ ULLA, “Algunos aspectos problemáticos de la regulación de la cuestión prejudicial (art. 177 TCEE)”, *ibidem*, p. 535 y ss.

⁵⁰ Véase por ejemplo R. SCARCIGLIA, “Diritto comunitario e relazioni fra il Tribunale Costituzionale spagnolo, il Tribunale europeo dei diritti umani e la Corte di Giustizia delle Comunità europee”, en G.F. FERRARI (ed.), *Corti nazionali e Corti europee*, cit., p. 381 y ss.

⁵¹ El auto de referencia es el n. 86 de 2011 [véase L. ARROYO JIMÉNEZ, Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias, Working Paper n. 8 de 2011 del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), en www.ucm.es]. Se habían expresado a favor de una apertura mayor del Tribunal Constitucional, por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, El juez español y el derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 270; C. VIDAL PRADO, “Tribunal Constitucional español y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El planteamiento de la cuestión prejudicial”, en AA. VV., *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005, vol. 1, p. 705 y ss.; P.J. TENORIO SÁNCHEZ, “Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, 2010. Véase también, sobre las relaciones entre Tribunal Constitucional español y TJ, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución Nacional: su relación con el Tribunal de Justicia”, en A.

na aplicación del mencionado art. 10.2 CE, que conlleva el empleo de tales normas internacionales a efectos interpretativos⁵²: de hecho, en la jurisprudencia del TC se encuentran citas expresas de las disposiciones y de las sentencias del TEDH también⁵³. Entre 1999 y 2007, el TC ha hecho referencia a ellas en el 17.5% de las decisiones, aunque en un buen porcentaje dichas citas son “ad abundantiam”⁵⁴.

La Corte Constitucional lituana, tras una primera (breve) fase de mayor precaución, en la que el derecho europeo era utilizado principalmente como instrumento interpretativo, en 2006 ha llegado a sostener la supremacía de éste sobre las normas nacionales, pero sin que el principio se pueda extender de forma automática a la Constitución⁵⁵. El mismo año

CARMONA CONTRERAS (coord.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 185 y ss.

⁵² Formalmente el CEDH no tiene un estatus especial respecto de los demás tratados acerca de los derechos fundamentales, aunque en la práctica así es: véase A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 156 y ss.

⁵³ En la sentencia n. 303 de 1993, el TC afirmó que «la anterior doctrina la ha venido a corroborar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales» y que además la jurisprudencia del TEDH «resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 de la CE».

Sobre la relación con el TEDH, véase especialmente A. ELVIRA PERALES, “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en P. PÉREZ TREMPES (coord.), *La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 513 y ss.

⁵⁴ Los datos se encuentran en el volumen de A. QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos: del tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008, p. 207 y ss. De la misma autora véase también “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2007, p. 435 y ss.

⁵⁵ Véase la decisión del 14 de marzo de 2006, en los casos nn. 17/02, 24/02, 06/03 y 22/04: «Thus, the Constitution consolidates not only the principle that in cases when national legal acts establish the legal regulation which competes with that established in an international treaty, then the international treaty is to be applied, but also, in regard of European Union law, establishes expressis verbis the collision rule, which consolidates the priority of application of European Union legal acts in the cases where the provisions of the European Union arising from the founding Treaties of the European Union compete with the legal regulation established in Lithuanian national legal acts (regardless of what their legal power is), save the Constitution itself».

empezó a citar expresamente las decisiones del TJ, extendiendo a las mismas la doctrina que iba aplicando a las sentencias del TEDH desde hacía tiempo⁵⁶; en 2007 demostró una vez más su trayectoria y planteó la primera cuestión prejudicial ante el TJ⁵⁷. Como se ha anticipado, el CEDH ha sido explícitamente usado muchas veces para interpretar los derechos, incluso antes de su ratificación formal, y son frecuentes las referencias también a la jurisprudencia del TEDH⁵⁸.

La Corte Constitucional italiana, tras años de autoexclusión del circuito jurisdiccional europeo⁵⁹, ha abierto las puertas al diálogo (aunque siempre con determinados límites) a partir de 2007.

La nueva impostación se debe a (o por lo menos ha sido propiciada por) la reforma constitucional de 2001 que afectó al art. 117: dicho artículo, en su apartado primero, afirma ahora que Estado y Regiones ejercen su potestad legislativa respetando los vínculos originados por el ordenamiento comunitario y las obligaciones internacionales (además de la misma Constitución).

⁵⁶ Véase la decisión del 21 de diciembre de 2006, en el caso n. 30/03: «In its rulings, the Constitutional Court has held more than once that the jurisprudence of the European Court of Human Rights (hereinafter also referred to as the ECHR) as a source of construction of law is also important to the construction and application of Lithuanian law. The same can be said as regards the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities and the Court of First Instance of the European Communities».

⁵⁷ Véase la decisión del 8 de mayo de 2007, en el caso n. 47/04: la Corte planteó una cuestión sobre el art. 20 de la directiva 2003/54/EC, relativa a la regulación del mercado interior de electricidad. Se pueden consultar al respecto O. POLLICINO, *La Corte costituzionale lituana ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, en www.europeanrights.eu e ID., *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milán, p. 314 y ss.

⁵⁸ Véase I. JARUKAITIS, "Report on Estonia, Latvia and Lithuania", cit., p. 177 y ss.

⁵⁹ Se pueden consultar, por ejemplo, P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (eds.), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Turín, 2003; S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Nápoles 2005; N. ZANON (ed.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006; M. CARTABIA (ed.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bolonia, 2007; R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (eds.), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, Giappichelli, Turín, 2007. Véase además T.E. FROSINI, "Brevi note sul problematico rapporto fra la Corte costituzionale italiana e le Corti europee", en G.F. FERRARI (ed.), *Corti nazionali e Corti europee*, cit., p. 365 y ss.

Después de haber aplicado al derecho comunitario el criterio cronológico, reconociéndole sólo el valor de ley ordinaria, y de haber también intentado usar el de competencia, había finalmente aceptado la aplicación directa⁶⁰. Por lo general, a pesar de las indudables peculiaridades del ordenamiento de la UE, la Corte había ido auto-marginándose: por ejemplo, sosteniendo que, en los casos de “doble prejudicialidad” —cuando se plantea una cuestión de constitucionalidad y una de comunitariedad— la segunda tiene prioridad temporal, lo que ha incentivado así a los jueces a recurrir al TJ. Además y sobre todo, la Corte ha elaborado la teoría de los “contra-límites”, a partir de la sentencia n. 183 de 1973⁶¹: principios y derechos fundamentales no pueden sufrir un menoscabo por parte de las normas europeas. La mayor apertura formal hacia el sistema UE fue sin duda el planteamiento de la cuestión prejudicial, mediante el auto n. 103 de 2008 (y la sentencia n. 102), después de varias decisiones en las que la Corte había negado poder emplearla⁶². Se trata, sin embargo, de una apertura limitada a los juicios de constitucionalidad directos propuestos por el Estado o una Región, tratándose de los casos en los que la Corte es el único juez posible⁶³. Una señal positiva anterior había sido el reconocimiento de las sentencias interpretativas del TJ como parte de la estructura de las fuentes comunitarias.

Dos sentencias del año anterior son un testimonio ulterior del cambio de actitud de la Corte: las n. 348 y 349 de 2007, con las cuales se ha incluido

⁶⁰ Véase M. CARTABIA, “The Italian Constitutional Court and the relationship between the Italian legal system and the European Union”, en A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court and National Courts. Doctrine and jurisprudence*, cit., especialmente p. 138 y ss.

⁶¹ La Corte afirmó en aquella ocasión: «È appena il caso di aggiungere che in base all’art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma —sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini—, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all’art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali».

⁶² La única excepción, en la que la cuestión prejudicial parecía una posibilidad, fue la sentencia n. 168 de 1991.

⁶³ Para verificar el séquito de estas decisiones, véase entre otros T. GIOVANNETTI, “Italia”, en P. PASSAGLIA (coord.), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, cit., p. 21 y ss.

el CEDH en el parámetro de los juicios de constitucionalidad (anteriormente las únicas referencias eran siempre “ad abundantiam” y con finalidad interpretativa). Se ha utilizado así la potencial apertura del nuevo art. 117 Const., aunque con algunas precisiones: la Corte ha especificado que el CEDH no es equiparable al derecho comunitario (por lo tanto no cabe la inaplicación directa de las normas contrarias internas ni puede darse un “juicio de convencionalidad” difuso⁶⁴, manteniéndose el monopolio de la Corte Constitucional al respecto) ni a las fuentes primarias, situándose en un nivel más elevado. No se trata, pues, ni siquiera de una fuente de rango constitucional: la Corte conserva la facultad de verificar la conformidad a la Carta fundamental de las disposiciones y de la relativa jurisprudencia del TEDH⁶⁵.

La Corte Suprema irlandesa, cuando tuvo la oportunidad⁶⁶, se pronunció a favor de la necesidad de una reforma constitucional en casos de modificación sustancial del sistema europeo⁶⁷, puesto que existe la posibilidad de un control de constitucionalidad de las normas comunitarias⁶⁸; la

⁶⁴ Dicho planteamiento ha sido confirmado por sentencias posteriores, como la n. 311 y la n. 317 de 2009.

⁶⁵ Sobre los resultados y las consecuencias de la jurisprudencia mencionada en un marco teórico global, con especial referencia a los derechos fundamentales, véanse, por ejemplo, A. RUGGERI, “Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative”, *Diritto dell’Unione Europea*, 2010, p. 125 y ss.; ID., “Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e ‘controllimiti’ mobili, a garanzia dei diritti fondamentali”, *Rivista telematica dell’associazione italiana dei costituzionalisti*, núm. 1, 2011; E. GIANFRANCESCO, “Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo”, en M. PEDRAZZA GORLERO (ed.), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2010, p. 151 y ss.

⁶⁶ Se trataba del caso “Crotty v. An Taoiseach” de 1987, que nacía de un recurso interpuesto por R. Crotty, economista contrario a la pertenencia de Irlanda a las Comunidades Europeas. Éste sostenía que los cambios importantes en el ordenamiento europeo supondrían una reforma constitucional a llevar a cabo mediante referéndum popular. La Corte, a pesar de los muchos aspectos recurridos, se concentró sobre todo en las competencias relativas a la política exterior (que resultó ser el punto más conflictivo).

⁶⁷ El objetivo era evitar la posible inserción en el ordenamiento de los tratados a través de fuentes primarias. En la sentencia se lee, relativamente a la toma de decisiones en el Consejo: «As far as Ireland is concerned, it does not follow that all other decisions of the Council which now require unanimity could, without a further amendment of the Constitution, be changed to decisions requiring less than unanimity».

⁶⁸ Este principio ha sido denominado “national Constitution supremacy” por M. KUMM, “The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe

misma también ha hecho uso de la cuestión prejudicial frente al TJ⁶⁹. El CEDH ha sido empleado como instrumento de interpretación y (sobre todo) de integración de las disposiciones constitucionales sobre derechos, que se han considerado no exhaustivas⁷⁰.

Al igual que en los casos mencionados, la conservación de la superioridad de las normas constitucionales ha sido perseguida por parte de la Corte Suprema de Chipre. Su decisión sobre la ilegitimidad de la orden de detención europea (con referencia a la extradición de los ciudadanos chipriotas) de hecho propició una enmienda que sirve como fundamento de la supremacía del derecho comunitario⁷¹. Al CEDH se le ha reconocido nivel supra-legal, pero infra-constitucional: en realidad, las disposiciones sobre derechos de la Constitución de Chipre son en buena parte muy similares a las de dicho Convenio; este carácter propicia que las citas sean numerosas⁷² y se extiendan a la jurisprudencia.

Pasando a los ejemplos de ordenamientos privados de una jurisdicción constitucional pura, la Corte Suprema del Reino Unido (que ha asumido desde 2009 las funciones jurisdiccionales de la Cámara de los lores) también se ha expresado a favor de la prevalencia de las normas euro-

before and after the Constitutional Treaty”, *European Law Journal*, núm. 3, 2005, p. 262 y ss.

⁶⁹ Según la estadística mencionada, hasta el 2009 las cuestiones habían sido diecisiete.

⁷⁰ Sobre la fórmula empleada en el “European Convention on Human Rights Act 2003”, véase C.C. MURPHY, “Report on the UK and Ireland”, en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., p. 490.

⁷¹ Fueron reformados los artt. 1A y 179 de la Constitución. Para profundizar en los casos y las cuestiones surgidas de la orden de detención en el ordenamiento chipriota, véase A. KAPARDIS, “The European Arrest Warrant (EAW) in Cyprus and Constitutional Concerns”, en AA. VV., *The European Arrest Warrant and its Implementation in the Member States of the European Union*, Wydawnictwo C. H. BECK, Varsovia, 2008, p. 19 y ss.

Acerca de la utilización de la cuestión prejudicial, véase C. KOMBOS, “The Supreme Court of Cyprus’ Approach to Standing for Judicial Review and to the Preliminary Reference Procedure”, *European Public Law*, 2010, p. 327 y ss.

⁷² Las referencias al CEDH remontan a antes de la inclusión del mismo en el ordenamiento (como demuestra la decisión relativa al caso “Andreas Costas Afamis” de 1961) y luego la Corte ha confirmado que se ajustaría a las sentencias del TEDH (por ejemplo en el caso “Andreas Kyriacou Panovic” de 2003). Véase N. KYRIAKOU, “Report on Cyprus”, en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., p. 156 y ss.

peas, con referencia a las solas materias delegadas a la UE⁷³, y ha seguido la jurisprudencia de su predecesora planteando cuestiones prejudiciales frente al TJ⁷⁴. En los asuntos relativos a derechos, además, especialmente tras la aprobación del “Human Rights Act 1998”, se tienen en cuenta las disposiciones del CEDH y las decisiones del TEDH. Finalmente, los Tribunales superiores de los Estados escandinavos (la Corte Suprema danesa y los tribunales superiores de Suecia y Finlandia) también citan con notable frecuencia las sentencias del TJ y del TEDH⁷⁵ y recurren al planteamiento de cuestiones prejudiciales⁷⁶, a pesar de algunas limitaciones al reconocimiento de la supremacía respecto de la Constitución⁷⁷.

El segundo grupo de ordenamientos se podría adscribir a la categoría de los potencialmente dialogantes, ya que sus órganos jurisdiccionales constitucionales se han abierto a esta posibilidad, afirmando expresamente estar habilitados para utilizar la cuestión prejudicial y han utilizado el CEDH en su actividad interpretativa (Portugal, Eslovaquia y Polonia).

⁷³ Se puede evidenciar, además, la exclusión de las normas “constitucionales” sobre los derechos fundamentales de las potencialmente sujetas a la primacía, como explica T. GROPPi, “La ‘primauté’ del Derecho europeo sobre el Derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, enero-junio de 2006, p. 225 y ss. (la autora inserta el caso inglés en un marco comparado muy amplio).

⁷⁴ Según la estadística mencionada, hasta el 2009 las cuestiones planteadas por parte de la House of Lords habían sido cuarenta. Véase al respecto F.M. BOMBILLAR SÁENZ, “El sistema constitucional del Reino Unido”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, enero-junio de 2011.

⁷⁵ Véanse F. DURANTI, “Corti nordiche e Corti europee: armonia e dialogo nell’integrazione internazionale e sovranazionale”, en G.F. FERRARI (ed.), *Corti nazionali e Corti europee*, cit., p. 1 y ss. y C. LEBECK, “Report on Scandinavian Countries”, en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., p. 411.

⁷⁶ En la estadística mencionada con anterioridad, el número de cuestiones al 2009 era respectivamente de veintitrés, trece y veinticuatro.

⁷⁷ La Corte Suprema danesa, en la sentencia del caso n. I 361-1997, del 6 de abril de 1998, afirmó que los Tratados internacionales (el de la UE en aquella ocasión) no pueden contrastar las normas de la Constitución nacional, especialmente relativamente a los derechos. Véase G.S. KATROUGALOS, “Le problème du rapport entre droit communautaire et Constitutions nationales, à la lumière du «dualisme institutionnel» de l’Union Européenne”, *Revue européenne de droit public*, 2000, p. 1235 y ss. También los otros dos Tribunales han individualizado algunos elementos ineliminables: véase T. GROPPi, “La «primauté» del Derecho europeo sobre el Derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado”, cit., p. 236 y, para un análisis más general sobre los desafíos para la identidad de los Países nórdicos, L. HANSEN, O. WÆVER, *European Integration and National Identity. The Challenge of the Nordic States*, Routledge, Londres, 2002.

El Tribunal Constitucional portugués, de hecho, se ha declarado legitimado a acudir al TJ como juez de última instancia sujeto al deber de plantear las cuestiones prejudiciales⁷⁸ y ha añadido que la recepción de las normas comunitarias implica también el respeto de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la aplicación de las mismas⁷⁹. Una parte de la doctrina se ha expresado a favor de la individualización de una “identidad” intangible frente a la integración europea⁸⁰. El CEDH a su vez es utilizado como instrumento hermenéutico, aunque en un principio el nivel de protección de los derechos garantizados por las normas constitucionales se considera al menos igual⁸¹.

La Corte Constitucional eslovaca ha tenido que pronunciarse en muy pocas ocasiones sobre la relación entre normas europeas y nacionales, ya que tras la reforma constitucional de 2001 la primacía sobre las leyes ordinarias ha sido expresamente proclamada en la Carta fundamental⁸². A este

⁷⁸ Véanse las decisiones n. 184 de 1989 y n. 163 de 1990. Una confirmación ulterior de este planteamiento se encuentra en una intervención presentada en la IV Conferencia de Justicia Constitucional de Ibero-América (Sevilla, 2005) y elaborada por C. Sarmiento e Castro, en la que se repite la obligación del Tribunal Constitucional: <http://www.cijc.org/conferencias/sevilla2005>.

⁷⁹ Véase la decisión n. 621 de 1998: «a recepção do direito comunitário envolve (ou envolveu) também a dos mecanismos institucionais que visam especificamente garantir a sua aplicação. Ora, compreendendo a ordem jurídica comunitária —recebida nesses termos “compreensivos” e globais pelo direito português, logo por via de uma cláusula da própria Constituição— uma instância jurisdicional precipuamente vocacionada para a sua mesma tutela (e não só no plano das relações interestaduais ou intergovernamentais), e concentrando ela nessa instância a competência para velar pela aplicação uniforme e pela prevalência das suas normas, seria algo incongruente que se fizesse intervir para o mesmo efeito, e no plano interno, uma outra instância do mesmo ou semelhante tipo (como seria o Tribunal Constitucional)». Buena parte del texto es una citación de J.M. CARDOSO DA COSTA, “O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades europeias”, en AA. VV., *Ab Uno Ad Omnes. 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 1363 y ss.

⁸⁰ Véase por ejemplo R.M. GENS DE MOURA RAMOS, *A revisão dos Tratados da União Europeia e das Comunidades Europeias e a posição futura dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros*, en <http://www.tribunalconstitucional.pt>, que menciona al respecto la jurisprudencia alemana.

⁸¹ Sobre estas dos perspectivas se pueden consultar, entre otras, las decisiones n. 345 de 1999 y n. 557 de 2004. Las oscilaciones jurisprudenciales son subrayadas por R. ORRÙ, “Corti europee e Tribunal Constitucional portoghese: tracce di riflessione di un dialogo ad intensità variabile”, en G.F. FERRARI (ed.), *Corti nazionali e Corti europee*, cit., p. 409 y ss.

⁸² Son de esta opinión M. BOBEK, D. KOSAŘ, “Report on Czech Republic and Slovakia”, en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., p. 126.

respecto, ha aseverado que se considera un juez según el actual art. 267 TFUE y que se incluye en la categoría de los de última instancia, resultando sujeta al deber de plantear la cuestión prejudicial⁸³. El CEDH ejerce mucha influencia en la interpretación de los derechos y se registran numerosas citas explícitas.

El Tribunal Constitucional polaco, asimismo, a pesar de no haber planteado ninguna cuestión, se auto-califica habilitado para dirigirse al TJ⁸⁴ y por lo general delega a los jueces ordinarios la evaluación de la conformidad al derecho comunitario⁸⁵. Al mismo tiempo, el Tribunal ha confirmado la superioridad de las normas constitucionales respecto de las europeas y ha empujado hacia una reforma cuando ha encontrado una incoherencia⁸⁶. Al CEDH le ha reconocido un uso interpretativo.

Entre los sistemas cuyo potencial resulta por ahora más esfumado, la Corte Constitucional checa ha mantenido una actitud más prudente. En el respeto de las disposiciones constitucionales que especifican la coloca-

⁸³ Véase la decisión PL. ÚS 8/04-202 de 2005: en aquel caso, la Corte no consideró necesario acudir al TJ (M. BOBEK, "Learning to talk: preliminary rulings, the Courts of the new Member States and the Court of Justice", *Common Market Law Review*, 2008, p. 1633).

⁸⁴ Véase la decisión K 18/04, "Poland's membership in the European Union (the Accession Treaty)": «article 188 of the Constitution determines the Constitutional Tribunal's competences (scope of jurisdiction). The application of Article 234 of the EC Treaty neither constitutes a threat to these competences, nor narrows them. If the Constitutional Tribunal decided to request a preliminary ruling concerning the validity or content of Community law, the Tribunal would undertake this within the framework for exercising its adjudicative competences, as stipulated in Article 188 of the Constitution, and only where, in accordance with the Constitution, the Tribunal ought to apply Community law».

Al respecto, se puede consultar el análisis de A. LAZOWSKI, "Half Full and Half Empty Glass: the Application of EU Law in Poland (2004-2010)", *Common Market Law Review*, 2011, especialmente p. 507 y ss.

⁸⁵ Véanse M. BOBEK, "Learning to talk: preliminary rulings, the Courts of the new Member States and the Court of Justice", cit., p. 1629; O. POLLICINO, "Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?", cit., p. 291 y K. KOWALIK-BAŃCZYK, "Report on Poland", en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., p. 336.

⁸⁶ Véase la decisión P 1/05, "Application of the European Arrest Warrant to Polish Citizens". En aquella ocasión el Tribunal pospuso los efectos de su sentencia para consentir la aprobación de la necesaria reforma constitucional.

ción sistemática de las normas supranacionales⁸⁷, su jurisprudencia ha ido precisando algunos aspectos: en primer lugar, se ha expresado la necesidad que el empleo de los poderes delegados a la UE no supere los límites de los caracteres fundamentales del Estado⁸⁸ (aunque estos no hayan sido identificados)⁸⁹; luego, se ha admitido que del ordenamiento europeo pueda depender un “revirement” jurisprudencial y que el mismo pueda servir como ayuda interpretativa de las normas constitucionales⁹⁰. Por lo que se refiere a la cuestión prejudicial, la Corte no se ha negado a usarla, pero se ha reservado la posibilidad de pronunciarse al respecto en futuro⁹¹ y ha ido comprobando la correcta utilización de este instrumento por parte de los demás órganos jurisdiccionales. El derecho comunitario no puede emplearse como parámetro en los juicios de legitimidad de las leyes,

⁸⁷ La reforma que introdujo dicho sistema fue llevada a cabo con la ley n. 395 de 2001 (el art. 10 y el 10a se refieren a la superioridad de los tratados y a la participación en organizaciones internacionales).

⁸⁸ Véase la sentencia 2006/03/08, Pl. ÚS 50/04, “Sugar Quota Regulation III”: «In the Constitutional Court’s view, the conditional nature of the delegation of these powers is manifested on two planes: the formal and the substantive plane. The first of these planes concerns the power attributes of state sovereignty itself, the second plane concerns the substantive component of the exercise of state power. In other words, the delegation of a part of the powers of national organs may persist only so long as these powers are exercised in a manner that is compatible with the preservation of the foundations of state sovereignty of the Czech Republic, and in a manner which does not threaten the very essence of the substantive law-based state». El desarrollo de esta jurisprudencia se encuentra en las siguientes sentencias 2008/11/26, Pl. ÚS 19/08, “Treaty of Lisbon I” y 2009/11/03, Pl. ÚS 29/09, “Treaty of Lisbon II”. Véanse P. NEMECKOVA, “La Sentencia del Tribunal Constitucional checo del 21.11.2008 sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución de la República Checa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009, p. 239 y ss. y W. SADURSKI, “Solange, chapter 3’: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union”, *European Law Journal*, 2008, p. 6 y ss.

⁸⁹ En la mencionada decisión “Treaty of Lisbon II”, frente a los recurrentes que le pedían determinar los elementos indefectibles de la Constitución, la Corte contestó: «the Constitutional Court does not consider it possible, in view of the position that it holds in the constitutional system of the Czech Republic, to create such a catalogue of non-transferrable powers and authoritatively determine “substantive limits to the transfer of powers”, as the petitioners request».

⁹⁰ Véase la sentencia 2007/01/16, Pl. ÚS 36/05, “Reimbursement of Medications”.

⁹¹ En la citada sentencia “Sugar Quota Regulation III”, la Corte afirmó: «the Constitutional Court is aware of the delicacy of the question as to whether the Constitutional Court can be considered a court in the sense of Art. 234 of the EC Treaty, or in which type of proceedings, and reserves to itself in the future the possibility of adopting an unequivocal answer, in other words, to refer a matter for the adjudication to the ECJ in individual types of proceedings».

mientras que esto vale para el CEDH, citado a menudo y reputado de nivel constitucional.

Debido a su planteamiento globalmente “friendly”, la doctrina considera probable que empiecen a dialogar con los Tribunales europeos las Cortes eslovena⁹², búlgara y letona. La primera cuenta con una regulación específica de la relación entre normas internas y europeas⁹³ y también gracias a ello se ha ido acomodando a la supremacía y a la aplicación directa de las fuentes comunitarias; además, ha hecho referencia al CEDH como a una fuente importantísima en el ordenamiento esloveno (incluso antes de que vinculara al País); las citaciones son numerosas y a veces las decisiones del TEDH han sido empleadas como verdaderos precedentes. La segunda también dispone de parámetros constitucionales muy abiertos al derecho europeo y siempre se ha expresado a favor de la primacía de las fuentes internacionales; en varios casos ha mencionado expresamente actos de la UE en sus decisiones y ha reconocido como medio hermenéutico el CEDH⁹⁴. La tercera ha reconocido el valor del derecho comunitario, afirmando que éste forma parte del ordenamiento letón, incluyéndose la jurisprudencia del TJ⁹⁵; sin embargo, ha mantenido exentos de la supremacía los principios fundamentales que integran la identidad constitucional del Estado⁹⁶. Por lo que se refiere al CEDH, lo aplica a menudo para interpretar los derechos y lo menciona de forma expresa, considerándose incluso obligada a seguir la jurisprudencia del TEDH⁹⁷.

⁹² Véanse M. AVBELJ, “Report on Slovenia”, en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., p. 448 y la bibliografía allí citada.

⁹³ Hay que hacer referencia al art. 3a de la Constitución y, por lo que se refiere al CEDH, al art. 8.

⁹⁴ Se podría añadir a estos dos casos la Corte Constitucional de Luxemburgo, a la luz de la actitud mantenida por los Tribunales superiores (que han empleado en muchos casos la cuestión prejudicial ante el TJ y han aplicado directamente el CEDH). Se trata, sin embargo, de una hipótesis, ya que la misma fue creada en 1996, la primera sentencia es de 1998 y no hay jurisprudencia suficiente para sustentar esta clasificación.

⁹⁵ Véase la sentencia del caso n. 2007-11-03, del 18 de enero de 2008: «moreover, upon ratification of the Treaty on Accession of Latvia to the European Union, the European Union law has become integral part of the Latvian legal system. Therefore, legal acts of the European Union and interpretation provided by case-law of the European Court of Justice should be taken into account when applying national law».

⁹⁶ Esto resultó evidente en la sentencia del caso n. 2008-35-01, del 7 de abril de 2009, relativa a la ratificación del Tratado de Lisboa.

⁹⁷ Véase la sentencia del caso n. 2000-03-01, del 30 de agosto de 2000: «in cases, when there is doubt about the contents of the norms of human rights included in the Satversme, they should be interpreted in compliance with the practice of application of

IV. LOS TRIBUNALES RETICENTES A DIALOGAR

En este apartado se incluyen aquellas experiencias en las cuales el nivel de integración de los Tribunales Constitucionales nacionales en el sistema judicial europeo resulta menos profundo.

La Corte Constitucional de Hungría, en primer lugar, ha manifestado una actitud bastante renuente hacia las normas europeas en general, empleando una cláusula de la Carta fundamental que, a pesar de representar el fundamento interno de la participación en la UE, establece una suerte de “reserva” general respecto de las funciones delegadas a sus instituciones⁹⁸. Así la Corte ha elaborado una doble categoría de límites de legitimidad de las normas comunitarias: por un lado, prevalecen las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales; por otro lado, los actos de la UE tienen que adscribirse a sus propias funciones, según el principio de atribución⁹⁹. Un planteamiento parecido es el que ha ido aplicando al CEDH: siempre lo ha considerado una fuente infra-constitucional (aunque sí supra-legislativa) y no le ha reconocido un valor interpretativo vinculante.

La Corte Constitucional rumana, al contrario, contaría con una discreta apertura constitucional hacia las normas UE¹⁰⁰ (gracias a esto se explica la

international norms of human rights. The practice of the European Court of Human Rights, which in accordance with liabilities Latvia has undertaken [...] is mandatory when interpreting the norms of the Convention».

⁹⁸ Véase el art. 2/A de la Constitución: «The Republic of Hungary may exercise certain competences deriving from the Constitution in conjunction with the other member states in order of her participation in the European Union as a member state, based upon international treaty, to the extent that is necessary to exercise rights and perform obligations, under the European Communities and European Union (hereinafter: the European Union) foundation treaties; the exercise of these competences may be realized independently, through the institutions of the European Union.

A majority of two-thirds of the votes of the Members of Parliament shall be required for the ratification and adoption of the international treaty specified in subsection».

⁹⁹ Sobre la actitud de la Corte véanse W. SADURSKI, “Solange, chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union”, cit., p. 9 y ss.; O. POLLICINO, Allargamento dell’Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?, cit., p. 281 y ss.; acerca de esta doble vertiente, véase P. SONNEVEND, “Report on Hungary”, en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., p. 256.

¹⁰⁰ Véase el art. 148: «Romania’s accession to the founding Treaties of the European Union, for purposes of transferring certain powers into the hands of community in-

disposición comúnmente deferente de los jueces ordinarios), pero nunca se ha pronunciado sobre su papel en el contexto de las relaciones entre el sistema comunitario y el nacional ni sobre la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial. La Corte básicamente ha demandado a los demás órganos jurisdiccionales el control de comunitariedad de las disposiciones internas, reivindicando al revés la facultad de emplear el CEDH en los juicios de constitucionalidad e insertando en el parámetro la jurisprudencia del TEDH: la actitud concreta, en realidad, ha sido más bien contradictoria¹⁰¹.

El Tribunal Constitucional federal alemán es uno de los “enemigos históricos” de la superioridad de las normas europeas, a pesar de la presencia de una cláusula constitucional explícita (es decir el art. 23 de la Ley fundamental, modificado en los momentos tópicos de la integración comunitaria, que integra el art. 24)¹⁰². Sin embargo, dicha disposición contiene ahora también una referencia expresa a los elementos ineliminables de la Constitución conforme al art. 79 LF, que en el contexto europeo se suelen denominar “contra-límites”. El Tribunal se ha negado rotundamente a verificar la conformidad de las normas legislativas al ordenamiento comunitario, reclamando al contrario su facultad de verificar la constitucionalidad de éste último, con especial referencia al contenido esencial

stitutions, as well as for exercising in common with the other Member States the competencies stipulated in such Treaties, shall be under a law adopted in a joint session of the Chamber of Deputies and the Senate, by a majority of two-thirds of the number of Deputies and Senators.

Following accession, provisions in the founding Treaties of the European Union, as well as other binding regulations under community law shall prevail over any contrary provisions of domestic law, while observing provisions in the accession instrument. [...]».

¹⁰¹ En varias ocasiones, a pesar de la aparente (parcial) apertura hacia el sistema CEDH, la Corte ha ignorado sentencias anteriores dictadas por el TEDH en casos parecidos o ha sido desmentida después por el mismo TEDH, que ha reformado sus decisiones [véase I. RADUCU, “Report on Romania”, en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., especialmente p. 372 y ss.]. Esta situación ha llevado a reformar los Códigos procesales para permitir reabrir los juicios tras el pronunciamiento del TEDH.

¹⁰² Para un análisis completo de la actitud del Tribunal Constitucional federal, con especial referencia a la interpretación de los derechos fundamentales, se pueden consultar M.I. GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas, Cizur Menor, 2010 y el anterior estudio de J.C. CANO MONTEJANO, *La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán*, CEPC, Madrid, 2001, además de J. KOKOTT, “Report on Germany”, en A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court and National Courts. Doctrine and jurisprudence*, cit., p. 77 y ss.

de los derechos fundamentales y al principio democrático¹⁰³. En la sentencia “Maastricht” se empleaba este principio como parámetro para la integración europea con un planteamiento retomado años después en la decisión sobre el Tratado de Lisboa¹⁰⁴ con referencia al denominado “Identitätskontrolle”¹⁰⁵; en la siguiente decisión “Honeywell”, el Tribunal ha confirmado que puede intervenir frente a los actos “ultra vires” de las instituciones de la UE, si exceden sus competencias o afectan el núcleo in-

¹⁰³ Véanse, por ejemplo, G. CERRINA FERONI, “Karlsruhe, Lussemburgo, Strasburgo: la ‘Interpretationsverbund’ dei diritti fondamentali... ancora lontana”, en G.F. FERRARI (ed.), *Corti nazionali e Corti europee*, cit., p. 191 y ss.; C. VIDAL PRADO, “Nuevos (y viejos) recelos del Tribunal Constitucional Federal alemán frente a la eficacia del Derecho comunitario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, p. 273 y ss.; ID., “Alemania”, en J. TAJADURA TEJADA, J. DE MIGUEL (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, cit., p. 43 y ss.; W. HASSEMER, “La giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca e le Corti europee”, *Nuove Autonomie*, núm. 1, 2006, p. 11 y ss. y C. ELÍAS MÉNDES, O. BLEISTEINES, “El sistema constitucional de Alemania”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, enero-junio de 2011.

Las sentencias de referencia son la “Solange I” (BVerfGE 37, 271) de 1974; “Solange II” (BVerfGE 73, 399) de 1986; “Maastricht” (BVerfGE 89, 155) de 1993; “Mercado de las bananas” (BVerfGE 102, 147) de 2000; “Orden de detención europea” (BVerfGE, 2BvR 2236/04) y “Tratado de Lisboa” (BVerfGE, 2 BvE 2/08) de 2009.

¹⁰⁴ Véanse al respecto S. CASSESE, “L’Unione europea e il guinzaglio tedesco”, *Giornale di Diritto amministrativo*, núm. 9, 2009, p. 1003 y ss.; L. VIOLINI, “La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona”, *Quaderni costituzionali*, núm. 4, 2009, p. 947 y ss.; C.D. CLASSEN, “¿Fortalecimiento legítimo del Bundestag o lecho constitucional de procrusto? Acerca de la sentencia del Tribunal constitucional Federal sobre el Tratado de Lisboa”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 25, 2010, p. 237 y ss.; V. BALDINI, “Il trattato di Lisbona e il rispetto dell’identità costituzionale. La ‘sentenza-Lisbona’ del Bundesverfassungsgericht ed i limiti ad uno sviluppo secundum Constitutionem dell’ordinamento sovranazionale”, *Osservatorio sulle fonti*, núm. 2, 2010; G. BECK, “The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court, the Primacy of EU Law and the Problem of Kompetenz-Kompetenz: A Conflict between Right and Right in Which There is No Praetor”, *European Law Journal*, 2011, p. 470 y ss. y el número especial del *German Law Journal* de 2009.

¹⁰⁵ Véanse J. ZILLER, “The German Constitutional Court’s Friendliness towards European Law: On the Judgment of Bundesverfassungsgericht over the Ratification of the Treaty of Lisbon”, *European Public Law*, 2010, p. 53 y ss. y J. KOKOTT, “The Basic Law at 60 – From 1949 to 2009: The Basic Law and Supranational Integration”, *German Law Review*, núm. 1, 2010, p. 99 y ss.

Un comentario muy crítico de la sentencia se encuentra en F. MAYER, *Rashomon in Karlsruhe – A reflection on Democracy and Identity in the European Union*, *Jean Monnet Working Paper* n. 05/10, especialmente p. 22 y ss.

modificable del ordenamiento constitucional¹⁰⁶. Sin embargo, esta misma decisión pone de manifiesto una concepción mínima del abuso de competencias que ha sido reputada una señal positiva, a pesar de la confirmación de la impostación anterior.

Por lo que se refiere a la cuestión prejudicial, si bien en la sentencia “*Solange I*” afirmó ser habilitada para ejercerlo, la relación globalmente tensa con el TJ no hace esperar que el Tribunal plantee pronto una: en un auto reciente¹⁰⁷, aún admitiendo dicha posibilidad, ha negado que fuera necesario acudir al TJ. Sin embargo, a algunas condiciones sí sanciona su no planteamiento por parte de los jueces ordinarios¹⁰⁸. Finalmente, el CEDH es considerado solamente una fuente potencial de ayuda en la interpretación de los derechos.

Tampoco el Consejo Constitucional francés suele aparentar un fuerte deseo de diálogo¹⁰⁹, mostrando recelos ante el derecho comunitario sobre todo en las decisiones previas a la ratificación de los Tratados. Por lo general, ha reiterado sustancialmente la prevalencia de las normas de la Carta fundamental; en un caso ha abierto las puertas a la integración, afirmando que existe un verdadero deber de realizar la transposición de las directivas basándose en el art. 88-1 Const.: esto sí, sólo si las normas comunitarias no menoscaban la identidad constitucional del País¹¹⁰. A efectos interpretativos, ha admitido la cuestión prejudicial, declarando más tarde que no podría usarla en primera persona¹¹¹. Se encuentran referencias al CEDH

¹⁰⁶ Se pueden distinguir tres tipos de control de los actos europeos: para evitar que éstos incidan sobre los derechos fundamentales; para impedir que superen las competencias de la UE; para preservar la identidad constitucional del País. Este planteamiento, por ejemplo, es adoptado por M. PAYANDEH, “Constitutional review of EU law after *Honeywell*: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice”, *Common Market Law Review*, 2011, p. 9 y ss.

¹⁰⁷ Auto del 2 de marzo de 2010 (1 BvR 256/08; 1 BvR 263/08; 1 BvR 586/08).

¹⁰⁸ Véase M. CLAES, *The National Courts’ mandate in the European constitution*, cit., p. 425 y ss.

¹⁰⁹ Véase la reconstrucción de M. CALAMO SPECCHIA, “Il Conseil Constitutionnel e le Corti europee: dall’indifferenza al dialogo?”, en G.F. FERRARI (ed.), *Corti nazionali e Corti europee*, cit., p. 327 y ss. Para un marco general, se remite también a J. PLOTNER, “Report on France”, en A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court and National Courts. Doctrine and jurisprudence*, cit., p. 41 y ss.

¹¹⁰ Decisión n. 2004-496, del 10 de junio de 2004. Véase por ejemplo S. PINON, “El sistema constitucional de Francia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, julio-diciembre de 2010, p. 57.

¹¹¹ Decisión n. 2006-540, del 27 de julio de 2006.

(especialmente en algunos ámbitos materiales¹¹²), aunque éste no forma parte del parámetro.

En último lugar, globalmente reacia a la integración resulta también la jurisprudencia griega¹¹³, que no ha llegado a definir una completa gama de elementos ineliminables de la Constitución y ha admitido en cierta medida la supremacía de las fuentes europeas, tanto comunitarias como derivadas del CEDH, sólo sobre las normas de nivel primario¹¹⁴.

V. CONCLUSIONES

Es este el momento de traer las conclusiones de la clasificación realizada.

El primer dato que resalta es de tipo numérico: la mayoría de los ordenamientos se pueden situar en el segundo grupo, siendo potencialmente o tendencialmente dialogantes. Esto no deja de ser un importante logro del proceso evolutivo de la UE, puesto que es el resultado de un camino que los Tribunales Constitucionales han hecho, a veces, con la ayuda del TJ o de los legisladores nacionales. Además, es la demostración de que algunos Tribunales han empezado a borrar aquella línea «defensiva»¹¹⁵ que habían creado para bloquear la entrada de las normas europeas en sus sistemas de fuentes (un ejemplo típico de esta tendencia, a pesar de los muchos matices que se ha intentado evidenciar, es Italia, que hasta hace pocos años se habría unido a Alemania en su actitud muy euro-escéptica¹¹⁶).

¹¹² Véase M. FARTUNOVA, “Report on France”, en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., p. 211 y ss. y, sobre los demás órganos jurisdiccionales superiores, el reciente escrito de R. MEHDI, “French Supreme Courts and European Union Law: between historical compromise and accepted loyalty”, *Common Market Law Review*, 2011, p. 439 y ss.

¹¹³ Véanse V.P. TZEVELEKOS, S.-E. VETSIKA, “Report on Greece”, en G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, cit., p. 223 y ss.

¹¹⁴ Una mínima referencia hay que hacerla al caso de Malta, cuyas instituciones se han demostrado medianamente escépticas; no se dispone de jurisprudencia suficiente para incluir a dicho País en alguna categoría diferente.

¹¹⁵ La expresión es de F. BALAGUER CALLEJÓN, “Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio de 2007, p. 356.

¹¹⁶ Lo afirma, por ejemplo, O. POLLICINO, *Allargamento dell’Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, cit., p. 401.

Otro dato que hay que resaltar es la heterogeneidad de los grupos desde el punto de vista de la “antigüedad” de su pertenencia a la UE y de su situación socio-geográfica. No es posible agrupar a los Estados miembros según las diferentes fases de ampliación ni encontrar claras influencias recíprocas entre vecinos. La mayor o menor apertura al diálogo demostrada por los órganos jurisdiccionales superiores, asimismo, no es necesariamente el reflejo del planteamiento global del Estado, sino más bien uno de los corolarios de las funciones de dichos órganos dentro del sistema (en este caso, un caso emblemático podría ser el Reino Unido). También hay que decir que el rol de los Tribunales se está viendo afectado por las deficiencias de la política, que llevan a aumentar la importancia material del formante jurisprudencial incluso en ordenamientos de derecho continental¹¹⁷.

Se puede evidenciar, además, el empleo por parte de algunas Cortes —sobre todo cuando todavía eran más reacias a instaurar formas directas de diálogo (como pueden ser los casos de España e Italia)— de algunos instrumentos “encubiertos”¹¹⁸, que se han examinado con anterioridad: la admisión de los recursos de amparo frente a negativas injustificadas de plantear una cuestión prejudicial o también la misma “doble prejudicialidad”, que han empujado hacia una colaboración con el TJ mediada por los jueces ordinarios¹¹⁹.

Todo lo anterior demuestra que el proceso de profundización de la integración jurisdiccional europea, desde la doble perspectiva analizada —derecho de la Unión Europea y CEDH— no se encuentra en una situación de bloqueo, aunque otros ámbitos parezcan estancados (sobre todo el económico-financiero). El camino de los Tribunales, de hecho, sufre sólo parcialmente las consecuencias de la política y de la economía. Sin embargo, dicho proceso no ha terminado y, aunque hay señales positivas, los desafíos a la primacía del derecho europeo son todavía muchos, a pesar del

¹¹⁷ Se concentra sobre esta vertiente, por ejemplo, R. CALVANO, “Prospettive di sviluppo del dialogo tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale alla luce del Trattato di Lisbona. Il dialogo tra le Corti e l’attesa di un recupero del ruolo della politica”, en M. PEDRAZZA GORLERO (ed.), *Corti costituzionali e corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 109 y ss.

¹¹⁸ Al tratarse de instrumentos no codificados, estos representan símbolos fuertes del deseo de diálogo, según A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 118 y ss.

¹¹⁹ En este sentido, véase por ejemplo G. MARTINICO, “Judging in the Multilevel Legal Order: exploring the Techniques of ‘Hidden Dialogue’”, *King’s Law Journal*, 2010, p. 257 y ss.

cambio de actitud demostrado por algunos Tribunales. Es posible, de todas formas, que el planteamiento de los miembros más antiguos reciba nueva fuerza a la luz de las decisiones de los órganos jurisdiccionales de los recién incorporados más abiertos, creándose un diálogo más fuerte dentro de la “comunidad” europea y propiciándose la circulación de argumentos. Un factor que podría influenciar positivamente este fenómeno, sin tener en cuenta las reformas del derecho interno de cada País, es la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la consecuente relevancia de la Carta de derechos según el art. 6 del Tratado, además del papel generalizado del CEDH para los Estados miembros y la misma Unión Europea¹²⁰. Las futuras decisiones dirán si se trata de una promesa que se va a cumplir.

KEY WORDS: Constitutional Justice – Court of Justice of the European Union – European Court of Human Rights – Dialogue – Classification.

ABSTRACT: The essay deals with the relation between the Courts with constitutional functions of member States and the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights, proposing a classification of the different systems according to their openness level. The author uses the comparative method to elaborate three categories and suggests general conclusions about the current situation of the dialogue between the Courts involved.

¹²⁰ Esto se podía deducir incluso antes del Tratado de Lisboa, a través de la evolución del sistema desde su origen económico hacia la perspectiva de los derechos. Véanse G. CÁMARA VILLAR, “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre de 2005, p. 9 y ss.; F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea”, en AA. VV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, vol. 2, p. 133 y ss.

La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales¹

PABLO SANTOLAYA²

Buenos días a todos, yo también quiero empezar por agradecer al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, al Instituto Mexicano de Derecho Procesal y a la Fundación Konrad Adenauer la oportunidad que me ha ofrecido de participar en esta Jornada, en la que, estoy seguro, voy a aprender más que enseñar, y de hacerlo en una Mesa moderada por el maestro y amigo Jorge Carpizo.

Desde hace tiempo compartimos con el maestro Carpizo y con el Instituto de Investigaciones Jurídicas una línea de investigación que está resultado particularmente fructífera. Línea que se inició con la publicación del libro “La Europa de los Derechos”³, continuó con el paralelo La América de los Derechos, que esperamos ver muy pronto editado, y que culminará, por el momento, con el Proyecto de Investigación que compartimos, sobre el diálogo entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Convenio Interamericano de Derechos Humanos⁴, que será objeto de una publicación conjunta a ambos lados del atlántico, a finales de 2011.

¹ El texto de este trabajo es transcripción de la conferencia pronunciada el 7 de octubre de 2010 en la Sede del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en la Jornada que sobre “Diálogo Jurisprudencial entre Cortes Internacionales y Tribunales Constitucionales” organizaron el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y la Fundación Konrad Adenauer. He optado por mantener el original de la conferencia allí pronunciada, sin más correcciones que las estrictamente necesarias para convertir en texto escrito una exposición oral.

² Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Alcalá.

³ Javier García Roca y Pablo Santolaya. La Europa de los Derechos (El Convenio Europeo de Derechos Humanos) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1ª edición 2005. 2ª edición 2009.

⁴ Proyecto Coordinado de Investigación Hacia una globalización de los Derechos Humanos: El diálogo entre los Convenios Americano y Europeo de Derechos Humanos Referencia DER 2008-06390-C04-01/JURI. Investigador Principal Javier García Roca.

Mi aportación a esta Jornada es ciertamente modesto y va a consistir en describir una de las concretas formas de diálogo entre Cortes Internacionales y Tribunales constitucionales en materia de derechos humanos, entendido el término “diálogo” en un sentido amplio, porque hay muchas formas de diálogo⁵, y no todas son igualitarias, y en el supuesto a que voy a referirme es casi exclusivamente unidireccional. Es un diálogo pero no en condiciones de igualdad, sino que se produce desde el reconocimiento de la existencia de un tribunal internacional, sea este el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que irradia su jurisprudencia sobre un conjunto de tribunales, supremos o constitucionales, nacionales.

Se trata de un modelo en el que es la propia Constitución la que prevé y obliga a los tribunales nacionales a realizar una apertura interpretativa de sus derechos fundamentales a los tratados internacionales en la materia. Surge, hasta dónde tengo conocimiento, en el artículo 16 de la Constitución portuguesa, si bien referido exclusivamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, e inmediatamente después se introduce, corregido y ampliado, en el artículo 10.2 de la Constitución española, pero también, por ejemplo, en las Constituciones colombiana y argentina, y, de forma aún más clara en la peruana de 1993.

Es pues un sistema de diálogo que integra, por vía interpretativa, los derechos humanos en los derechos fundamentales de cada uno de los ordenamientos, dotándolos de sus instrumentos internos de protección.

Voy en definitiva a referirme al artículo 10.2 de la Constitución española⁶ y a la importancia que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

⁵ Vid. Giuseppe de Vergottini. Más allá del diálogo entre Tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones. Civitas. Instituto de Derecho Parlamentario. Madrid 2011, con prefacio de Javier García Roca.

⁶ El mejor trabajo sobre el artículo 10.2 de la Constitución española continua siendo el de Alejandro Saiz Arnaiz. La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1999. Puede ser completado con el trabajo más reciente, del mismo autor Comentario del artículo 10.2 CE La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos. En M^a Emilia Casas y Miguel Rodríguez-Piñero (Directores) Comentarios a la Constitución. Fundación Wolters Kluwert. Madrid 2008. Pp. 193-208. Vid. también sobre este tema Pablo Santolaya. El Derecho a la vida familiar de los extranjeros. Tirant lo Blanch. Valencia 2004, en especial los apartados 2.2. la interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo a los Tratados internacionales. Significado y alcance del artículo 10.2 de la Constitución (Pp. 44 a 62) y el 3. El Convenio de Roma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pp. 63 a 75).

Derechos Humanos tiene para interpretar el contenido de la declaración de derechos presente en el texto constitucional español, pero teniendo en cuenta que muchas de las cosas que diré son predicables de los modelos similares en Iberoamérica y de la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 10.2 establece que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Con él se introduce en una cláusula de apertura de los derechos fundamentales hacia los derechos humanos reconocidos internacionalmente cuya finalidad es garantizar, en cualquier caso, un estándar o contenido mínimo de los derechos, tal como son reconocidos en los Tratados internacionales. Es por tanto al mismo tiempo un mínimo irrenunciable protegido por el poder constituyente y un mínimo en constante evolución, lo que cobra particular importancia en relación a aquellos Tratados que tienen un órgano judicial que los interpreta y actualiza, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana.

Quiero aclarar que no se trata de una cláusula potestativa, una invitación al intérprete de nuestros derechos fundamentales, sino una obligación jurídico-constitucional en principio de los tribunales y de los aplicadores del derecho, pero que en ocasiones el Tribunal Constitucional ha considerado aplicable a la totalidad de los poderes públicos, incluso al legislador, afirmando que (STC 236/2007, de 7 de noviembre) “como cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios⁷”.

Quizá no sea ocioso, para comprender el funcionamiento de este precepto, tener en consideración dos datos del proceso constitucional español que pueden resultar contradictorios.

El primero de ellos es que nuestra Norma fundamental estuvo a punto de no incluir un capítulo dedicado a los derechos fundamentales, sino solo una remisión a las grandes declaraciones de derecho internacional. Así se propuso mediante una enmienda presentada por un Ministro del Gobierno de Unión de Centro Democrático, que, como tal, expresaba el parecer

⁷ Vid. sobre este aspecto Alejandro Saiz Arnaiz. Comentario cit. P. 201.

mayoritario de la Cámara de Diputados. Al final esa idea, que significaba la conversión automática de los derechos humanos en derechos fundamentales de los españoles y la aplicación a los mismos de las garantías jurisdiccionales e institucionales internas, no prosperó, probablemente porque no era posible que lo hiciera en un momento en que España salía de una dictadura y existía una necesidad nacional de afirmar una carta de derechos propios.

El segundo es que cuando por fin se introdujo el actual 10.2 fue en forma de una tardía enmienda, ya en el Senado, para lograr un apoyo a una interpretación conservadora del derecho a la educación favorable a los intereses privados y religiosos, propiciada por el artículo 13.3 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En consecuencia, el artículo que estamos analizando termina en el texto constitucional por una causa que podemos calificar de espuria; de lo que se trataba era de buscar una interpretación anticipada del contenido de un derecho que en la redacción de la Constitución, desde el punto de vista de los partidos conservadores, había ido, demasiado a la izquierda en aras del consenso con otras fuerzas políticas, en particular con los socialistas.

Otro dato importante para comprender el modelo resultante es que la Constitución española, como inmediatamente antes la Portuguesa de 1976 o más recientemente el artículo 39 de la Constitución sudafricana de 1996 que apela a esos efectos no solo al derecho internacional sino a la ley extranjera, pone el énfasis en el momento interpretativo, o si se quiere integrativo-interpretativo de los derechos fundamentales.

No se trata, por tanto, de integrar con nuevos derechos supuestas lagunas originarias o sobrevenidas de los textos constitucionales, sino de garantizar una interpretación de los derechos constitucionales por parte de todos los operadores jurídicos que sea, al menos, internacionalmente homologable, lo que se ha denominado una interpretación internacionalmente conforme, nunca por debajo del estándar internacional, aunque naturalmente puede estar por encima.

Sirve, al menos en el puro esquema teórico, para añadir nuevos contenidos a los derechos constitucionales, pero no para crear nuevos derechos constitucionales, ni para convertir en tales lo que son solo “mandatos de optimización” o “principios rectores” Solo la Constitución y no los tratados internacionales crea derechos fundamentales (STC 64/1991, de 22 de marzo) y no corresponde al Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo (entre otras 214/1991, de 11 de noviembre) examinar la “observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales”. El 10.2 no es por sí mismo susceptible de recurso de amparo (entre otras 137/2000 de

30 de junio), ni tampoco puede convertirse en medida de constitucionalidad para analizar una ley, ya que ese papel estaría reservado al precepto constitucional (STC 28/1991, de 14 de febrero)

Hablamos, en consecuencia, de una cláusula que si bien no es capaz de crear por si misma derechos fundamentales, sin embargo sí puede dotar de nuevos contenidos a derechos constitucionales preexistentes. Lo que ocurre es que, como afirma Rubio Llorente⁸, esta distinción es en buena medida un *nomen iuris*, cuya importancia conviene relativizar, porque no es fácil distinguir entre una cosa y otra

Por ejemplo no es sencillo determinar si cuando la STC 30/1989, de 7 de febrero, consagra, con base en el Convenio de Roma, el derecho a intérprete gratuito en materia penal, no previsto en la Constitución, ha creado un nuevo derecho fundamental o sólo un nuevo contenido del artículo 24 de la Constitución española que regula el debido proceso, lo que es claro es que para el afectado ésta es una cuestión puramente académica, cuando no bizantina. Similares consideraciones pueden realizarse, una vez más con Alejandro Saiz Arnaiz, en torno al derecho al recurso en materia penal, ausente de la Constitución española pero que ha sido incorporado por el Tribunal Constitucional tanto al derecho a la tutela judicial efectiva como al derecho a un proceso con todas las garantías⁹.

En especial teniendo en cuenta que, dada la amplitud de nuestra declaración de derechos, la inmensa mayoría de los internacionalmente reconocidos pueden ser fácilmente vinculados a un precepto constitucional por lo que el 10.2 puede actuar, en términos de Häberle¹⁰, como “cláusula de simpatía de los derechos humanos” de atracción de contenido de los derechos humanos a derechos fundamentales.

Aunque es cierto que, en algunas ocasiones, la operación no es tan sencilla y a veces, por ejemplo en los casos relacionados con medio ambiente y vida familiar, su traslado a la intimidad personal y familiar en la STC 119/2001, de 24 de mayo¹¹, parece un tanto forzado y autoriza a pensar

⁸ Francisco Rubio Llorente. Los derechos fundamentales. En Claves de razón práctica 75/97. P. 5.

⁹ Alejandro Saiz Arnaiz. Comentario cit. P. 196.

¹⁰ Peter Häberle. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. En Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio. (Coordinador Antonio Pérez Luño. Marcial Pons. Madrid 1996).

¹¹ Vid. el comentario a esta sentencia realizado por Raúl Canosa Pretensiones ambientales en amparo constitucional. Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo. En Teoría y Realidad Constitucional. 10/11 2002-2003. Pp. 697-716.

que el 10.2 es, también, de alguna manera, una cláusula de apertura y actualización del catálogo de derechos constitucionalmente reconocido, catálogo que, por otra parte, conviene resaltar que no ha sido formalmente reformado desde su aprobación hace más casi treinta y tres años.

Y tanto para interpretar en sentido estricto como para actualizar los derechos adquiere una singular importancia el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y ello aunque en la literalidad del precepto la remisión es a los grandes textos de Naciones Unidas. La importancia del Convenio de Roma se debe, entre otras razones, a la existencia de un auténtico Tribunal de justicia encargado de la interpretación y aplicación del Convenio que puede conocer demandas presentadas por cualquier víctima. También a la necesidad de que la demanda ha de plantearse agotadas las vías de recursos internas, y, en otro orden de consideraciones, a la clara similitud entre los derechos del Convenio de Roma y la Constitución española con preceptos en ocasiones idénticos.

Sin embargo es preciso aclarar que no estamos ante un modelo similar al austriaco, en el que la Corte utiliza el Convenio y la Jurisprudencia como fuente constitucional directa, de manera que se puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes austriacas por vulnerar el convenio, lo que no es posible en España dónde esa declaración se produciría del concreto precepto constitucional enriquecido por los contenidos del derecho internacional de los derechos humanos.

Estamos, por tanto, ante un esquema que se caracteriza por la utilización del CEDH y su jurisprudencia como modelo de integración de los derechos fundamentales, de manera que los tribunales constitucionales resuelven las cuestiones mediante un enfoque combinado de elementos nacionales y europeos.

Este es el caso también el caso de Alemania, por lo menos a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1987, cuando declara que “la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sirve como ayuda para la interpretación y el alcance de los derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho de la Ley fundamental” y algo similar puede afirmarse con relación a Bélgica e Italia, y probablemente también en Francia, aunque en ocasiones se habla de un grado cuantitativamente inferior de influencia¹².

¹² La idea de que en Francia se produce un menor grado de integración procede de Patrick Gaia. *Jurisprudence de la Court européenne des droits de l’homme et du Conseil Constitutionnel en Revue Française de Droit Constitutionnel* 28/1996. Pp. 725 y ss.

Y es también lo que ocurre en España y Portugal, pero con el importante matiz de que la utilización del derecho internacional en general y del Convenio Europeo de Derechos Humanos en particular como criterio de interpretación de los derechos fundamentales no es una creación pretoriana, no es puro diálogo, sino que viene impuesta por el propio texto constitucional, lo que, para Häberle, lo convierte en modelo a asumir en términos de derecho comparado¹³.

Y es que, en virtud de este precepto, es posible afirmar que la interpretación y/o aplicación de los derechos previstos en la Constitución española contraria a la que se deriva de los Tratados internacionales y muy singularmente del CEDH es en sí misma susceptible de recurso de amparo, no por vulneración de un Tratado internacional, tampoco por vulneración autónoma del artículo 10.2 de la Constitución, sino del concreto derecho fundamental al que no se le ha aplicado ese canon interpretativo, y como consecuencia de ello ha visto reducida su extensión. Por ello se ha llegado a decir que el Tribunal Constitucional ha tendido a utilizar la jurisprudencia de Estrasburgo como si fuera propia, es decir cómo si se trataran de sus propios precedentes.

Y, en efecto, es por esta vía interpretativa de nuestros derechos fundamentales por la que la jurisprudencia del TEDH ha alcanzado una extraordinaria importancia desde el mismo inicio de la actividad del TC, que la utiliza por primera vez en un asunto de Pleno en la STC 5/1981, de 13 de febrero, la segunda dictada por el Pleno del Tribunal referente al Estatuto de Centros escolares y en amparo en la 12/1981, de 10 de abril, en la que se aborda un problema de nuestra casación penal. Un completo estudio empírico de la utilización por parte del Tribunal Constitucional de los instrumentos de interpretación europea, realizado hace ya algunos años, por Argelia Queralt, puso de manifiesto que, en el periodo 1999-2004, se produjo en un 19% de sus sentencias, cifra claramente superior a la referente al periodo 1981-1997, donde sólo representa el 10%¹⁴.

Lo que a su vez ha contribuido a provocar, como señala Alejandro Saiz Arnaiz, que España sea uno de los Estados con menor número de demandas porcentuales a su población ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵.

¹³ Peter Häberle. Elementos..., cit. P. 71.

¹⁴ Argelia Queralt Jiménez. Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales. En *Teoría y Realidad Constitucional*. 20/2007. P. 435-470.

¹⁵ Alejandro Saiz Arnaiz. Comentario al art. 10 cit. P. 193.

Pero no se trata tan solo de un fenómeno español. Al contrario puede afirmarse que, con carácter general, el CEDH se ha convertido en el estándar mínimo de derechos, y que, en consecuencia, está surgiendo entre los sistemas jurídicos europeos una especie de similitud de contenidos de hecho, no tanto en los textos cuanto en sus aplicaciones judiciales o, si se quiere, un espacio constitucional común, que, como señalan Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle¹⁶, obliga a relativizar la funcionalidad de la definición de derechos de cada una de las constituciones nacionales, que cada vez tienen menos importancia operativa en la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

Hemos de reconocer, sin embargo, que esta convergencia es aún fragmentaria, asimétrica con relación al tipo de derechos, de manera que por ejemplo el concepto europeo de “malos tratos” es una realidad mucho más uniforme que el de “libertad religiosa” y, que, en cualquier caso, globalmente hablando, no implica una uniformización sino más bien una aproximación. Aún nos encontramos lejos de poder decir que en Europa existe una única declaración de derechos.

Todavía subsiste, en algunos aspectos, un amplio margen de apreciación nacional¹⁷, un enfoque quizá excesivamente respetuoso de las tradiciones estatales cuando lo que se encuentra enfrente es nada menos que un derecho fundamental. Los recientes casos *Lautsi* contra Italia, de 3 de noviembre de 2009 y 18 de marzo de 2011, con relación a la existencia de crucifijos en las escuelas públicas italianas, han significado una patente demostración de los límites del Tribunal Europeo de Derecho Humanos para establecer un estándar del contenido de un determinado derecho cuando se trata de un tema en el que no existe una *opinio iuris* común en los Estados miembros del Consejo de Europa, o, si se quiere ver desde otro punto de vista, una palpable demostración de que no es aún un Tribunal Constitucional de una Europa de los derechos, sino una Corte internacional en la que se debe guardar deferencia a los Estados, al menos en determinados temas particularmente sensibles relacionados con la identidad nacional.

Sin embargo, y por muy llamativa que resulte la jurisprudencia de los casos *Lautsi*, creo que podemos afirmar que el margen de apreciación na-

¹⁶ Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez. El derecho comunitario y las relaciones entre el TJCE, el TEDH y los Tribunales constitucionales nacionales. En *Revista de derecho Comunitario* 2/1997, p. 367.

¹⁷ Sobre esta materia vid. Javier García Roca. El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía en integración. *Civitas /Instituto de Derecho Parlamentario*. Madrid 2010.

cional está disminuyendo al menos en el sentido de que progresivamente el Tribunal amplía el ámbito de los derechos en los que no es posible su aplicación. Así ocurre por ejemplo en un tema tan controvertido como los derechos de las parejas homosexuales, su consideración como “familia” a efectos del derecho a la vida familiar y su equiparación con el matrimonio.

Así sucede en el Caso Kozak contra Polonia, de 2 de marzo de 2010 en el que Tribunal, en un supuesto de sucesión en un arrendamiento, afirma que la orientación sexual es un concepto cubierto por el derecho a la igualdad del artículo 14, de forma que cuando se produce una diferencia de trato basada en esta esfera íntima y vulnerable de la vida privada, deben existir razones de particular peso para justificar la medida adoptada, y el margen de apreciación estatal es muy estrecho, y ello a pesar de que la Constitución polaca define el matrimonio como la unión entre hombre y mujer.

Parece superarse con ello, al menos en este caso, la doctrina tradicional del Tribunal que sólo declara la incompatibilidad de la norma discriminatoria por razón de la orientación sexual cuando la igualdad se ha consolidado en la mayor parte de los Estados del Convenio, pero hasta que eso sucede deja que los Estados sigan su propio ritmo, sin que se les pueda criticar no estar a la vanguardia en esa igualdad, porque el consenso es todavía emergente¹⁸.

Doctrina ésta, la del margen de apreciación nacional, que hasta dónde alcanzo a conocer, afortunadamente, no ha alcanzado un desarrollo paralelo al Europeo en la Corte Interamericana, sin que en absoluto comparta las críticas formuladas por parte de la doctrina a su no utilización como elemento que pone en riesgo la efectividad del sistema¹⁹.

¹⁸ Sin embargo hay que reconocer que la cuestión no es en absoluto clara. Apenas tres meses después de la sentencia citada, el Tribunal, en el caso Schalk y Kopf contra Austria, de 24 de junio de 2010, tras reconocer que las parejas homosexuales tienen “vida familiar” se plantea si Austria debería haber dotado a los recurrentes de una vía legal alternativa al matrimonio con anterioridad a la fecha en la que lo hizo (1 de enero de 2010) y concluye que aunque hay un emergente consenso en Europa, todavía no hay una mayoría de países que lo hagan, y en consecuencia los Estados tienen *un margen de apreciación* en el calendario de introducción de los cambios legislativos. Por el contrario los tres votos particulares que contiene la sentencia insisten, en mi opinión de forma acertada, en que se trata de una diferencia de trata basada exclusivamente en la orientación sexual, y que por tanto se debería haber declarado la vulneración del artículo 8 en relación con el 14, exista o no un sustrato común en el derecho de los Estados al no haber aportado el Estado una sola razón a favor del mantenimiento de la diferencia.

¹⁹ Gerald L. Neuman: Import, Export and Regional Consent in the Inter – American Court of Human Rights. The European Journal of International Law 19/2008.

Pero en cualquier caso entiendo que sería por mi parte presuntuoso hablar precisamente en este foro del asunto, porque tengo la sensación de que en esta materia lo que tenemos que hacer es aprender de Tribunales Constitucionales como el colombiano, que ha afirmado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser respetada al interpretar la Constitución, o del Tribunal Supremo Argentino, que la ha utilizado para anular la legislación sobre amnistía, o el Tribunal Constitucional de Perú que ha anulado legislación incompatible con el Convenio. O en definitiva del Control de Convencionalidad, teorizado por primera vez por Sergio García Ramírez en 2003 en su voto particular al Caso Chang contra Guatemala.

Asuntos especialmente interesantes a los que vamos a dedicar la siguiente Mesa redonda por lo que lo mejor para ustedes es que, en este momento dé por terminada mi intervención, aplicando la infalible regla “de lo que no se puede hablar mejor es callarse”.

En defensa del pluralismo constitucional¹

AIDA TORRES PÉREZ²

SUMARIO: I. Introducción. II. Integración y constitución. 1. El impacto de la integración europea sobre la constitución. 2. La “constitucionalización” de la integración. 3. Recapitulación: transformaciones constitucionales. III. Pluralismo constitucional. 1. Objeciones al pluralismo constitucional. 2. En defensa del pluralismo constitucional. IV. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis del proceso de integración europea desde la perspectiva constitucional pone de manifiesto una doble transformación. Por un lado, la intensificación de la integración ha tenido un impacto sobre la constitución estatal, que se extiende al concepto mismo de constitución. Por otro lado, la Unión Europea (UE) ha experimentado un proceso de “constitucionalización”, aunque no exista un documento que reciba la denominación de constitución a nivel supranacional. Por lo tanto, asistimos a un doble proceso de “europeización” de la constitución, y de “constitucionalización” de la integración³. Como consecuencia de estas transformaciones nos encontramos ante un nuevo escenario en el que el ejercicio del poder público se desplaza a esferas más allá del Estado. La distinción entre lo nacional y lo internacional es cada vez más borrosa. Las categorías conceptuales elaboradas sobre la base del Estado-nación, a partir de las revoluciones liberales de finales del s. XVIII, parecen no poder dar cuenta de esta nueva realidad. En este contexto, frente al constitucionalismo de base estatal, se ha formulado como modelo alternativo el pluralismo constitucional. A grandes rasgos, en un modelo pluralista coexisten un conjunto de ordenamientos jurídi-

¹ Artículo publicado con anterioridad en J.I. UGARTEMENDIA y G. JÁUREGUI (eds.), *Derecho Constitucional Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. Financiado por MICINN (Ref. DER2008-04499).

² Profesora Agregada de Derecho Constitucional. Universidad Pompeu Fabra.

³ P. PÉREZ TREMPES, “Constitución española y Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004.

cos, en parte separados pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas.

El trabajo se estructura en dos partes principales. La primera analiza brevemente, por ser un debate conocido, el doble proceso consistente en el impacto de la integración sobre la constitución, y la “constitucionalización” de la integración. El objeto es reflexionar sobre las consecuencias de ese doble proceso para la comprensión de conceptos clave de la teoría constitucional. La segunda parte se dedicará a presentar y examinar un nuevo marco conceptual para la estructura del poder público: el pluralismo constitucional.

II. INTEGRACIÓN Y CONSTITUCIÓN

1. *El impacto de la integración europea sobre la constitución*

La constitución, por definición, es la norma suprema de un ordenamiento jurídico que regula de manera omnicompreensiva el ejercicio del poder público sobre un territorio determinado⁴. Desde el punto de vista del contenido, la constitución regula la organización del poder público, bajo el principio de separación de poderes, y los derechos fundamentales, como límite material al ejercicio del poder. La constitución, además de su función limitadora del poder, se define por su función constitutiva y legitimadora. La constitución establece un nuevo ordenamiento jurídico-constitucional, y este acto de creación se legitima a través de su atribución a la voluntad de la comunidad política que quedará sujeta a la misma⁵.

El impacto de la integración sobre la constitución se proyecta tanto sobre su alcance como su contenido. Tomando como caso de estudio la Constitución española, en general, se reconoce el impacto de la integración, aunque se discute sobre su intensidad: ¿reforma⁶, mutación⁷, mo-

⁴ D. GRIMM, “Does Europe Need a Constitution?”, *European Law Journal*, núm. 1, 1995, pp. 284-288.

⁵ P. CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 25-26.

⁶ Véase la bibliografía citada por A. LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 216-220, que descarta la tesis de la reforma constitucional (o autorruptura) como consecuencia de la integración.

⁷ S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.

dulación⁸, transformación⁹? Como mínimo, se admite que la integración implica una “modulación” del ámbito de aplicación de las normas constitucionales, aunque no se modifique su enunciado¹⁰. En la medida en que poderes soberanos —legislativos, ejecutivos o judiciales— se transfieren a la UE, las cláusulas constitucionales ya no alcanzan a la regulación de esos poderes en los ámbitos materiales transferidos. Su ejercicio y límites se regulan en otras normas, en este caso los Tratados de la UE.

Ahora bien, el impacto de la integración no sólo afecta al alcance de las cláusulas constitucionales en relación con las competencias transferidas, sino que también se proyecta sobre la estructura interna de los poderes públicos estatales¹¹. Por consiguiente, es necesaria una relectura de las diversas cláusulas constitucionales a la luz de la integración¹². La integración se proyecta sobre: la forma de gobierno, al inclinar la balanza en favor del ejecutivo; el poder judicial, en la medida en que se requiere a los jueces ordinarios que apliquen directamente el derecho europeo e inapliquen las leyes internas en conflicto; la distribución territorial del poder, al favorecer cierta tendencia a la centralización competencial en el Estado; el sistema de fuentes, con la superposición de las fuentes comunitarias que reclaman primacía y efecto directo; y los derechos fundamentales, que se solapan parcialmente en su ámbito de aplicación con los derechos contenidos en la Carta de derechos fundamentales de la UE. En suma, la integración europea tiene un impacto general sobre el alcance y el contenido de la constitución¹³.

Como consecuencia del proceso de integración y la progresiva transferencia de poderes, la constitución ya no regula de manera suprema y omnicompreensiva el ejercicio del poder público sobre el territorio del Es-

⁸ P. PÉREZ TREMPs, “Constitución española y Unión Europea”, op. cit., p. 112.

⁹ R. BUSTOS GISBERT, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, IVAP, Oñati, 2005, pp. 160-161.

¹⁰ P. PÉREZ TREMPs, “La Constitución española ante la Constitución europea”, en E. ALBERTÍ (Dir.), E. ROIG (coord.), *El proyecto de nueva constitución europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 500.

¹¹ R. ALONSO GARCÍA, “El juez nacional como juez europeo a la luz del tratado constitucional”, en M. CARTABIA, B. DE WITTE, P. PÉREZ TREMPs, *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 648.

¹² Para un análisis del impacto de la integración sobre los diversos contenidos de la constitución, véase, P. PÉREZ TREMPs, “Constitución española y Unión Europea”, op. cit., pp. 112-120; R. BUSTOS GISBERT, “Integración europea y constitución española: ¿Tancredismo, desnudez o invisibilidad?”, ponencia presentada en el Congreso de la ACE, 2009, pp. 5-20.

¹³ BUSTOS GISBERT, “Integración europea y constitución española...”, op. cit., p. 24.

tado. La transferencia de poderes no modifica el texto, pero sí el alcance y la comprensión de las cláusulas constitucionales. Aunque este conjunto de transformaciones se realice a través de procedimientos que no son necesariamente los mismos que los previstos para la reforma constitucional, no es inconstitucional, porque la propia constitución lo permite a través de las denominadas “cláusulas de integración”. En el derecho comparado, las cláusulas constitucionales a través de las cuales se ha operado la integración son muy diversas, pero en general menos rígidas que el procedimiento previsto para la reforma constitucional. En el caso español, el artículo 93 CE ni siquiera menciona a la UE y se limita a exigir aprobación a través de ley orgánica. En general, las cláusulas contenidas en los Estados fundadores tampoco recogían en un origen mención explícita a la integración europea. Su sentido general era habilitar expresamente la limitación de la soberanía o la transferencia de poderes a organizaciones internacionales, según el caso, sin necesidad de reforma constitucional¹⁴. En cinco de los seis Estados fundadores, los Tratados fueron aprobados por ley ordinaria¹⁵. La mayoría de países que se adhirieron posteriormente requirieron mayorías parlamentarias cualificadas¹⁶. En ocasiones, se han exigido las mismas mayorías que para la reforma constitucional, pero a través de procedimientos menos rígidos¹⁷. En otras, se ha requerido referéndum para la adhesión, pero no para las sucesivas reformas de los Tratados, con la excepción de Irlanda, que lo requiere en ambos casos¹⁸. Sobre la naturaleza de las cláusulas de integración se ha debatido mucho y en particular el artículo 93 CE ha sido calificado de manera diversa: cláusula de autorruptura de la constitución, de apertura a la integración, o “transformative rule”, se-

¹⁴ M. CLAES, “Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las ‘cláusulas europeas’ en las Constituciones nacionales: evolución y tipología”, en M. CARTABIA, B. DE WITTE, P. PÉREZ TREMPs, *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 163. Posteriormente, algunas constituciones incluyeron referencia expresa a la UE, como por ejemplo Francia (art. 88.1, desde 1992) y Alemania (art. 23, desde 1992).

¹⁵ *Ibidem*, pp. 129-130, 136-137, 150-152, sólo en Luxemburgo la ratificación se aprobó por mayoría de dos tercios en el Parlamento (artículo 49 bis de la Constitución).

¹⁶ *Ibidem*, p. 166.

¹⁷ M. CARTABIA, “El Tratado Constitucional para la Unión europea y la voluntad constituyente de los Estados miembros”, en M. CARTABIA, B. DE WITTE, P. PÉREZ TREMPs, *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 280-281; por ejemplo en Dinamarca y Luxemburgo se exigen las mismas mayorías que para la reforma constitucional, pero sin necesidad de proceder a la disolución de las cámaras y la nueva convocatoria de elecciones.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 278-280.

gún los efectos que se atribuyan a la integración (reforma, modulación, o transformación)¹⁹.

En cualquier caso, más allá de cómo se conceptualice el artículo 93 CE, con la introducción de las “cláusulas de integración”, de algún modo, el concepto mismo de constitución queda comprometido²⁰. Después de la transferencia de poderes a una organización supranacional, cuyas normas tienen primacía y efecto directo en el territorio del Estado, las constituciones estatales no pueden cumplir con su cometido de regulación omnicompreensiva del poder público. El poder público ejercido dentro del Estado se define y limita en normas diversas²¹. Por consiguiente, para conocer la regulación del ejercicio del poder público, las constituciones estatales necesitan ser complementadas por los Tratados de la UE. En este contexto, algunos autores se han referido a las constituciones como documentos parciales²² u ordenamientos fragmentarios²³.

2. La “constitucionalización” de la integración

Si por un lado la integración ha “europeizado” la constitución, por otro lado la integración ha experimentado un proceso de “constitucionalización”. Es obvio decir que en la UE no existe una norma que reciba la denominación de constitución, pero desde mucho antes de la elaboración del fallido Tratado constitucional, la literatura académica analizaba

¹⁹ A. LÓPEZ CASTILLO, “La incorporación de la cláusula europea a la Constitución nacional”, en A. M. CARMONA CONTRERAS, *La Unión Europea en Perspectiva Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 24-25; BUSTOS GISBERT, *La Constitución red...*, op. cit., pp. 160-168.

²⁰ CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita...*, op. cit., p. 28.

²¹ Formalmente se argumenta que no se cede la titularidad, sino el ejercicio de los poderes transferidos, de modo que pueden ser recuperados. Ahora bien, a parte de que la retirada de la UE es muy poco factible dada la evolución actual de la integración, este argumento es adecuado para sostener la legitimidad de la transferencia sobre la base de la constitución, pero una vez operada la cesión, la regulación de esos poderes escapa a la constitución.

²² C. WALTER, “Constitutionalizing (Inter)national Governance – Possibilities and Limits to the Development of an International Constitutional Law”, *German Yearbook of International Law*, núm. 44, 2001, pp. 193-196.

²³ A. VON BOGDANDY, “La integración europea a la luz de la Constitución alemana: una reflexión en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Maastricht”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, p. 212.

el denominado proceso de “constitucionalización” de la UE²⁴. Esto es, el proceso a través del cual el ordenamiento comunitario ha ido adquiriendo rasgos que lo aproximan a un ordenamiento de tipo constitucional. El debate sobre la naturaleza constitucional de la UE adquirió su punto álgido con la elaboración del denominado Tratado constitucional²⁵. En el estadio de evolución actual, ¿en qué sentido podemos pensar que existe una constitución a nivel supranacional?²⁶ Brevemente, desde un punto de vista formal, en el ordenamiento comunitario existe una norma suprema y rígida (los Tratados de la UE). Existe un tribunal, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), encargado de garantizar la supremacía del derecho originario sobre el derecho derivado, ejerciendo una suerte de “control de constitucionalidad”²⁷. Desde el punto de vista del contenido, los Tratados regulan el ejercicio del poder público a través de su separación entre instituciones diversas, aunque no se reproduzca la tripartición clásica del poder²⁸. Además, el ordenamiento comunitario contiene un catálogo de derechos que limita la actuación del poder público comunitario. Con el Tratado de Lisboa, se ha superado la protección de base jurisprudencial para reconocer valor jurídico a la Carta al mismo nivel que los Tratados (art. 6.1 TUE). Desde un punto de vista constitutivo, los Tratados crean un conjunto de órganos habilitados para el ejercicio del poder público, establecen sus competencias y los procedimientos para la toma de decisiones. Así, los Tratados cumplen con la función limitadora del ejercicio del poder público y la función constitutiva de un ordenamiento jurídico nuevo.

Ahora bien, existen un conjunto de elementos que dificultan la conceptualización de los Tratados como una constitución. En relación con el carácter de norma suprema, efectivamente, el derecho originario es jerárquicamente superior al derecho derivado. Incluso ha sido admitida la

²⁴ E. STEIN, “Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution”, *American Journal of International Law*, núm. 1, 1981; F. MANCINI, “The Making of a Constitution for Europe”, *Common Market Law Review*, núm. 26, 1989; L.M. DÍEZ PICAZO, “Reflexiones sobre la idea de Constitución europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 20, 1993; P. CRAIG, “Constitutions, Constitutionalism and the European Union”, *European Law Journal*, núm. 20, 2001; J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

²⁵ L.M. DÍEZ PICAZO, “Treaty or Constitution? The Status of the Constitution for Europe”, *Jean Monnet Working Papers*, núm. 5/04, www.jeanmonnetprogram.org; CARTABIA, “El Tratado Constitucional para la Unión Europea...”, op. cit.

²⁶ BUSTOS GISBERT, *La constitución red...*, op. cit., pp. 126-131.

²⁷ A. SAIZ ARNAIZ, ‘El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional’, 53 *Revista Vasca de Administración Pública* (1999).

²⁸ DÍEZ PICAZO, “Reflexiones sobre la idea de constitución europea”, op. cit., p. 549.

primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, pero no de manera generalizada sobre las constituciones estatales²⁹. Además, los Tratados no contienen una regulación omnicompreensiva del ejercicio del poder público, sino que por su propia naturaleza tienen un carácter parcial. Su poder de regulación se limita a los ámbitos transferidos³⁰. Seguramente, la mayor dificultad para atribuir la denominación de constitución al ordenamiento europeo se encontraría en el elemento fundacional-constitutivo desde la perspectiva de la legitimidad, en la medida en que los Tratados no pueden atribuirse a la voluntad de un pueblo europeo³¹. La legitimidad de la constitución como fuente última del poder está basada en ser expresión de la voluntad de autogobierno de un pueblo que se erige en poder constituyente. En contraposición, la creación del ordenamiento europeo no corresponde a la voluntad de un pueblo europeo, sino al consentimiento de los Estados, de acuerdo con sus constituciones respectivas. PERNICE ha llegado a afirmar que a través de los procesos nacionales establecidos en las “cláusulas de integración”, no sólo el proceso de integración recibe una legitimidad específica de los Estados, sino que los Tratados fundacionales y las sucesivas reformas aparecen como la expresión directa de la voluntad de los pueblos de Europa. Este autor sostiene que los Tratados pueden concebirse como el ejercicio común del poder constituyente de los pueblos de los diversos Estados³². Ahora bien, aunque las “cláusulas de integración” tengan su fundamento en la voluntad popular, la actuación de órganos estatales en la ratificación de Tratados no puede equipararse al ejercicio del poder constituyente³³.

En cualquier caso, en general se admite la inexistencia de un pueblo europeo capaz de actuar como poder constituyente al nivel supranacional³⁴.

²⁹ A.M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET & J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, 1998.

³⁰ GRIMM, “Does Europe Need a Constitution?”, op. cit., p. 290; BUSTOS GISBERT, *La constitución red...*, op. cit., pp. 131-132.

³¹ DÍEZ PICAZO, “Reflexiones sobre la idea de constitución europea”, op. cit., pp. 553-555; GRIMM, “Does Europe Need a Constitution?”, op. cit., pp. 290-291: “The Treaties are not however a constitution in the full sense of the term. The difference lies in the reference back to the will of the member States rather than to the people of the Union [...] The European public power is not one that derives from the people, but one mediated through the States”.

³² I. PERNICE, “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?”, *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, p. 717.

³³ T. SCHILLING, “The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations”, *Harvard International Law Journal*, vol. 37, núm. 2, 1996, pp. 390-395.

³⁴ GRIMM, “Does Europe Need a Constitution?”, op. cit., pp. 291-297.

El constitucionalismo moderno fundamenta la constitución en un pueblo y un Estado, y ambos brillan por su ausencia en la UE. Ahora bien, que no pueda identificarse un pueblo europeo no significa que no pueda desarrollarse con el tiempo. La cuestión, en la que no podemos detenernos, es cómo debería ser entendido ese *demos* europeo. La teoría constitucional tiende a presuponer la existencia de un pueblo como poder constituyente, pero esta presuposición en ocasiones no se corresponde con la realidad sociológica y política³⁵. El pueblo se establece a través de la misma constitución, de modo que la creencia en una identidad colectiva se puede ir conformando a través de prácticas de autogobierno sobre la base de las instituciones creadas³⁶. El ejemplo más claro lo ofrece la Constitución de los Estados Unidos³⁷. Nadie hoy cuestionaría que la legitimidad de la Constitución deriva de *We the people*. Sin embargo, en el momento de su ratificación, su naturaleza constitucional era mucho más ambigua y el concepto de un pueblo unitario mucho más cuestionable, lo que no fue resuelto hasta la Guerra Civil y la introducción de las enmiendas de la Reconstrucción. A pesar de esta evolución histórica (y traumática), generalmente se acepta que desde el origen y hasta hoy la Constitución de los Estados Unidos se legitima sobre el consentimiento del pueblo americano³⁸.

En suma, el ordenamiento europeo cumple bastante bien con la noción de constitución desde el punto de vista del contenido, aunque su alcance sea necesariamente parcial. Desde el punto de vista funcional, responde a la función de limitación del poder público, pero no consigue dar sa-

³⁵ J.H.H. WEILER, "Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg", en K. NICOLAIDIS & R. HOWSE (eds.), *The federal vision*, OUP, Oxford, 2003, pp. 54, 56: "In many instances, constitutional doctrine presupposes the existence of that which it creates: the *demos* which is called upon to accept the constitution is constituted, legally, by the very constitution, and often that act of acceptance is along the first steps towards a thicker social and political notion of constitutional *demos*".

³⁶ Entre los pre-requisitos para la formación del *demos*, algunos indican la necesidad de una esfera pública para el debate transnacional sobre asuntos de interés común, y el desarrollo de lazos de solidaridad y compromisos cívicos y políticos entre los miembros de una sociedad civil europea. J. HABERMAS, "Comment on the paper by Dieter Grimm: Does Europe need a Constitution?", *European Law Journal*, núm. 1, 1995, pp. 305-307; D.M. CURTIN, *Postnational democracy. The European Union in search of a political philosophy*, Kluwer, The Hague, 1997, pp. 56-61.

³⁷ B. ACKERMAN, "The Rise of World Constitutionalism", *Virginia Law Review*, núm. 83, 1997, pp. 771-776.

³⁸ A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, OUP, Oxford, 2009, op. cit., pp. 47-48.

tisfacción a la función de legitimación como expresión del *demos*³⁹. Ello no quiere decir que la creación de este nuevo ordenamiento carezca de legitimidad, pero no puede reclamar ser expresión de la voluntad popular.

3. *Recapitulación: transformaciones constitucionales*

Como resultado de estas transformaciones, las normas fundacionales respectivas, tanto al nivel nacional como supranacional, no responden al concepto moderno de constitución, como norma establecida a través de un acto de voluntad popular que regula de manera suprema y omnicomprensiva el ejercicio del poder público sobre un territorio determinado⁴⁰. Si no podemos identificar ninguna norma, ni al nivel nacional ni al supranacional, que responda a estas características, quizás debamos entonces reconceptualizar la noción de constitución.

Por un lado, como se ha argumentado, la constitución nacional no alcanza a regular de manera omnicomprensiva y suprema el ejercicio del poder público sobre el territorio. Así, deberemos admitir su parcialidad. A su vez, la “constitución supranacional”⁴¹ es también parcial, en la medida en que sólo puede regular sobre los ámbitos transferidos. Para obtener una imagen completa de la estructura del poder público ejercido en el territorio del Estado, deberemos consultar tanto la constitución nacional como la supranacional. Entre estas normas no se establece una relación de jerarquía, sino de complementariedad⁴². Cada una de estas normas tiene supremacía en el marco del ordenamiento correspondiente, pero las respectivas normas supremas no se ordenan jerárquicamente.

Por otro lado, ni las transformaciones constitucionales se producen a través del procedimiento previsto para el ejercicio del poder de reforma

³⁹ En este sentido, resulta útil la distinción de M. POIARES MADURO, “How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union”, *Jean Monnet Working Paper 5/04*, p. 36, entre constitucionalismo como límite al poder y constitucionalismo como expresión del *demos*.

⁴⁰ BUSTOS GISBERT, *La Constitución red...*, op. cit., pp. 91-120, analiza con detalle las transformaciones que se proyectan sobre la constitución como norma reguladora de la actividad del Estado como totalidad, y sobre la teoría del poder constituyente, bajo el epígrafe “dos mitos constitucionales revisitados”.

⁴¹ Término utilizado para englobar el conjunto de normas que conforman el derecho originario europeo.

⁴² PERNICE, “Multilevel constitutionalism...”, op. cit., p. 706; BUSTOS GISBERT, *La Constitución red...*, op. cit., p. 175.

constitucional; ni el establecimiento y reforma de los Tratados puede atribuirse a la voluntad de un pueblo europeo que actúe como poder constituyente. Ahora bien, aunque esos cambios constitucionales no respondan a la teoría clásica de aprobación y reforma de la constitución, no significa que sean ilegítimos. A nivel nacional, a pesar de que las transformaciones consecuencia de la integración no puedan atribuirse directamente a la voluntad del poder constituyente, su legitimidad deriva de las cláusulas de integración, que efectivamente son producto del poder constituyente⁴³. A nivel supranacional, si la aspiración no es la creación de una Constitución europea que se superponga a las constituciones nacionales dando origen a un nuevo Estado, tampoco resulta imprescindible identificar un *demos* europeo que pueda actuar como poder constituyente para confirmar la legitimidad del ordenamiento creado⁴⁴. El avance de la integración, a través de la reforma de los Tratados, se legitima al requerir la participación tanto de instituciones europeas como estatales, y la voluntad conjunta de los Estados miembros. En todo caso, deberá preverse que el cambio constitucional garantice una participación suficiente de los miembros de la comunidad política, ya sea directa o indirectamente. En los Estados miembros, como se ha mencionado, se ha tendido a la progresiva ampliación de las mayorías necesarias para la ratificación de los Tratados europeos, que en ocasiones coinciden con las mayorías para la reforma constitucional. Además, varios Estados convocaron referéndum para su adhesión⁴⁵. El Tratado de Lisboa potencia la participación de instituciones europeas y estatales en el proceso de reforma⁴⁶. Se prevé la utilización del método de la Convención, que reúne a representantes de los Parlamentos nacionales, de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión⁴⁷. Éste fue el método seguido para la elaboración de la Carta y el fallido Tratado constitucional. El método de la Convención fue celebra-

⁴³ BUSTOS GISBERT, *La Constitución red...*, op. cit., p. 170.

⁴⁴ KUMM, "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State", en J.L. DUNOFF & J.P. TRACHTMAN, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, New York, 2009, p. 268.

⁴⁵ CARTABIA, "El Tratado Constitucional para la Unión europea...", op. cit., pp. 278-279, por ejemplo, Irlanda y Reino Unido en 1972, Finlandia y Austria en 1994, y los países de la ampliación de 2004.

⁴⁶ Artículo 48 TUE. Como novedad, se confiere al Parlamento europeo iniciativa para presentar al Consejo un proyecto de revisión de los Tratados (art. 48.2 y 6); también se establece la necesidad de notificar a los Parlamentos nacionales (art. 48.2).

⁴⁷ Artículo 48.3 TUE.

do en términos de deliberación, participación y transparencia⁴⁸, aunque también generó algunas reservas⁴⁹. En resumen, el cambio constitucional, tanto a nivel nacional como supranacional, no se corresponde con el ejercicio del poder constituyente. No es ilegítimo, en la medida en que se fundamenta en las “cláusulas de integración”, y requiere la participación de instituciones diversas, tanto nacionales como supranacionales. Ahora bien, ello no excluye que pueda mejorarse el grado de participación popular, lo que sería conveniente desde la perspectiva de la legitimidad⁵⁰.

III. PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Ante este nuevo escenario, en el que concepto mismo de constitución se cuestiona y se traslada más allá del Estado, se ha desarrollado una línea de investigación que propone un nuevo modelo para la estructuración del poder público: el pluralismo constitucional. La formulación inicial del modelo pluralista aplicado a la UE corresponde en gran medida a MACCORMICK⁵¹. El pluralismo constitucional se define como un conjunto de ordenamientos jurídicos que interactúan, cada uno con su propia constitución, pero sin que estén jerárquicamente ordenados⁵². Así, el pluralismo parte

⁴⁸ CARTABIA, “El Tratado Constitucional para la Unión europea...”, op. cit., p. 263.

⁴⁹ G. DE BURCA, “The drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights”, *European Law Review*, núm. 2, 2001, pp. 133-134.

⁵⁰ PÉREZ TREMPES, “Constitución española y Unión Europea”, op. cit., p. 120, sostiene que el artículo 93 CE “no basta para dar legitimidad constitucional interna a un proceso que, como se ha visto, ha sufrido grandes transformaciones, dotándolo de contenidos políticos de gran importancia”; CARTABIA, “El Tratado Constitucional para la Unión europea...”, op. cit., p. 283-285, se muestra muy crítica con las “cláusulas de integración” que sólo requieren ley ordinaria.

⁵¹ N. MACCORMICK, “The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now”, *European Law Journal*, núm. 1, 1995, pp. 264-265; N. MACCORMICK, “Risking Constitutional Collision in Europe”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 18, 1998, pp. 528-532; N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European commonwealth*, OUP, Oxford, 1999, pp. 117-121, después de defender un pluralismo radical, se decantó por un modelo pluralista bajo el derecho internacional, en el que los potenciales conflictos deben someterse a mecanismos de resolución en el marco del derecho internacional.

⁵² MACCORMICK, *Questioning Sovereignty...*, op. cit., p. 104: “Where there is a plurality of institutional normative orders, each with a functioning constitution (at least in the sense of a body of higher-order norms establishing and conditioning relevant governmental powers), it is possible that each acknowledge the legitimacy of every other within its own sphere, while none asserts or acknowledges constitutional superiority over

del presupuesto de que no existe una relación jerárquica entre las normas fundacionales de los sistemas jurídicos que interactúan en un mismo ámbito espacial. Éste no es un defecto a superar, sino una característica básica del modelo⁵³.

Podría reconocerse valor descriptivo al pluralismo, pero al mismo tiempo abogar por la recuperación de un orden jerárquico. Las dificultades para formular una alternativa clara al modelo de Estado soberano constitucional pueden llevar a intentar explicar y reconstruir esta nueva realidad a través de categorías conocidas. Ahora bien, el pluralismo constitucional no sólo proporciona una mejor explicación de la realidad, sino que se postula como nuevo modelo normativo⁵⁴. A continuación se examinarán las principales objeciones al pluralismo, y después sus virtudes como modelo para la estructuración del poder público.

1. Objeciones al pluralismo constitucional

Las principales objeciones al modelo pluralista podrían agruparse en dos categorías: el ideal de coherencia vinculado al principio de seguridad jurídica; y el principio democrático. En primer lugar, de acuerdo con la teoría del derecho de raíz kelseniana, en todo sistema jurídico existe una norma que es el fundamento de la validez de todas las normas que integran ese sistema, y cuya validez no deriva de ninguna otra norma superior (*Grundnorm*)⁵⁵. La existencia de una fuente última de validez garantiza la

another”, y p. 118. La línea iniciada por este autor será continuada por otros, como N. WALKER, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *The Modern Law Review*, núm. 65, 2002; M. POIARES MADURO, “Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action”, en N. WALKER, *Sovereignty in Transition*, Hast Publishing, Oregon, 2006; BUSTOS GISBERT, *La Constitución red...*, op. cit.; N. TORBISCO, “Beyond Unity and Coherence: the Challenge of Legal Pluralism in a Post-National World”, *Revista Jurídica UPR*, núm. 77, 2008; N. KRISCH, “The Case for Pluralism in Postnational Law”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers 12/2009*.

⁵³ D. HALBERSTAM, “Constitutional Heterarchy: The Centrality of conflict in the European Union and the United States” en J.L. DUNOFF & J.P. TRACHTMAN, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, New York, 2009, p. 328.

⁵⁴ POIARES MADURO, “Contrapunctual Law...”, op. cit., pp. 522-523; en contraposición J. BAQUERO CRUZ, “The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement”, *European Law Journal*, vol. 14, núm. 4, 2008, pp. 417-418.

⁵⁵ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, pp. 129-131, que distingue entre la “norma fundamental” y la constitución.

coherencia y unidad del sistema⁵⁶. Las normas se ordenan jerárquicamente, y en base a esa jerarquía se establecen las reglas para la resolución de los conflictos entre normas⁵⁷. Además, existe una autoridad última con el poder de decisión sobre estos conflictos. Este sistema garantiza la seguridad jurídica. Existe certeza sobre las normas que componen el ordenamiento jurídico y las reglas para la resolución de conflictos.

El modelo pluralista precisamente se caracteriza por la ausencia de una fuente última de validez de la cual se deriven todas las normas jurídicas obligatorias. Por definición, en un modelo pluralista coexisten diversos sistemas normativos y en cada uno de ellos existe una norma que reclama supremacía, pero sin que exista una relación de jerarquía entre ellas. En los ordenamientos estatales, la constitución es la norma de derecho positivo que proporciona el criterio de validez del resto de normas del ordenamiento. En el ordenamiento europeo, el derecho originario constituye el criterio de validez de las normas aprobadas por las instituciones europeas. De la misma manera que el derecho europeo no puede determinar la validez de las normas estatales, la validez de las normas europeas no depende del derecho estatal⁵⁸. En cada ordenamiento, existe además un tribunal con el poder último para la interpretación de la norma suprema. Por un lado, el tribunal constitucional (o supremo cuando éste no exista)⁵⁹, y por el otro el TJUE⁶⁰. En la medida en que estos sistemas se superponen, resulta difícil prever cuál es la norma aplicable en caso de conflicto, en perjuicio de la seguridad jurídica⁶¹. Al no existir una autoridad última de decisión aceptada por ambos sistemas, se teme el riesgo de caos normativo⁶².

En segundo lugar, de acuerdo con el *principio democrático*, la legitimidad del derecho se fundamenta en el consentimiento de los que están sujetos al mismo. En general, las constituciones garantizan la participación de los miembros de la comunidad política en el ejercicio del poder público a

⁵⁶ TORBISCO, “Beyond Unity and Coherence...”, op. cit., p. 539.

⁵⁷ En Estados políticamente descentralizados, la existencia de ordenamientos jurídicos de ámbito inferior al territorio del Estado requiere a su vez el desarrollo de principios adicionales, como el de competencia. Pero en todo caso existe una norma que es fuente última de validez.

⁵⁸ Tal como ha sostenido el TJUE, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70.

⁵⁹ La mayoría de los Estados miembros cuentan con Tribunales Constitucionales, ver V. FERRERES, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, New Haven, 2009, pp. 3-4.

⁶⁰ POIARES MADURO, “Contrapunctual Law...”, pp. 502-511, 520-521.

⁶¹ BAQUERO CRUZ, “The Legacy of the Maastricht-Urteil...”, op. cit., pp. 414-416.

⁶² TORBISCO, “Beyond Unity and Coherence...”, op. cit., p. 540, 550.

través de mecanismos de democracia representativa. Así, en sistemas parlamentarios de gobierno, la participación tiende a concretarse en la elección de los representantes en el órgano legislativo. De acuerdo con este modelo, los ciudadanos aparecen como los “autores colectivos” de las normas que los vinculan a través de la representación⁶³.

En un orden pluralista, no todo el poder ejercido dentro del Estado deriva estrictamente de fuentes nacionales⁶⁴. Se aplican en el territorio estatal normas producidas en esferas más allá del Estado, elaboradas por instituciones cuya actuación no se sujeta a la constitución. Así, la toma de decisiones se aleja del pueblo y de la estructura estatal que garantiza su participación⁶⁵. La exigencia de responsabilidad (*accountability*) a las instituciones supranacionales por parte de los miembros de la comunidad política se hace más difícil. En suma, como consecuencia de la cesión de poderes a una organización supranacional, resulta afectada la capacidad de los miembros de la comunidad política para participar en el ejercicio del poder público y controlarlo. Además, las normas elaboradas a nivel supranacional predeterminan las políticas internas. Al final, el pluralismo cuestiona la autonomía del Estado en la definición del ámbito y modalidades de representación y participación en el diseño de las políticas internas⁶⁶.

Ahora bien, podemos caer fácilmente en el error de comparar el modelo pluralista con una visión idealizada del modelo constitucional de base estatal⁶⁷ (que, por otro lado, también se cuestiona desde el interior)⁶⁸. Pero si situamos al Estado en el presente contexto globalizado, esos ideales ya no son realizables a nivel interno del mismo modo, o sólo de manera parcial. A la vez, tal y como están formulados, plantean problemas para su traslación a nivel supranacional⁶⁹.

En primer lugar, como consecuencia de la globalización, existe una mayor interdependencia en un número más grande de materias: desde la economía, al medio ambiente, la salud, la propiedad intelectual, la pro-

⁶³ *Ibidem*, p. 539.

⁶⁴ MACCORMICK, “Beyond the Sovereign State”, *Modern Law Review*, núm. 56, 1993, p. 16.

⁶⁵ KRSICH, “The Case for Pluralism in Postnational Law”, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁶ POIARES MADURO, “Contrapunctual Law...”, *op. cit.*, p. 520.

⁶⁷ KUMM, “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism”, *op. cit.*, p. 263; KRISCH, “The Case for Pluralism in Postnational Law”, *op. cit.*, pp. 40, 42, 44.

⁶⁸ TORBISCO, “Beyond Unity and Coherence...”, *op. cit.*

⁶⁹ KRISCH, “The Case for Pluralism in Postnational Law”, *op. cit.*, p. 44.

tección de consumidores, la inmigración o los derechos humanos⁷⁰. Los Estados ya no pueden regular individualmente de manera efectiva sobre sus territorios⁷¹. Por consiguiente, necesitan recurrir a la colaboración con otros Estados y como resultado proliferan las esferas de decisión más allá del Estado, en formas diversas, desde tratados internacionales, a organizaciones supranacionales, o redes intergubernamentales transnacionales⁷². Los procesos de decisión política se desarrollan en una pluralidad de foros a nivel inter-, supra- y trans-nacional. Algunas normas internas meramente reproducen o desarrollan normas o decisiones tomadas en esas esferas⁷³. En el caso de la UE, se transfieren poderes soberanos a una organización supranacional, cuyas instituciones tienen el poder de crear normas obligatorias sin necesidad de unanimidad de los Estados miembros en un número creciente de materias. El derecho europeo, además, reclama primacía y efecto directo sobre el derecho interno. Por lo tanto, junto al sistema de fuentes estatal proliferan otras fuentes, que no se subordinan fácilmente a la constitución.

Frente a esta situación, podría pensarse en la opción de intentar reconstruir un orden jerárquico con una norma última a nivel supranacional. No obstante, existen tanto razones pragmáticas como normativas para no adoptar una alternativa jerárquica que imponga la superioridad del derecho europeo sobre las constituciones nacionales⁷⁴. Por un lado, la posición de los tribunales constitucionales demuestra que no están dispuestos a renunciar a la supremacía de la constitución. Precisamente forzar a su abandono es lo que podría generar mayor inestabilidad y tensión⁷⁵. Por otro lado, desde una perspectiva normativa, como se argumentará, la falta de

⁷⁰ TORBISCO, "Beyond Unity and Coherence...", op. cit., pp. 532-535.

⁷¹ R. O. KEOHANE, "Sovereignty, Interdependence, and International Institutions", en L.B. MILLER & M. SMITH (eds.), *Ideas and Ideals: Essays on Politics in Honor of Stanley Hoffmann*, 1993, p. 92; A.M. SLAUGHTER, "Sovereignty and Power in a Networked World Order", *Stanford Journal of International Law*, núm. 40, 2004, p. 284.

⁷² A. TORRES PÉREZ, "The Internationalization of lawmaking processes: Constraining or empowering the executive?", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, núm. 14, 2006, pp. 3-5, 8-10; A. M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, New Jersey, 2004.

⁷³ J. DELBRÜCK, "Exercising Public Authority beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, núm. 29, 2003, pp. 35-36.

⁷⁴ POIARES MADURO, "Contrapunctual Law...", op. cit., p. 522.

⁷⁵ N. KRISCH, "The Open Architecture of European Human Rights Law", *The Modern Law Review*, núm. 71 (2008), pp. 215-216; KRISCH, "The Case for Pluralism in Postnational Law", op. cit., p. 41.

una autoridad última puede vincularse a los valores del constitucionalismo como garantía de la limitación del poder público⁷⁶.

En segundo lugar, para el modelo de democracia representativa, el problema reside en la globalización misma y en concreto en la internacionalización de los procesos de producción legislativa. Existe un número creciente de materias, antes reguladas por los parlamentos nacionales, que se deciden en esferas más allá del Estado. En esas esferas, el principal actor es el ejecutivo, en colaboración con otros ejecutivos. Al final, lo que se altera es el equilibrio en la participación de los poderes públicos en el diseño de las políticas públicas, más allá de que se definan como europeas o nacionales⁷⁷. Por lo tanto, la internacionalización de los procesos de producción normativa cada vez más refuerza el poder relativo del ejecutivo, en perjuicio del legislativo, lo que genera preocupación desde el punto de vista del modelo de democracia representativa⁷⁸.

Para superar el papel en declive del poder legislativo y democratizar la toma de decisiones a nivel supranacional, podría pensarse que la solución estaría en el establecimiento de un órgano parlamentario a ese nivel. En el contexto de la UE, ello significaría atribuir al Parlamento europeo la función legislativa plena, que ahora comparte con otras instituciones. Pese al fortalecimiento progresivo de sus poderes, que culmina con Lisboa, algunos cuestionan que ese deba ser el objetivo. Como indicábamos con anterioridad, aunque exista un órgano parlamentario elegido por sufragio universal, es controvertida la existencia de una comunidad política que comparta una identidad colectiva que pueda servir de base a un modelo de democracia representativa a nivel europeo⁷⁹. Aunque no se excluye el posible desarrollo de un *demos* europeo⁸⁰, algunos lo consideran poco factible⁸¹, pero sobre todo poco deseable si es entendido como reproduciendo el concepto de *demos* nacional, por su potencial para la exclusión y la agresión⁸². En su conocido debate, tanto HABERMAS como GRIMM

⁷⁶ POIARES MADURO, "Contrapunctual Law...", op. cit., p. 522.

⁷⁷ *Ibidem*, op. cit., p. 520; I. PERNICE, "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *European Law Review*, núm. 27, 2002, p. 523.

⁷⁸ P. CRAIG, "The Nature of the Community: Integration, Democracy, and Legitimacy", en P. CRAIG & G. DE BURCA (eds.), *The Evolution of EU law*, OUP, Oxford, 2003, p. 24.

⁷⁹ GRIMM, "Does Europe Need a Constitution?", op. cit., pp. 296-297.

⁸⁰ HABERMAS, "Remarks on Dieter Grimm's...", op. cit., pp. 305-307.

⁸¹ GRIMM, "Does Europe Need a Constitution?", op. cit., pp. 292-297.

⁸² M. KEATING, "Sovereignty and Plurinational Democracy: Problems in Political Science", en N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oregon, 2006, pp. 205-206; WEILER, *The Constitution of Europe*, op. cit., p. 341.

coincidían en que el funcionamiento de un sistema democrático requería de un espacio público europeo que permitiera un debate transnacional sobre temas de interés general, fundamentado en una sociedad civil formada por asociaciones de intereses, organizaciones no gubernamentales, movimientos sociales, y un sistema de partidos de ámbito europeo⁸³. Han pasado quince años desde entonces, y como máximo podría decirse que se ha avanzado lentamente en la construcción de ese espacio público europeo. Se señalan también otros obstáculos a la democracia supranacional, como las dificultades para una representación efectiva cuando los representantes están demasiado alejados de la ciudadanía, así como para la participación activa de la sociedad civil en los procesos de decisión. La baja participación en las elecciones al Parlamento europeo demuestra su incapacidad para movilizar a la ciudadanía⁸⁴. Estos argumentos no se oponen a la existencia de un órgano parlamentario que pueda contribuir a ser cauce para la participación popular a nivel supranacional, sino a pensar que un parlamento modelado sobre los parlamentos estatales sea la respuesta al “déficit democrático”.

2. En defensa del pluralismo constitucional

En este nuevo escenario, la línea divisoria entre lo nacional y lo internacional es cada vez más difusa. Como indicamos, el pluralismo constitucional no es un modelo sólo descriptivo de una fase de transición a superar, sino que se postula como modelo normativo para regular la estructura y ejercicio del poder público. ¿Qué argumentos existen en su favor? Algunos han indicado sus ventajas desde la perspectiva de la flexibilidad y una mejor y más rápida adaptación a los cambios en un mundo globalizado⁸⁵. También se ha enfatizado que es un marco que favorece la inclusión más allá del Estado nación y un mayor respeto a la diversidad⁸⁶. Además, el modelo pluralista se ha defendido desde el principio de la autonomía pública en un contexto postnacional⁸⁷. En este trabajo, se defiende que la mayor virtud del pluralismo proviene de la noción de equilibrio institucional (*checks and balances*), es decir de la posibilidad de diseñar un marco institucional en el

⁸³ HABERMAS, “Remarks on Dieter Grimm’s...”, op. cit., pp. 305-306; GRIMM, “Does Europe Need a Constitution?”, op. cit., pp. 293-297.

⁸⁴ CRAIG, “The Nature of the Community...”, op. cit., pp. 23-24.

⁸⁵ KRISCH, “The Case for Pluralism in Postnational Law”, op. cit., p. 19-21.

⁸⁶ TORBISCO, “Beyond Unity and Coherence...”, op. cit. p. 550.

⁸⁷ KRISCH, “The Case for Pluralism in Postnational Law”, op. cit., p. 28-40.

que las diversas instituciones que participan en la creación y aplicación del derecho colaboren y se limiten mutuamente, sin que exista ninguna que pueda reclamar la autoridad última.

El constitucionalismo surgido de las revoluciones liberales de finales del s. XVIII proporcionó una teoría sobre la que establecer límites al poder del Estado hacia el interior del mismo. De acuerdo con el constitucionalismo moderno, el poder público se limitaría a través de su fragmentación entre diferentes órganos, y la protección de un conjunto de derechos fundamentales. Además, las revoluciones liberales proclamaron el principio de soberanía popular, como la fuente última de legitimidad del poder público⁸⁸. Ahora bien, el constitucionalismo moderno no se ocupó de la limitación del poder exterior del Estado, en su relación con otros Estados⁸⁹. La regulación del poder exterior era el ámbito propio del derecho internacional. La segunda Guerra Mundial puso de manifiesto de la manera más dramática la necesidad de prevenir los potenciales excesos de Estados soberanos, incluso democráticos⁹⁰.

Como es bien sabido, el proyecto de integración europea se planteó como un proyecto de integración económica, pero su finalidad última era la garantía de la paz y la estabilidad en Europa⁹¹. La consecución de este fin pasaba por la limitación de la soberanía nacional⁹². A través del proceso de integración europea, funciones estatales se han transferido al nivel supranacional y se ha fragmentado el poder del Estado.

Ahora bien, estas transformaciones no implican que los Estados desaparezcan y sean sustituidos por instituciones supranacionales. Todo este pro-

⁸⁸ B. DE WITTE, *Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition*, en A.M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET & J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, 1998, pp. 279-280.

⁸⁹ J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, pp. 151-153, distingue el poder ejecutivo del federativo, este último referido al poder exterior del Estado, y reconoce la ausencia de límites al mismo: “aunque la buena o mala administración de este poder federativo es de gran importancia para el Estado, es mucho menos susceptible de regirse por previas y vigentes leyes positivas, que el poder ejecutivo; y por eso ha de dejarse a la prudencia y sabiduría de aquéllos que tienen en sus manos la misión de administrarlo para el bien público”.

⁹⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Locke y la Constitución europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 13, 2005, pp. 5-8.

⁹¹ E.B. HAAS, *Beyond the Nation-States. Functionalism and International Organization*, Stanford University Press, 1964, p. 452.

⁹² Manfred Zuleeg, “A Community of Law: Legal Cohesion in the European Union”, *Fordham International Law Journal*, núm. 40, 1997, p. 623; WEILER, *The Constitution of Europe*, op. cit., p. 341.

ceso está dirigido por los propios Estados, y en concreto por los ejecutivos. Así, el proceso de descentralización ascendente del poder hacia la UE, ha ido acompañado de un proceso de re-centralización del poder en el ejecutivo, en detrimento del legislativo⁹³. Es el ejecutivo el que negocia los Tratados, el que participa en el Consejo, y el que después implementa en gran medida el derecho comunitario⁹⁴. Como se ha argumentado anteriormente, el “desequilibrio” que se opera como consecuencia del reforzamiento de los ejecutivos es preocupante desde el punto de vista democrático. Si bien es cierto que el ejecutivo siempre ha dispuesto del poder exterior, en este contexto el poder ejercido más allá del Estado también se transforma y ya no es sólo el de hacer la guerra y la paz, sino que cada vez abarca a más materias que antes se regulaban desde el interior del Estado, y que por lo tanto estaban sujetas a los límites constitucionales.

En este contexto, precisamente el establecimiento de un nuevo marco institucional más allá del Estado permite promover la participación de órganos diversos en los procesos de decisión pública, que necesitan colaborar en la toma de decisiones colectivas, y que se limitan mutuamente. La crítica al déficit democrático surge cuando se compara la UE con un modelo ideal de democracia representativa⁹⁵. Pero el término de comparación de los procesos de decisión en la UE no puede ser una visión idealizada del Estado-nación democrático, sino el de un escenario dominado por los ejecutivos, con pocos límites o control a su acción exterior, que tratan de responder a la globalización a través de un conjunto heterogéneo *ad hoc* de acuerdos internacionales⁹⁶. La globalización es imparable, y la necesidad de acción más allá del Estado no va a desaparecer. La creación de una estructura institucional a nivel supranacional desde la perspectiva del equilibrio de poderes permite establecer la participación de instituciones diversas en representación de intereses diversos. Además, pueden promoverse mecanismos de transparencia y control, tanto a nivel nacional como supranacional. También pueden preverse cauces de participación popular. Aunque tienda a pensarse que el nivel estatal responde mejor a la participación democrática, en un contexto donde las decisiones que se toman en

⁹³ TORRES PÉREZ, “The internationalization of lawmaking processes...”, *op. cit.*, p. 6-7; A.M. SLAUGHTER, “The Real New World Order”, *Foreign Affairs*, núm. 76, 1997, p. 184.

⁹⁴ TORRES PÉREZ, “The Internationalization of lawmaking processes...”, *op. cit.*, p. 7-16.

⁹⁵ A. MORAVCSIK, “In Defence of the ‘Democratic Deficit’: Reassessing Legitimacy in the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, núm. 40, 2002, p. 621.

⁹⁶ CRAIG, “The Nature of the Community...”, *op. cit.*, p. 26-27.

un Estado pueden tener efectos sobre los miembros de otros y donde crece la interdependencia, el ideal de autogobierno ya no puede realizarse sólo a nivel nacional. La creación de órganos de participación más allá del Estado tiene la ventaja de poder ser más inclusivos⁹⁷.

En este sentido, y con todos sus defectos, los procesos de creación legislativa en la UE se fundamentan en la doble legitimidad de los Estados, representados en el Consejo, y los ciudadanos, representados en el Parlamento europeo. La Comisión contribuye al equilibrio institucional en representación del interés comunitario. Además, existe un órgano judicial con la función de garantizar que las instituciones comunitarias no excedan sus poderes. Por otro lado, la implementación del derecho comunitario requiere de la colaboración de las instituciones nacionales. Por consiguiente, en el marco institucional de la UE existen importantes mecanismos de distribución del poder y control, tanto horizontal como vertical. Esto no quiere decir que el diseño institucional actual sea plenamente satisfactorio. Pero ofrece la oportunidad de pensar sobre qué instituciones deberían participar y en representación de qué intereses⁹⁸. De hecho, el poder relativo de las diversas instituciones ha ido variando a lo largo del tiempo. El Tratado de Lisboa ha contribuido tanto a reforzar al Parlamento europeo como también a los parlamentos nacionales, aunque la eficacia de algunos de los nuevos mecanismos pueda ponerse en duda⁹⁹.

En todo caso, el establecimiento de un entramado institucional supranacional no significa ni la desaparición de los Estados, ni la creación de un Estado a nivel supranacional al que se reconozca autoridad última. Los Estados, de alguna manera, siguen teniendo una posición de centralidad, pero sus instituciones deben interactuar y en alguna medida se funden con las instituciones supranacionales. En el contexto actual, deberíamos dejar de preguntarnos quién ostenta la autoridad última y acoger el pluralismo constitucional como una oportunidad de establecer *checks and balances* entre las diversas instituciones que intervienen en el ejercicio del poder público. El constitucionalismo estatal puede contrarrestar la concentración

⁹⁷ HALBERSTAM, "Constitutional Heterarchy...", op. cit., p. 341; HELD, "Democracy and the New International Order", en D. ARCHIBUGI & D. HELD (eds.), *Cosmopolitan Democracy*, Polity Press, Cambridge, 1995, pp. 99-103.

⁹⁸ PERNICE, "Multilevel constitutionalism in the European Union", op. cit., p. 523, incluía un conjunto de propuestas en este sentido.

⁹⁹ Como el mecanismo de "alerta temprana" para el control del principio de subsidiariedad por parte de los parlamentos nacionales, establecido por el El Protocolo n° 2: *Sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*.

de poder al nivel supranacional, a la vez que el orden supranacional puede tener un papel correctivo sobre los excesos del poder estatal¹⁰⁰.

Al final, es necesario abandonar una concepción monolítica del Estado, y concebir el nuevo orden como un conjunto de instituciones que interactúan y se limitan mutuamente, sin que ninguna pueda reclamar la autoridad última. El pluralismo constitucional participa de los beneficios de “problematizar la representación”¹⁰¹. En el marco de la UE, no existe un único órgano que pueda reclamar ser el titular de la soberanía, lo que exige colaboración entre ellos en la toma de decisiones públicas¹⁰². El desarrollo de este modelo requiere explorar los mecanismos de cooperación para que la interacción de las diversas instituciones refleje a su vez valores constitucionales.

En el modelo pluralista existe un potencial para el conflicto como consecuencia de la superposición de normas nacionales y supranacionales. Por ejemplo, los derechos constitucionales y los derechos de la UE se solapan en su ámbito de aplicación (cuando las autoridades estatales actúan en el ámbito del derecho comunitario¹⁰³). Algunos han propuesto la creación de un tercer órgano para la resolución de conflictos constitucionales, bajo el parámetro del derecho internacional¹⁰⁴ o un órgano propio de la UE¹⁰⁵. Ahora bien, como hemos argumentado en otro lugar, no parece que el derecho internacional general pueda contribuir a la solución de este tipo de conflictos, ni que otro órgano superpuesto al TJUE pudiera superar las dificultades a las que éste se enfrenta¹⁰⁶.

La solución no debería venir del establecimiento de una autoridad última, sino de formas de cooperación que permitan valorar las diversas re-

¹⁰⁰ POIARES MADURO, “Contrapunctual Law...”, op. cit., p. 523.

¹⁰¹ B. ACKERMAN, *We the People. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 260-261.

¹⁰² M.J. SANDEL, *Democracy’s Discontent*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, p. 345, sostiene que la esperanza de autogobierno no reside en la re-localización de la soberanía, sino en dispersarla.

¹⁰³ TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, op. cit., pp. 13-26.

¹⁰⁴ MACCORMICK, *Questioning Sovereignty...*, op. cit., p. 117-121; C. SCHMID, “From Pont d’Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts between the European Union and the Member States through Principles of Public International Law”, *European University Institute Working Paper No. 98/7*.

¹⁰⁵ WEILER, *The Constitution of Europe*, op. cit., pp. 322-323. 353-354. Su propuesta, modelada sobre el Consejo Constitucional francés, se limita a un control *ex ante* para la resolución de conflictos sobre competencias.

¹⁰⁶ TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, op. cit., p. 64-66.

clamaciones referidas a la interpretación de los derechos fundamentales. En este contexto, se ha desarrollado la literatura sobre el diálogo judicial como modelo de interacción¹⁰⁷. No nos vamos a detener en su análisis, por razones de espacio, pero en todo caso el diálogo requiere adoptar una perspectiva dinámica. El diálogo judicial no resuelve los conflictos de una vez por todas, sino que se desarrolla de manera fragmentaria, en tanto que el intercambio de argumentos se realiza caso por caso. El resultado interpretativo no permanece fijo, sino que siempre existe la oportunidad de redefinir la interpretación previa a la luz de nuevos argumentos. La debilidad de este modelo estaría en la persistencia de cierto grado de indeterminación, pero no es necesariamente disfuncional. Precisamente el potencial para el conflicto incentiva el diálogo, lo que promueve el intercambio de argumentos y ofrece la oportunidad de alcanzar resultados interpretativos más adecuados a la comunidad en su conjunto¹⁰⁸. El diálogo fuerza a los participantes a formular sus pretensiones apelando a valores compartidos¹⁰⁹. No se está afirmando que la UE cumpla a la perfección con este modelo, pero existen elementos que favorecen el desarrollo del mismo y existen ejemplos en el ámbito de los derechos fundamentales¹¹⁰. Aunque un marco pluralista constitucional puede parecer demasiado precario para ser estable, lo nacional y lo supranacional están tan íntimamente ligados que la interdependencia de objetivos, funciones e instituciones garantiza la

¹⁰⁷ F. FONTANELLI, G. MARTINICO & P. CARROZZA, *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2010; TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, op. cit.; M. CARTABIA, “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009.

¹⁰⁸ TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union...*, op. cit., p. 111.

¹⁰⁹ J. ELSTER, “Strategic Uses of Argument”, en K. ARROW (ed.), *Barriers to Conflict Resolution*, 1995, pp. 72; J. ELSTER, “Deliberation and Constitution Making”, en J. ELSTER (ed.), *Deliberative Democracy*, 1998, p. 104.

¹¹⁰ Por ejemplo, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70 y la famosa *Solange I* tienen su origen en cuestiones elevadas sucesivamente por el mismo tribunal ordinario al TJUE y al Tribunal Constitucional federal alemán. También puede citarse el conjunto de casos sobre la compatibilidad de medidas de acción afirmativa con el principio de igualdad: *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93; *Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95; *Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, C-158/97; *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist*, C-407/98; o la denominada saga-bananas, sobre la interpretación del derecho de propiedad y libertad de empresa: *Federal Republic of Germany v. Council of the European Communities*, C-280/93; *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH and others v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, C-465/93; *T. Port GmbH & Co. KG v. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, C-68/95; y las decisiones del Tribunal Constitucional federal alemán de 25 de enero de 1995, y de 7 de junio de 2000.

continuidad de esta comunidad. En suma, la falta de autoridad última, por un lado, y la interdependencia, por el otro, proporcionan incentivos para el diálogo en un proceso constante de acomodación mutua.

Para terminar, la posición del Tribunal Constitucional español al responder a la cuestión sobre la articulación de la Constitución y la Carta de derechos de la UE en la DTC 1/2004 podría encajar en este modelo¹¹¹. El TC entiende que este tipo de conflictos no pueden someterse a una regla general, y que por lo tanto la solución deberá buscarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Además, parece reclamar su propia intervención a través de los procedimientos constitucionales previstos, con una invocación final al diálogo judicial. Ahora bien, esta posición no se ha visto reflejada en su actividad posterior y la invocación al diálogo resulta, como mínimo, sorprendente. El TC se ha resistido a plantear la cuestión prejudicial¹¹², y recientemente ha dejado escapar la magnífica oportunidad que le ofrecía la STC 199/2009, tal como reclamaba el magistrado Pablo Pérez Tremps en su voto particular¹¹³.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como consecuencia de la transferencia de poderes a una organización supranacional, el alcance y el contenido de la constitución se ven afectados. Las cláusulas constitucionales deben leerse a la luz de la integración, y las constituciones devienen parciales. A su vez, la UE se “constitucionaliza” y adopta una estructura política sin precedentes. No es un Estado basado en un *demos* europeo, ni una mera constelación de Estados soberanos; de modo que no encaja en marcos conceptuales tradicionales para la organi-

¹¹¹ DTC 1/2004, FJ 6: “Los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto [...S]u solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española”.

¹¹² Argumentando que no es su función la aplicación del derecho comunitario, ver STC 28/1991, FJ 7.

¹¹³ También en su voto particular, el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata sugería que debería haberse elevado la cuestión prejudicial, aunque al final consideraba que la modificación de la Decisión Marco en 2009 lo hacía innecesario.

zación del poder público. Así, nos encontramos ante un escenario en el que la línea divisoria entre lo nacional y lo internacional se difumina y en el que instituciones de origen diverso colaboran en la creación y aplicación del derecho. El discurso basado en la supremacía, nacional o supranacional, sigue resonando tanto en sede política como judicial. No obstante, un modelo jerárquico no responde a la realidad europea, ni ofrece el mejor marco para estructurar las relaciones entre lo nacional y lo supranacional.

El modelo pluralista ofrece una explicación más adecuada a la realidad y también puede contribuir a la legitimidad de la estructura del poder público, desde la perspectiva del equilibrio institucional (*checks and balances*). Este planteamiento no significa aceptar el *status quo* como satisfactorio. Se trata de un modelo que todavía está en desarrollo, sobre todo en lo que se refiere a sus implicaciones para el diseño institucional y la resolución de conflictos.

Llegados a este punto, podemos plantearnos si el pluralismo constitucional es privativo de la UE. Sin duda es el ámbito en el que el pluralismo ha tenido mayor desarrollo, pero ¿sería extensible a otros sistemas de derecho más allá del Estado? Los modelos pluralistas desarrollados por algunos autores tienen pretensión de aplicación general¹¹⁴. Seguramente podrían incluirse en el marco pluralista a los sistemas internacionales de protección de derechos que cuentan con tribunales de jurisdicción obligatoria. El Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido analizado desde la óptica pluralista al desafiar una ordenación jerárquica rígida¹¹⁵. También la Organización de las Naciones Unidas y la Organización Mundial del Comercio han sido objeto de estudio desde la perspectiva de la “constitucionalización”¹¹⁶. En cualquier caso, la proliferación de fuentes de derecho más allá del Estado requiere el desarrollo de nuevas formas para la estructura del poder público. El pluralismo ofrece un mejor marco conceptual para el análisis de los problemas planteados y para la formulación de propuestas que seguir reclamando la autoridad última del Estado o su reconstrucción a nivel supranacional.

¹¹⁴ KRISCH, “The case for Constitutional Pluralism in Postnational Law”, op. cit.

¹¹⁵ KRISCH, “The Open Architecture of European Human Rights Law”, op. cit.; BUS-TOS, *La constitución red...*, op. cit., pp. 152-159.

¹¹⁶ Véase la obra colectiva coordinada por L. DUNOFF & J. P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, New York, 2009.

El diálogo entre tribunales¹

GIUSEPPE DE VERGOTTINI²

SUMARIO: I. Introducción. I. La confusión entre la existencia de un espacio cultural común y el diálogo entre tribunales. II. La interacción entre jurisdicciones en un ordenamiento internacional regional. III. La influencia entre jurisdicciones estatales. IV. La negativa y la imposibilidad más o menos radical de diálogo. V. La comparación como componente del supuesto diálogo. VI. La confusión entre argumentos comparativos y juicios comparativos.

Palabras clave

Diálogo. Tribunales. Derecho. Jurisprudencia

Resumen

El trabajo aborda el denominado dialogo entre tribunales reflexionándose sobre si la utilización de ese término, diálogo, es o no el más apropiado para referirse a la amplia variedad de cuestiones que la doctrina cobija en su seno. Se analiza igualmente la existencia de una amplia diversidad de perspectivas del diálogo en función de si se produce en el seno de las relaciones entre tribunales de un ordenamiento internacional regional y los tribunales estatales en ella insertos o bien entre tribunales estatales.

El diálogo entre tribunales se ha convertido, sin duda, en un lugar común en los últimos tiempos. Son escasos los trabajos en los que, abordando la jurisprudencia de tribunales internacionales y/o nacionales, no aparez-

¹ Traducción de F. Reviriego Picón (Profesor Titular de Derecho Constitucional. UNED).

Lección magistral pronunciada el 27 de abril de 2010 en la Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, de Nápoles.

N. del T.: Un estudio más profundo del autor, sobre la base de este esquema, puede verse en *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione* (Il Mulino, 2010, 224 pp.).

En castellano ha sido editado bajo el título *Más allá del diálogo. Comparación y relación entre jurisdicciones* (Civitas, 2011, 333 pp.) con prólogo de Javier García Roca y traducción de Pedro Tenorio Sánchez.

² Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Bolonia.

can apuntes, más o menos documentados, que incidan en la existencia de un supuesto diálogo entre los órganos jurisdiccionales. Pero en qué consiste tal diálogo es algo que no queda siempre claramente reflejado.

Fundamentalmente suele hablarse de dialogo cuando en el curso de una resolución podemos encontrar una reseña proveniente de un ordenamiento diferente; externo por tanto de aquel en el que la resolución despliega su eficacia. De tal dato se pretende obtener la confirmación de la existencia de un diálogo de jurisdicciones. Ahora bien, aun sobre la base de esa primera constatación —circulación de flujos de información sobre los pronunciamientos de los diferentes ordenes judiciales—, lo cierto es que resultaría preciso reflexionar sobre si la noción más apropiada para calificar este fenómeno es la de diálogo.

En nuestras consideraciones trataremos de abordar así si el supuesto diálogo existe o no como un fenómeno generalizado y cotejaremos las profundas diferencias entre una interacción o influencia entre jurisprudencias, lo que constituiría el diálogo en sentido propio, y una mera, aunque no por ello irrelevante, influencia de una jurisprudencia sobre otra; sin dejar de lado, por supuesto, que existen también ejemplos de rechazo de tal diálogo. También, por último, reflexionaremos sobre otro de los lugares comunes de nuestra literatura jurídica; el del recurso a la comparación por parte de los tribunales.

I. LA CONFUSIÓN ENTRE LA EXISTENCIA DE UN ESPACIO CULTURAL COMÚN Y EL DIÁLOGO ENTRE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Parece una idea consolidada que viene produciéndose un intenso intercambio entre los diversos tribunales estatales y, de forma más específica, entre los tribunales estatales y los tribunales internacionales. Esto implicaría de forma inevitable la utilización del Derecho extranjero por parte de los jueces estatales y el recurso a la comparación por parte de todos aquellos. Indudablemente, en los últimos tiempos nos movemos en el marco de un espacio cultural común que conduce a la homologación de la jurisprudencia constitucional e internacional; todo ello se ha visto ayudado, en nuestro entorno más cercano, por la superación de barreras ideológicas en el curso del acercamiento de los países del Este de Europa a los Estados de consolidada democracia liberal. Si bien esto es cierto en la realidad europea y en la de los países que históricamente han estado cercanos a ella, la situación es mucho más compleja si nos salimos de ese circuito eurocéntri-

co. En estos casos, resulta fácil observar la fragmentación de espacios y la inexistencia de los presupuestos del diálogo.

La protección y tutela de los derechos fundamentales es el campo en el que resulta preciso hacer una salvedad. Desde un punto de vista formal parecen subsistir aquí los presupuestos de uniformidad que pueden asegurar el diálogo. Ningún Estado, por muy alejado que pueda encontrarse de la concepción de la persona y de sus derechos, típica del Estado constitucional liberal democrático, podría negar tal influencia. Cada Estado queda obligado a la observancia de la Declaración Universal de Derechos o a las diferentes cartas vigentes a nivel regional en los diversos continentes. No obstante esta uniformidad de protección entre las constituciones y los tratados de derechos se revela aparente cuando pasamos de la declaración formal a la aplicación práctica de los principios. Al tratar de verificar la eficacia de la protección se nos ponen de relieve numerosos puntos de fricción. Resulta obvio cotejar que la hipótesis del diálogo no adopta una perspectiva universal sino que por la propia fuerza de las cosas queda circunscrita a los ordenamientos de inspiración liberal. En realidad es fácil observar que todas las veces que la literatura jurídica habla de diálogo cita ejemplos que provienen de tribunales pertenecientes a países que se inspiran en principios liberales y de organizaciones internacionales regionales de las que forman parte esos mismos países.

II. LA INTERACCIÓN ENTRE JURISPRUDENCIAS EN UN ORDENAMIENTO INTERNACIONAL REGIONAL

Podemos hablar de la existencia de una amplia diversidad de perspectivas del diálogo en función de si éste se produce en el seno de las relaciones entre tribunales de un ordenamiento internacional regional y los tribunales estatales en ella insertos o bien se produce exclusivamente entre tribunales estatales. La superposición de normativas sobre derechos y sus medios de protección conduce a la multidimensionalidad de su tutela. Teóricamente un mismo sujeto puede gozar de diversos marcos de protección normativa traducibles en diferentes niveles de tutela. Mas en la práctica se revela necesario coordinar la forma de activar tales instrumentos y la conexión entre diferentes jurisdicciones.

En un ordenamiento internacional regional resulta inevitable la búsqueda de un equilibrio entre las competencias de intervención atribuidas a los órganos de la entidad interestatal de nueva creación y los órganos de los propios Estados que la componen. Un tribunal supranacional debe te-

ner en cuenta a la hora de adoptar sus pronunciamientos las atribuciones residuales de los órganos estatales, mientras que, por su parte, los tribunales de los Estados miembros deben hacer lo propio a la vista de lo atribuido a los órganos de la entidad internacional. Se establecen de esta manera, de forma inevitable, acuerdos entre los dos órdenes judiciales. Y se produce así una verdadera interacción entre tribunales. La experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, más también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos lo confirma.

Tratados, jurisprudencia y praxis ponen de manifiesto los instrumentos a través de los que la interacción se revela a fin de asegurar un satisfactorio nivel de compatibilidad entre los dos órdenes. Sobre todo, se conforma como norma general que los Estados y las respectivas jurisdicciones deban respetar lo convenido en los tratados; asimismo, la propia jurisprudencia de los tribunales internacionales. Esta suerte de vínculo de ajuste sucesivo es requerido por la jurisprudencia de los tribunales internacionales y asegurado por la estatal, imponiéndose, en los casos que resultare necesario, modificaciones legislativas, mas no sólo ello, también constitucionales, en orden a tal adecuación para garantizar los derechos humanos.

Cabe de esta forma la posibilidad de que el tribunal internacional llegue a solicitar al legislador estatal que adopte las medidas necesarias, compatibles con los tratados, para hacer desaparecer los motivos de fricción entre la jurisdicción nacional y aquella.

Así, por ejemplo, dentro de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podemos citar la Sentencia de 22 de febrero de 2005, caso *Hutten-Czapska v. Polonia*, en materia de cánones de habitabilidad, donde el Tribunal solicitó al Estado polaco la aprobación de aquellas disposiciones normativas que permitieran en última instancia que no se produjera la vulneración de derechos individuales. También cabe apuntar las Sentencias de 28 de septiembre de 2000, caso *Messina v. Italia*, o de 10 de noviembre de 2004, caso *Sejdovic v. Italia*, sobre las comunicaciones de los reclusos y el juicio en rebeldía respectivamente.

Con relación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden citarse de igual forma diferentes resoluciones relativas, por ejemplo, a la imposición de la modificación de la legislación sobre la pena capital con el objeto de restringirla únicamente a los delitos más graves tal como dispone la Convención, como asesinatos (Sentencias de 21 de junio de 2002, caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, y 20 de noviembre de 2007, caso *Boyce y otros v. Barbados*), desapariciones forzadas (Sentencia de 22 de noviembre de 2007, caso *Gómez-Palomino v. Perú*),

interdicción de la tortura (Sentencia de 11 de marzo de 2005, caso Caesar v. Trinidad y Tobago).

La modificación solicitada puede ser de índole legislativa por tanto, pero no sólo ello, ya que cabe requerirse en algunas hipótesis, incluso, la necesidad de una reforma constitucional (Sentencias de 30 de mayo de 1999, caso Castillo Petruzzi v. Perú y de 5 de febrero de 2005, caso La última tentación de Cristo. Olmedo Bustos y otros v. Chile).

Son los tribunales estatales los que deben proporcionar una interpretación de su Derecho conforme a los tratados, esto es efectuar un control de convencionalidad que permita garantizar la conformidad de la normativa interna a los vínculos asumidos en los tratados. Por ejemplo, en Francia son los tribunales ordinarios y especiales quienes ejercen de forma difusa el control inaplicando aquellas leyes incompatibles con las convenciones suscritas conforme al artículo 55 de su texto constitucional que reconoce la suprallegalidad de los tratados. Y en lo que respecta a los tratados en materia de derechos humanos surge la obligación de los jueces de aplicar la Convención también por medio de la intervención del juez de constitucionalidad.

El Consejo Constitucional, aun dejando a los jueces ordinarios el control de convencionalidad, reconoció en una muy relevante decisión que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encuentra incardinada en el seno de la tradición constitucional francesa (Decisión 2004-505 DC).

En otros supuestos, como puede ser el italiano, cabe resaltar que el control venía siendo ejercitado de forma difusa por las diferentes instancias judiciales hasta que el Tribunal Constitucional se hizo garante directamente incorporando un control centralizado (Sentencias 348 y 349/2007).

En ocasiones se prevé de forma expresa un reenvío judicial por parte del tribunal estatal al internacional con el objeto de asegurar la aplicación correcta de las disposiciones del Convenio.

Sin duda el supuesto más conocido es el contemplado en el seno de la Unión Europea con la denominada cuestión prejudicial que se convierte en un destacado instrumento de colaboración entre las instancias judiciales de los diferentes países de la Unión y el Tribunal de Justicia.

Aunque no debemos olvidar otros como el recogido en el Protocolo de Tegucigalpa de 1991 para la Corte Centroamericana de Justicia o el Protocolo de Cochabamba de 1996 para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Tiene interés destacar que estos reenvíos han sido objeto de

profusa utilización por parte de los tribunales de los países miembros de la Comunidad Andina en casos de propiedad intelectual.

La relación entre los dos órdenes de jueces se basan en general en un criterio de colaboración que pone de manifiesto una deferencia de carácter recíproco. Se intenta salvaguardar los propios principios fundamentales de referencia, así el Convenio y la Constitución, como muestra el supuesto del recurso a los denominados contralímites, progresivamente absorbido por su reflejo en los Tratados más recientes, en el caso de las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales estatales.

Mas también en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos podemos encontrar provechosos ejemplos de colaboración como pone de manifiesto el reconocimiento por parte del Tribunal de Estrasburgo de la doctrina del margen de apreciación nacional, como subraya la recíproca adecuación entre la jurisprudencia de éste y la del Tribunal Constitucional italiano respecto de la admisión de la intervención de terceros en el procedimiento por conflicto de competencias en materia de inmunidad parlamentaria (caso Córdoba y De Iorio) o la del Tribunal Constitucional polaco, *supra* citada, con relación a los cánones de habitabilidad (caso Hutten Czapska).

Resulta igualmente significativa la relación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos con los tribunales estatales. Encontramos así un amplio número de supuestos de adaptación de las jurisprudencias de los diferentes Estados a lo previsto en la jurisprudencia de aquella —comprendiendo incluso modificaciones de los textos constitucionales a consecuencia de lo decidido en sede convencional (caso Olmeda Bustos) eliminándose con efecto inmediato y erga omnes leyes de amnistía adoptadas en algunos ordenamientos al término de regímenes autoritarios.

III. LA INFLUENCIA ENTRE JURISPRUDENCIAS ESTATALES

Si en las relaciones entre los tribunales convencionales y los estatales resulta posible extraer la vigencia de un principio fundamental de colaboración que implica una constante interacción que permitiría hablar apropiadamente de diálogo, no puede afirmarse lo mismo por el contrario en el caso de las relaciones entre tribunales estatales de nivel parejo. Aquí sólo puede constatar la presencia de una influencia de la jurisprudencia de tribunales dotados de particular prestigio.

Una situación que evidentemente no ha surgido en los últimos tiempos, como consecuencia de la formación de un nuevo clima cultural tras la superación de encasillamientos ideológicos. En realidad existe desde mucho tiempo atrás por la inevitable y natural atracción que tienen determinados sistemas jurídicos, que tienen la fuerza de manifestarse como modelos mercedores no sólo de atención sino también de imitación. En estos casos estaríamos ante una influencia meramente unidireccional no apareciendo en modo alguno la interacción que es, en suma, la esencia del diálogo.

Entre el amplio abanico de supuestos disponibles podemos citar algunas destacadas resoluciones de la Corte Suprema de Justicia argentina en las que, ya desde las últimas décadas del siglo XIX, encontramos un recurso sistemático a la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano.

Citemos así, por ejemplo, una solicitud de hábeas corpus contra una orden de encarcelamiento dictada por la Cámara de Diputados, en donde puede observarse que la fundamentación de la Corte argentina se remite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, y de forma más específica a la emblemática *Marbury v. Madison* (Sentencia de 22 de septiembre de 1887, caso Eduardo Sojo c. Cámara de Diputados de la Nación); o cuestiones atinentes a la no enjuiciabilidad de los actos políticos donde nuevamente se apuntan pronunciamientos previos de dicho Tribunal (Sentencia de 7 de septiembre de 1893, caso Joaquín M. Cullen c. Boldomero Llerena).

Mediante el recurso a precedentes judiciales de otro país la justicia argentina aclaró así, en épocas relativamente lejanas, dos cuestiones fundamentales de su ordenamiento constitucional que, por la ausencia de previsión constitucional en esos puntos, no hubiera podido solventar o colmar de otra forma.

En el caso de que estos episodios apuntados hubiesen acontecido en los últimos años probablemente habrían terminado siendo reconducidos al ámbito del diálogo entre tribunales; el hecho de que estos episodios escaparan en el pasado a las reflexiones doctrinales no los deviene de menor interés para el observador actual.

Analizado en sus justos términos puede constatar, por tanto, que desde tiempo atrás no era en absoluto desconocido un fenómeno que, sin entrar en mayores profundidades, podrían considerarse influencias de la jurisprudencia de un tribunal estatal en otro. Pero influencia es distinto de interacción. Aquella es unidireccional; ésta implicaría una plausible reciprocidad.

De aquí una observación que nos parece obvia: sólo en los casos de interacción parece sensato recurrir al concepto de diálogo. Mas éste, en realidad, cubre únicamente una parte, aunque de gran relevancia, de las experiencias que podemos verificar. No parece a primera vista justificado el recurso al mismo para todos los supuestos en que se haga referencia a jurisprudencia de otros tribunales.

De esta forma, si bien es cierto que el desarrollo de las relaciones transnacionales ha supuesto un incremento notable de la difusión de las jurisprudencias, hay que destacar que el fenómeno de la influencia ejercida por un tribunal en otro no es en realidad un hecho nuevo motivado por ello. Y, en efecto, siempre han existido supuestos en los que un tribunal ha tomado como paradigma las sentencias de otros tribunales que le han servido de modelo.

Conforme nos acercamos en el tiempo podemos hacer reseña de otro supuesto: la relación entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal Constitucional húngaro.

Tras la entrada en vigor de la reforma constitucional en Hungría de octubre de 1989, que, como es sabido, alteró la relación de competencias de este Alto Tribunal acercándolo al modelo habitual de los tribunales constitucionales europeos, aquél ha venido habiendo un uso sistemático de las previsiones constitucionales y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.

En numerosas ocasiones, a partir de la Sentencia 8/1990, el Tribunal se ha servido de la jurisprudencia sobre el artículo 1, parágrafo primero, de la Constitución alemana en orden a interpretar la cláusula contenida en el artículo 54 de su propia Constitución que establece el derecho a la dignidad humana.

Ha utilizado así la jurisprudencia externa para fundamentar el principio de la inviolabilidad de la dignidad humana configurándola como valor supremo y principio fundamental del resto de derechos, todo ello de manera pareja a lo previsto en el ordenamiento alemán.

Este principio fue utilizado de igual forma en una amplia batería de sentencias de gran calado. Aparte de las decisiones sobre el principio de dignidad, la práctica totalidad de las sentencias que fueron dictadas en la década de los noventa en materia de derechos fundamentales contenían referencias tanto explícitas como implícitas a la jurisprudencia alemana.

Pero esta es una relación claramente unidireccional, ya que las referencias de la jurisprudencia alemana a la húngara no se han producido en ningún supuesto. Por lo tanto, cabe hablar de monólogo del Tribunal

húngaro mas no de diálogo; un monólogo fácilmente entendible por el intento de colmar un vacío en la experiencia en materia de garantías. Consecuencia, que duda cabe, de la herencia del período socialista, y que se unificó mediante la apelación a la riqueza del marco jurídico, doctrinal y jurisprudencial alemán. Una tarea que se vio facilitada sobremanera por el hecho de que la mayoría de sus miembros tenían los conocimientos lingüísticos necesarios para realiza estas operaciones.

Resulta ciertamente indicativo este ejemplo: mientras que el Tribunal Constitucional de Hungría ha acudido de forma sistemática a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, éste no ha hecho lo propio al no precisar recurrir a otras fuentes jurisprudenciales para tratar de resolver sus casos.

No creemos que quepa hablar de este modo de diálogo sino de aproximaciones u homogeneidad en las orientaciones jurisprudenciales en cuestiones comunes como podrían ser la protección del medio ambiente o cuestiones de corte sensible como los símbolos religiosos, el aborto, la eutanasia, el matrimonio homosexual u otras similares.

Absolutamente peculiar es el caso de Sudáfrica, donde la ausencia de una tradición propia llevó a prever de forma específica en su texto constitucional el recurso a la apertura externa. El Tribunal Constitucional recurre así de forma habitual a resoluciones de otros tribunales; una actuación rara vez correspondida.

Un interesante ejemplo de interacción proviene de ordenamientos basados en el common law del mundo jurídico anglosajón. Estados soberanos que dejaron atrás su inicial configuración como Dominions; entre los más relevantes cabe citar Canadá, Australia, Nueva Zelanda o India. Se mantiene aquí una cierta política de continuidad e interdependencia con la jurisprudencia británica y un diálogo particularmente intenso.

Pero incluso en estos casos este diálogo puede resultar problemático.

Con cierto detalle ha sido estudiado el caso canadiense y la acogida por parte de sus tribunales de la jurisprudencia de los Estados Unidos. La cercanía geográfica y cultural ha derivado en la observación del ordenamiento vecino y de forma más singular desde el momento de la aprobación de su Carta de Derechos. Mas no debe olvidarse que ya desde mediados del siglo XIX los tribunales de este país venían recurriendo de forma amplia a los precedentes de los tribunales de Estados Unidos. Una apertura ciertamente significativa que no ha tenido correspondencia; han sido escasos los supuestos en que los tribunales norteamericanos han apelado a precedentes canadienses como así lo han mostrado los diferentes estudios realizados sobre las relaciones entre los tribunales de ambos países.

Como ejemplo de esa apertura de la jurisprudencia canadiense podríamos citar el asunto resuelto en *Keenstra* (*The Queen v. Keenstra*, 3 S.C.R. 697 —1990—) en un supuesto de discurso de odio. En un caso similar conocido poco tiempo después, apenas dos años, por el Tribunal Supremo norteamericano (*R.A.V. vs City of St. Paul, Minnesota*, 505 US 377 —1992—) podemos observar que este optó por no tomar en cuenta el precedente de su homólogo canadiense. No existiría por tanto interacción recíproca entre ambos tribunales. La receptividad sería así meramente unilateral del tribunal canadiense; un discurso en sentido único.

Resulta arduo, en conclusión, identificar supuestos de influencia recíproca entre jurisprudencias. De principio no se producen intercambios de experiencias mediante el encuentro de las mismas sino que nos encontraríamos únicamente ante un mero recurso unilateral de un tribunal a la jurisprudencia del otro. De otro lado, es cuantitativamente escaso, —si hacemos una valoración global del trabajo de los tribunales en su conjunto—, la manifestación explícita por parte de un tribunal de la jurisprudencia externa en sus razonamientos.

Poner en cautela un recurso acríptico y estéril —en términos científicos— del concepto de diálogo, una vez comprobado empíricamente la ausencia de reciprocidad emulativa entre jurisprudencias, no debe llevar a excluir que la disposición abierta de un tribunal a la jurisprudencia de otros merezca consideración al valorar los diversos métodos interpretativos que se pueden encontrar en la práctica de los tribunales.

Existen sin duda numerosos ejemplos de jueces sensibles a los precedentes de otros tribunales que al exponer sus razonamientos confrontan, cuestionándose, experiencias externas (no sólo precedentes judiciales pertinentes en realidad sino también disposiciones constitucionales o legislativas e incluso construcciones doctrinales extranjeras). En estos casos el juez abre un proceso de diálogo crítico en el curso de su proceso argumentativo, dentro del cual confronta los parámetros que ofrece el propio Derecho y sus precedentes cotejándolo críticamente con otros Derechos y precedentes; un recurso que se efectúa no tanto para resolver el caso en sí como para valorar mejor el Derecho interno de cara a su solución.

IV. LA NEGATIVA Y LA IMPOSIBILIDAD MÁS O MENOS RADICAL DE DIÁLOGO

En marcado contraste con el mito del diálogo son los casos en que este es rotundamente rechazado.

Así, en algunos países que han desarrollado con cierta rapidez el régimen de derechos propio de las tradiciones constitucionales liberales, siendo constreñidos a recibir el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el rechazo del diálogo puede devenir traumático.

Cabe citar por ejemplo el caso de las relaciones entre el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina y el Tribunal Constitucional de la República Serbia de Bosnia. El tribunal estatal había declarado, inconstitucionales mediante Sentencia de 30 de marzo de 2006, las normativas, en materia de símbolos identitarios, de la República Serbia de Bosnia y de la Federación croata-musulmana, las dos entidades constitutivas del Estado. Y ello reconociendo incluso la legitimidad del derecho a preservar las tradiciones y culturas locales. El fallo no se acató a nivel legislativo por ninguna de las dos entidades interviniendo nuevamente el tribunal declarando, a través de la Sentencia de 27 de enero de 2007, la nulidad de las disposiciones recurridas. Fue tras este fallo cuando se produjo el rechazo explícito de la colaboración. El Tribunal serbo-bosnio procedió a declarar «irrelevante» el pronunciamiento del primero (Sentencia de 18 de junio de 2007).

En términos más generales, con relación a tribunales estatales, encontramos ejemplos en donde se pone de manifiesto la ausencia de interés sobre experiencias foráneas o cualquier tipo de contacto colaborativo. En pocas palabras, se plantean obstáculos a aceptar el producto de la actuación de tribunales que con base en normativas convencionales y constitucionales, podrían utilizarse en sus pronunciamientos.

En la práctica, en la mayoría de los casos prima el criterio de discrecionalidad de los tribunales a la hora de la apertura al exterior. Plena autonomía valorativa por tanto.

El caso más notorio en los que la autonomía conduce a una cerrazón al diálogo es el que nos ofrece la línea aislacionista seguida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, cuestión sobre la que, en los últimos años, se ha terminado por producir un interesante debate que no parece próximo a concluir. Existe una suerte de freno a la propia legitimidad de acudir a contribuciones de la jurisprudencia de otros países. Pero no se queda ahí ya que en sus manifestaciones de mayor fuerza discuten igualmente la efectividad de la validez jurídica del Derecho internacional de los tratados; en rigor, aplicable y eficaz en el ordenamiento estadounidense. En ocasiones, no obstante, incluso en un clima de rechazo de las consideraciones de otras experiencias jurisprudenciales puede acontecer que el precedente extranjero se considere de utilidad.

Un caso ciertamente singular es el que se manifiesta en el voto particular del magistrado Scalia en el caso *Lawrence v. Texas*. Este magistrado, paladín de la autosuficiencia del ordenamiento norteamericano, en el pensamiento de que la despenalización de las conductas homosexuales pudiera abrir la puerta al reconocimiento judicial del matrimonio entre personas del mismo sexo, recurrió aquí al argumento comparatista en negativo, citando la jurisprudencia canadiense: «El Tribunal pretende hoy... que no debemos tener miedo al mandato judicial sobre los matrimonios homosexuales como recientemente ha ocurrido en Canadá».

Existe también supuestos de rechazo de utilización de materiales jurídicos procedentes de jurisdicciones externas vinculados a los criterios de selección que algunos tribunales utilizan.

En efecto, en casos como el de Sudáfrica donde el Tribunal Constitucional viene utilizando sistemáticamente elementos jurídicos de otros ordenamientos, motivado por la previsión contemplada expresamente en el artículo 39 de su Constitución vigente de 1996, encontramos también episodios en los que se rechaza de forma expresa la utilización de precedentes extranjeros; así, a título de ejemplo, puede verse la Sentencia *Mashavha v. Presidente de la República de Sudáfrica* y otros, 2004 (3) BCLR 292 (T)—.

El rechazo al diálogo no se produce sólo aquí sino también en el curso de la relación entre tribunales constitucionales o supremos con relación a la jurisprudencia de tribunales internacionales.

Así, la Corte de Casación italiana, que ha sido ejecutor fiel en líneas generales de las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo, ha rechazado en ocasiones una observación completa de aquellas, como aconteció con el punto relativo al cálculo del tiempo con el que valorar el plazo razonable de la duración del proceso recogido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

O la Cámara de los Lores, que manifestó su disconformidad, en el ámbito de este mismo artículo, al negar la pretendida violación en supuestos en los que se había pronunciado un tribunal militar británico.

También, el Tribunal Constitucional Federal alemán, que en la sentencia *Gürgülü* dio preferencia al respeto de los propios principios constitucionales dejando de lado los principios del Convenio.

Y siempre, en el seno de esta óptica de cautela hacia una apertura indiscriminada al exterior, debe recordarse lo acontecido con los denominados contralímites: algunos tribunales constitucionales como una suerte de medida de prudencia avanzaron el linde de los principios constitucionales

irrenunciables en la eventual confrontación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La conocida sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de junio de 2009 reitera esta reserva.

En la actualidad las eventuales objeciones a la operatividad del Derecho y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos en ocasiones vienen provocados por el objetivo de preservarse frente a orientaciones jurisprudenciales de los tribunales internacionales o supranacionales que pueden entenderse excesivamente progresistas para ser recibidas por la sensibilidad social mayoritaria en la comunidad estatal y no tanto, en consecuencia, por el de proteger los principios fundamentales de los derechos previstos constitucionalmente.

En esta línea se ha destacado que la jurisprudencia que admite la posibilidad de adopción por parte de homosexuales o que reconoce efectos jurídicos a las uniones entre personas del mismo sexo (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de abril de 2008, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de enero de 2008. *EB v. Francia*) se contrapondría a las tradicionales orientaciones de muchos Estados miembros.

Lo mismo puede señalarse con relación al supuesto del fallo del Tribunal de Estrasburgo de 2 de noviembre de 2009 que declaró contrario al Convenio la exposición del crucifijo en los colegios.

V. LA COMPARACIÓN COMO COMPONENTE DEL SUPUESTO DÍALOGO

Tras haber constatado que no resulta posible hablar de una extensión generalizada del diálogo, nos queda por afrontar un segundo mito presente en buena parte de la doctrina que se ocupa del papel de los tribunales: la generalización del recurso a la comparación. Y al hilo de esto resulta necesario distinguir entre la apertura cierta de los tribunales al derecho extranjero y el recurso a la comparación. Parece evidente que ambas actitudes no coinciden necesariamente. También debe distinguirse entre el simple interés o la vocación y actitud ante la comparación, constatada en ocasiones en la fórmula de utilización del argumento comparativo, de la comparación real llevada a cabo por un tribunal.

La posibilidad de que un tribunal recurra al derecho extranjero es seguramente una facultad que no cabe excluir cuando se entiende que resulta

de utilidad de cara a la resolución del caso. De esta manera no se trata de un recurso a una fuente externa como si lo sería en el caso de reenvío a través de una previsión normativa ad hoc, sino que simplemente se considera como un dato fáctico el Derecho externo, tal y como sería si se citara un hecho histórico o una interpretación doctrinal.

Las referencias al Derecho de otros ordenamientos resultan frecuentes tanto en la jurisprudencia de los tribunales estatales como en la de los internacionales, y en este caso, la reseña puede ser no sólo a los precedentes de tribunales de los Estados miembros sino también a la de otros Estados.

No nos faltan ejemplos en los que los tribunales han podido considerar útil o necesario recurrir al Derecho extranjero.

Podemos citar así el conocido caso Englaro (Sentencia de la Corte de Casación italiana de 16 de octubre de 2007) donde la reseña al Convenio de Oviedo así como a algunas sentencias de tribunales alemanes, ingleses o norteamericanos o a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resultan pasajes esenciales en la argumentación de la Corte. La comparación sirvió aquí para colmar un vacío normativo en el ordenamiento italiano que nada disponía sobre el fin de la vida.

O, volviendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, los casos *Du Plessis y otros v. De Klerck y otros* —1996 (3) SA 850 (CC)— y *The State vs. Makwanaye* —1995 (3) SA 391 (CC)— donde se incorporan como elementos fundamentales de su ratio decidendi precedentes alemanes, australianos, ingleses, neozelandeses y norteamericanos o del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos al abordar los derechos fundamentales y las relaciones entre particulares y la pena de muerte, respectivamente.

De manera similar se han revelado esenciales las citas del Tribunal Supremo canadiense a los precedentes de su homónimo norteamericano así como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho negativo de asociación [*R. v. Advance Cutting and Coring Lmt* (2001) 3 SCR 209, 2001 SCC 70].

Lo cierto es que resulta extremadamente variada la posición o actitud de los tribunales frente al Derecho externo y la comparación.

Encontramos un amplio abanico que va desde aquellos tribunales que no manifiestan interés de utilizar fuentes externas, como podría ser el ya referido ejemplo del Tribunal Supremo de Estados Unidos, a otros que, en diferente medida, muestran su apertura a las mismas.

Cabe citar así la postura del Consejo Constitucional francés, que en sus decisiones se muestra permeable a los precedentes de otros tribunales, de forma particular los de los tribunales alemán o español, aunque únicamente de forma indirecta y sin hacer reseña expresa a fuentes externas.

Otros tribunales, por el contrario, abundan en citas de Derecho extranjero o sentencias de tribunales extranjeros. En buena medida se trata de una forma de erudición discursiva, de la reconstrucción de un horizonte de reconocimiento que permite ofrecer una panorámica sobre el Derecho próximo al caso pendiente de resolución; de citas que tratan de reforzar la argumentación del tribunal, una suerte de comprobación probatoria.

Tales llamadas suponen cierto reconocimiento de normas o precedentes judiciales vinculados en alguna forma con el caso a resolver. A lo sumo, podemos considerar si el recurso al Derecho externo incide en la conformación del criterio del tribunal aunque, repitamos, no debe llevarse a error al hablar de comparación, en tanto que no existe certeza de que tal recurso entre en la ratio decidendi.

Encontramos de igual forma supuestos en los que los jueces proceden en sentido propio a la comparación entre diversas contribuciones jurisprudenciales e igualmente entre diferentes disposiciones constitucionales.

Lo acontecido con las experiencias de países como Canadá, Australia o Sudáfrica nos pone de manifiesto la utilización de previsiones contenidas en textos constitucionales o convenios, principios jurídicos generales, sentencias de tribunales internacionales, acervo doctrinal, etc.

No se trata por tanto únicamente del recurso a la comparación de precedentes jurisprudenciales. Esta confrontación reconstructiva de un principio jurídico, por ejemplo en temas como la pena de muerte o los tratamientos inhumanos y degradantes, utilizando fuentes ciertamente diversificadas, permite la construcción del parámetro a utilizar para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley sometida al juicio del Tribunal.

La disposición contenida en la Constitución provisional de Sudáfrica (1993-1996), precedente de la actualmente vigente, que habilitaba a los tribunales a utilizar el Derecho extranjero podía calificarse sin duda de singular.

Recordemos que recogía en el apartado primero de su artículo 35 una habilitación expresa al recurso a la comparación; de esta forma, en la interpretación de su Carta de Derechos los tribunales podrían tener en cuenta, caso de resultar aplicable, el Derecho internacional público referido a

los derechos así como la jurisprudencia extranjera. Se contemplaba así de forma expresa la posibilidad del recurso a esta subordinándolo a su compatibilidad.

La Constitución finalmente aprobada, en la actualidad vigente, se limitó a contemplar en su artículo 39 el recurso al Derecho extranjero, aunque resulta innegable que el Tribunal sudafricano continúa actuando como si la primera formulación, supra apuntada, todavía estuviera en vigor.

La previsión explícita de ese recurso al Derecho extranjero y a la comparación es un dato de enorme interés y muestra que la relevancia de otros ordenamientos ha influido igualmente en el constituyente.

VI. LA CONFUSIÓN ENTRE ARGUMENTOS COMPARATIVOS Y JUICIOS COMPARATIVOS

Existe una disparidad notable entre el recurso a precedentes de otros tribunales y el recurso a la comparación.

Buena parte de las reflexiones que podemos ver sobre el uso de la comparación tanto por parte de los tribunales constitucionales como internacionales abordan en realidad casos en los que los tribunales toman en consideración el Derecho o jurisprudencia de ordenamientos externos; supuestos que probablemente puedan resultar numerosos.

Mas es constatable una diferencia evidente entre argumento comparativo y juicio comparativo.

A nuestro criterio, únicamente resulta apropiado hablar de comparación cuando el proceso de interpretación y resolución consiente concretar el razonamiento comparativo de forma intrínseca a la *ratio decidendi*.

Del examen crítico de las aportaciones de los diferentes ordenamientos respecto de las decisiones debería conformarse la regla a utilizar en el caso concreto en orden a su resolución.

El juzgador debería para ello encontrarse ante una situación de carencia de su ordenamiento de referencia, cuestión que habitualmente ello no sucede, al ser posible posible la utilización del propio sistema de fuentes y precedentes jurisprudenciales respecto a los que el recurso a la aportación foránea termina teniendo un mero valor auxiliar, por más que en ocasiones pudiera llegar a resultar significativo o, más aún, esencial.

La adecuada comprensión del alcance del eventual recurso al Derecho extranjero, que actuaría como elemento cognitivo clarificador y no como

fuente directamente aplicable derivado de un reenvío, nos exige hacer una reseña cuando menos esquemática de la experiencia de diferentes ordenamientos que habitualmente, aunque con fórmulas diversas, vienen utilizando, según se señala, el método comparativo, el elemento comparativo, o la comparación.

Tenemos de hecho una amplia panoplia de supuestos adscribibles a ese recurso ornamental al Derecho externo, en los casos en que el tribunal reseña en su pronunciamiento otros Derechos y jurisprudencias, y de casos en que la cita se entiende útil de cara a reforzar la argumentación.

El elemento comparativo de ese último caso pretende servir de argumento de autoridad; cita de fuente o autoridad de prestigio reconocida y fiable. Un uso que se deja al arbitrio del juzgador.

Un punto habitualmente no abordado es el hecho de que el recurso al Derecho externo no resulta, o al menos no de forma determinante, traducible en la resolución final. También resulta complejo cotejar la magnitud del aporte cognoscitivo de las fuentes externas en las diferentes fases del proceso, ya en la instructoria o durante los oportunos debates. Probablemente los abogados en sus argumentaciones se apoyen en elementos externos como también lo hará el ministerio público. Así lo ponen de manifiesto las conclusiones de los Abogados Generales ante el Tribunal de Justicia de la Unión.

La relación de las citas es amplia y puede ir de textos constitucionales o tratados internacionales a reseñas legislativas, jurisprudenciales —tanto de tribunales estatales como internacionales— o incluso comentarios doctrinales.

Podemos tomar como ejemplo al Tribunal Supremo de Canadá.

En el caso *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.* (2001) 3 SCR 209, 2001 SCC 70 hubo de decidir si el derecho de asociación contenido en la sección 2 (d) de la Carta de Derechos y Libertades incluía o no el derecho de no asociación. Tanto en el fallo como en los votos particulares se pusieron de manifiesto elementos externos al propio ordenamiento y en particular referencias detalladas a la Constitución de los Estados Unidos, a la jurisprudencia de su Corte Suprema y asimismo a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; con reseñas incluso a la doctrina jurídica europea. Ejemplos de un uso promiscuo de los elementos a tener en cuenta no faltan. Numerosas y variadas son las reseñas a constituciones, legislaciones, jurisprudencias o doctrina en la jurisprudencia de Sudáfrica.

Por su parte, en *Lawyers for Human Rights y Anna Francis Eveleth v. Minister of Home Affairs*, 2003 (8) BCLR, 891 (T), al tratar de interpretar

la sección 38 del texto constitucional en materia de legitimación, en el supuesto de lesión de un derecho constitucionalmente garantizado, el Tribunal citará jurisprudencia canadiense e india.

En *State v. Russel Mamabolo y otros*, CCT 44/00, caso atinente al desacato judicial, el Tribunal invocará, con relación a la sección 16 de la Constitución, normas constitucionales de un amplio número de países, examinando asimismo su jurisprudencia, no solo constitucional (Australia, Canadá, Estados Unidos, Gran Bretaña, Hong Kong, India, Namibia, Nueva Zelanda y Zimbawe).

No nos cabe duda que el enriquecimiento que supone la apelación a un conjunto diverso de fuentes puede traducirse en el pronunciamiento final y que para poder hablar propiamente de recurso a la comparación no resulta suficiente una mera acumulación de citas. Habría que comprobar aquí el alcance de tal influencia. Una doctrina de la comparación judicial sólo puede encontrar sustento en el cotejo de las líneas de argumentación concretado en la sentencia y no en simples reconstrucciones en buena parte forzosamente inductivas.

Entendida en sentido propio la comparación, así, inserta en el razonamiento que apuntala el fallo, determina que el tribunal debe proceder a explicar las razones de acudir a tales recursos. En otras palabras parece correcto hablar de comparación en aquellos casos en que esta sea deducible de forma explícita del texto de la sentencia.

Esto nos lleva a tomar con mucha cautela la afirmación de un supuesto recurso a la comparación todas las veces en que en la sentencia de un tribunal constitucional, como el italiano, recoge pasajes en los que se citan legislaciones o jurisprudencias extranjeras. Todos los ejemplos en los que la cita tiene un carácter meramente confirmativo o de refuerzo de la decisión que el tribunal asume.

Lo cierto es que resulta poco habitual pasar de un mero recurso meramente ornamental de las citas o de un simple intento de querer dar una mayor consistencia y persuasión con las mismas, a un escalón superior de reflexión que ponga de manifiesto o demuestre como el tribunal ha basado su fallo en Derecho foráneo y su estudio comparativo.

Un ejemplo de esto último nos lo ofrece, como ya hemos apuntado, la jurisprudencia del Tribunal constitucional de Sudáfrica que ha utilizado sistemáticamente el impulso ofrecido por la disposición constitucional que de forma expresa habilita la utilización de los derechos extranjeros e internacional.

En el caso *The State v. Makwanyane* el tema abordado era la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la pena de muerte: ¿resultaba a caso compatible con su nueva Carta de Derechos? Recordemos que la Constitución preveía explícitamente el derecho a la vida, el derecho a la dignidad, el derecho a no ser sometido a penas crueles e inhumanas. Todos ellos derechos limitables, mas dentro siempre de los límites admisibles en una sociedad abierta y democrática basada en la libertad y la igualdad. Pero nada preveía de forma expresa sobre la pena de muerte. El Tribunal volvió en este caso la mirada al Derecho y precedentes externos enfrentándose a un volumen amplísimo de tratados, constituciones, sentencias, interpretaciones doctrinales y estadísticas de todos los lugares del mundo. Particularmente extensa fue la jurisprudencia consultada en los tribunales norteamericanos. El material estudiado permitía colmar el vacío de la regulación estatal aportando elementos a favor o en contra de la constitucionalidad de dicha pena. En última instancia, tras esa confrontación crítica, el Tribunal terminó considerando que la pena capital no era en modo alguno compatible con el reconocimiento de la dignidad de la persona, aportando sobre la base de ese estudio comparatista el principio de Derecho necesario para la resolución del caso.

El recurso a la comparación en la jurisprudencia de los tribunales internacionales tiene lógicamente características propias. Si bien resulta habitual afirmar que se sirven de la comparación como instrumento, lo cierto es que en la práctica se mueven con absoluta discrecionalidad utilizando el Derecho de los Estados miembros que consideren más adecuado en orden a resolver los casos concretos. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se produce, por ejemplo, como a primera vista podría considerarse, una sistemática comparación entre la diversa legislación y jurisprudencia de los Estados miembros. También en relación con estos tribunales sucede que profundizan en el conocimiento de las soluciones normativas o jurisprudenciales previstas en el ordenamiento de los Estados miembros en la fase instructora y en ocasiones en los posteriores debates.

Resulta pacífico por tanto la posibilidad de ese proceso cognoscitivo en el que el juzgador profundiza en el conocimiento del Derecho estatal relevante y puede proceder a una evaluación comparativa de las diversas fuentes disponibles. Mas, como regla, no suelen encontrarse sino reseñas indirectas en el texto de las sentencias de las que no cabe deducir un sistemático recurso al Derecho de los Estados miembros.

El recurso al método comparativo, del que se habla frecuentemente, viene a significar sencillamente el recurso a los materiales que pueden

ofrecer el ordenamiento o los ordenamientos que pueden considerarse de utilidad para resolver el caso concreto como apunta, a título de ejemplo, la Sentencia Dorsch del Tribunal de Justicia de la Unión en materias de responsabilidad por actos legislativos, donde se utilizaron institutos propios del Derecho alemán, belga y francés, mas no del resto de ordenamientos (Sentencia de 28 de abril de 1998, Dorsch Consult v. Consejo y Comisión —T-184/95— y Sentencia de 15 de junio de 2000 Dorsch Consult v. Consejo y Comisión —C-237/98—).

Diferente modo de actuar que en el caso Algeria; un asunto donde el Tribunal por primera vez se pronunció incluyendo la comparación en el seno de la propia ratio decidendi: ante la ausencia en el Tratado de disposiciones específicas en el tema objeto de controversia, el Tribunal estudió las regulaciones previstas en la legislación, las interpretaciones doctrinales y la jurisprudencia de los Estados miembros y tras el reconocimiento comparado de sus tradiciones jurídicas —en aquel momento eran seis los componentes de las Comunidades— acordó el «principio de revocabilidad de las medidas ilegítimas al menos dentro de un plazo razonable de tiempo» (asuntos acumulados C-7/56, C-3 / 57, C-7/57, Dineke Algeria y otros v. Asamblea Común, Sentencia de 12 de julio de 1957, par. 56). En este caso el juez deduce de la comparación de los diferentes ordenamientos estatales el principio con el que resolver el caso concreto.

Debemos terminar estas notas reseñando que tanto en la práctica estatal como en la internacional resultan extraños los supuestos en los que el recurso a la comparación se pone de manifiesto de forma explícita en la fase decisoria permitiendo una verificación científicamente válida del recorrido argumentativo seguido por el Tribunal.

KEY WORDS: Dialogue. Courts.Law. Case Law.

ABSTRACT: The paper deal the so-called dialogue between courts and specially if that term, dialogue, is the most appropriate to refer the wide range of issues that the doctrine blanket in it. The author analyzes too the existence of different perspectives of dialogue.

PARTE II

**EL DIÁLOGO ENTRE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS Y LOS TRIBUNALES
CONSTITUCIONALES DE
AMÉRICA LATINA**

La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)

CARLOS AYALA CORAO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho a la ejecución de las sentencias de la CIDH. III. Los fundamentos constitucionales de la ejecución. Los antecedentes jurisprudenciales desde 2000. IV. La sentencia 1939 de 2008: la doctrina de la inejecución de las sentencias internacionales inconstitucionales. V. Apreciaciones críticas.

I. INTRODUCCIÓN

El 4 de diciembre de 2008 los abogados del gobierno de la República Bolivariana de Venezuela (Procuraduría General de la República) presentaron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) una “acción de control de la constitucionalidad” contra la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana, CIDH o Corte) del 5 de agosto de 2008 (caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*)². Pocos días después, el 18 de diciembre de 2008, esa Sala Constitucional dictó la sentencia 1.939 mediante la cual declaró “inejecutable” la sentencia de la Corte Interamericana, y además decidió solicitarle “al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Inte-

¹ Profesor de derecho constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello de Venezuela (UCAB). Además es profesor de derechos humanos en la misma universidad, en la Universidad Central de Venezuela, y dicta clases y seminarios en diversas universidades, entre ellas: American University (USA), Georgetown University (USA), Universidad Panamericana (México), y Universidad Iberoamericana (México).

² CIDH. Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. Sentencia del 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Las sentencias de la CIDH pueden consultarse en www.corteidh.or.cr.

americana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión”³.

Esta sentencia no es un hecho aislado, es la culminación de una serie de decisiones anteriores adoptadas desde 2000 por la Sala Constitucional del TSJ, en las que se fue desarrollando la tesis del control de la constitucionalidad por dicho tribunal, de las sentencias emanadas de los tribunales internacionales, en especial de la Corte IDH, con el objeto de “controlar” su conformidad con la Constitución antes de poder proceder a su ejecución en el derecho interno.

A pesar de los principios y las normas de orden público de derecho internacional, a pesar de las normas expresas de los tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y a pesar de las normas expresas contenidas en la propia Constitución de Venezuela, el TSJ desde muy temprano ha venido descalificando las decisiones de los órganos de protección internacional de los derechos humanos, en nombre de la independencia, la soberanía nacional y la supremacía constitucional.

Se trata de una tesis jurisprudencial que no sólo representa una clara y flagrante violación del derecho internacional, sino del propio derecho constitucional venezolano, y que equivale a la denuncia de dichos tratados.

En efecto, la ejecución de las sentencias internacionales, en particular las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos, como es el caso de la Corte IDH, es un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

La ejecución de la sentencia ha sido llamada “la hora de la verdad de la sentencia”, para determinar su verdadero valor y efectos. En el ámbito de las altas cortes constitucionales se ha venido despertando un verdadero interés por darle efectividad a la jurisdicción internacional de los derechos humanos⁴. Ya desde 1995 la Corte Constitucional de Colombia había expresado que “la fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos

³ La sentencia 1939, así como las demás sentencias, acuerdos y decisiones del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, citadas en el presente trabajo, pueden consultarse en www.tsj.gov.ve.

⁴ Véase, nuestro trabajo, Ayala Corao, Carlos, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, Libro homenaje a Humberto J. La Roche Rincón, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001; del mismo autor, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003, y Bidart Campos, Germán J. *et al.*, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 1997. Cançado Trindade, Antonio Augusto, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho

está garantizada por el control que sobre su efectividad ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁵; por lo que dicha Corte no sólo no encontró “ninguna objeción constitucional a estos mecanismos internacionales de protección”, sino que los declaró compatibles con la soberanía, ya que “representan un avance democrático indudable” y “son una proyección en el campo internacional de los mismos principios y valores [de la dignidad humana, libertad e igualdad] defendidos por la Constitución”⁶.

Por ello no es concebible que las partes tengan derecho a litigar un caso, y que la parte perdedora tenga el derecho, o más bien el privilegio, de no cumplir con lo decidido. La justicia judicial se realiza por medio de la acción, el proceso, la sentencia y su ejecución. La fuerza de la verdad legal contenida en una sentencia es susceptible de ser ejecutada, y la parte condenada tiene el deber no sólo de no obstaculizar, sino de ejecutar las obligaciones de dar, hacer o no hacer a las que han sido determinadas en el fallo.

En el derecho constitucional, ese derecho a la tutela judicial efectiva ante los tribunales nacionales⁷, se corresponde con la facultad de los órganos del Poder Judicial de “conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”⁸. Por lo cual, la ejecución de las sentencias constituye no sólo el ejercicio de las facultades propias de la jurisdicción o del Poder Judicial, sino además el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Ese derecho fundamental a la ejecución de las sentencias como elemento esencial de la tutela judicial efectiva tiene su reconocimiento en los tratados relativos a derechos humanos, y en particular en el artículo 25 de la CADH. Conforme a esta disposición, el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo para el amparo contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la CADH, tiene como elemento esencial la obligación internacional de los Estados parte,

interno en la protección de los derechos humanos”, *El juez y la defensa de la democracia*, San José, IIDH-CCE, 1993.

⁵ Sentencia T-447/95, del 23 de octubre de 1995, publicada en *Derechos fundamentales e interpretación constitucional (Ensayos-jurisprudencia)*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1997.

⁶ Sentencia C-251, del 28 de mayo de 1997, Corte Constitucional de Colombia, párrafo 24.

⁷ Artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).

⁸ Artículo 253 de la C RBV.

“c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”⁹.

Pero además, en el caso de Venezuela, la ejecución de las sentencias internacionales, como son las de la CIDH, tiene su fundamento expreso en la propia Constitución, como se verá *infra*. Por lo cual, el desconocimiento de la ejecución de las sentencias de la CIDH no sólo supone una violación del derecho internacional (CADH) sino de la propia Constitución.

II. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH

La CIDH ejerce su jurisdicción internacional contenciosa con ocasión de conocer y decidir los casos concretos de víctimas de violación de sus derechos humanos, que son sometidos a su conocimiento por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana o CIDH) —o eventualmente por los Estados—. Esta competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana en los casos contenciosos, cuando decide que ha habido violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana, comprende la facultad de disponer que se garantice a la víctima el goce de su derecho o libertad conculcados, y, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada¹⁰.

De esta manera, los poderes del juez interamericano no son taxativos ni restrictivos, ya que comprenden la competencia en general para restablecer y reparar a la víctima en los derechos humanos violados por el Estado; reparar cualesquiera consecuencias o efectos lesivos de la vulneración de los derechos, y el pago de una justa indemnización. La Corte Interamericana, con base en esta disposición convencional, ha desarrollado ampliamente sus facultades tutelares y reparatorias, no sólo respecto a las víctimas actuales sino a las potenciales, requiriendo a los Estados, en sus sentencias de fondo y reparación, las más variadas medidas, bien sean legislativas, de políticas públicas, administrativas, judiciales, educativas y de otra naturaleza similar, a fin de prevenir futuras violaciones.

⁹ Artículo 25.2.c de la CADH.

¹⁰ Artículo 63.1 de la CADH.

La Convención Americana establece que el fallo de la Corte será motivado. Y si el fallo no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual¹¹. Esta disposición ha dado lugar a la aparición de una serie de votos razonados concurrentes en los cuales los jueces han tenido la oportunidad de expresar tanto motivos *ad decidendum* como de *obiter dictum* en relación con diversos fallos, algunos de los cuales son verdaderos trabajos de derecho internacional.

En todo caso, los fallos de la Corte Interamericana son *definitivos* e *inapelables*¹². Pero en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance de su sentencia, la Corte la interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación de la misma¹³. La CADH consagra el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte Interamericana al establecer expresamente el compromiso de los Estados partes en la Convención de “cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”¹⁴. En adición a ello, la Convención también determina que las sentencias serán notificadas a las partes del caso, y asimismo serán transmitidas a todos los Estados partes en la Convención¹⁵. Esta disposición ha de ser interpretada, en primer lugar, con base en el fundamento de la protección internacional *colectiva* por todos los Estados partes de la Convención Americana. Pero además de ello, las sentencias de la Corte IDH deben ser transmitidas a todos los Estados partes en la Convención, en virtud de que ellas establecen las interpretaciones auténticas de ésta, que pasan a formar en la práctica parte de la Convención misma.

De esta forma, las sentencias de la Corte Interamericana, como sentencias emanadas de un tribunal internacional o transnacional, son de obligatorio cumplimiento por los Estados partes y se deben ejecutar directamente por y en el Estado concernido —evidentemente— sin que haga falta para ello ningún procedimiento de reconocimiento en el derecho interno o *exequátur*. Se trata de sentencias internacionales (no extranjeras) que tienen efecto directo en el derecho interno por parte de todos los poderes públicos del Estado. En este sentido la Convención Americana es muy clara, ya que incluso establece expresamente que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo

¹¹ Artículo 66 de la CADH.

¹² Artículo 67 de la CADH.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Artículo 68.1 de la CADH.

¹⁵ Artículo 69 de la CADH.

país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado¹⁶.

Ello ha sido así en algunas jurisdicciones constitucionales en Europa, en virtud del carácter fundamentalmente declarativo que se le atribuye a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, particularmente relativo a las condenas de indemnizaciones compensatorias. En el caso de la jurisprudencia constitucional española, el Tribunal Constitucional ha adoptado decisiones contradictorias en relación con el carácter “obligatorio” de la ejecución en su derecho interno de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷.

Pero a diferencia del sistema europeo que establece mecanismos de seguimiento del cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, por parte del Comité de Ministros, el sistema interamericano tiene un sistema judicial con un control colectivo por parte de la máxima autoridad de la OEA: la Asamblea General. Como una expresión más de la protección internacional colectiva por todos los Estados partes de la Convención Americana, ésta establece que la Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización, en cada periodo ordinario de sesiones, un informe sobre su labor en el año anterior, debiendo, de manera especial, y con las recomendaciones pertinentes, señalar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos¹⁸.

Desafortunadamente, luego de los ajustes realizados a los procedimientos de la Carta de la OEA en los años noventa, los informes, tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son

¹⁶ Artículo 63.1 de la CADH.

¹⁷ La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Bultó (STEDH, Barberá, Messeguer y Jabardo, A.146) fue objeto de un proceso judicial para lograr su ejecución ante los tribunales españoles mediante la nulidad de las sentencias penales condenatorias. Dicho proceso terminó en un amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional (TC). En la sentencia definitiva (STC 245/1991) el TC afirmó que la sentencia del TEDH tenía un carácter “obligatorio” incuestionable. Sin embargo, dicha doctrina fue desmontada en un caso siguiente. En efecto, en el caso Ruiz Mateos (expropiación Rumasa), la sentencia del TEDH (STEDH, A.262) fue objeto de sendos recursos de amparo ante el TC. En el primero negó la ejecución de la sentencia internacional por razones formales, y el segundo fue rechazado por razones de fondo, sobre la base de la supremacía de la Constitución Española, cuyo intérprete supremo es el TC, y de la inmutabilidad de la cosa juzgada (Providencias del 31 de enero de 1994, recaídas en los recursos de amparo 2291/93 y 2292/93). Sobre el particular, véase Ruiz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1997.

¹⁸ Artículo 65 de la CADH.

presentados directamente ante el Consejo Permanente a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y no ante la Asamblea General. De esta forma, el Consejo Permanente lo que hace finalmente es proponer a la Asamblea General la adopción de una resolución ya consensuada sobre el informe de la Corte, no estableciéndose debate alguno sobre el contenido de éste ni mucho menos sobre el estado del cumplimiento de las sentencias por parte de los Estados.

En los últimos años, la Asamblea General ha permitido la modalidad de la intervención en éstas de los presidentes de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual les ha permitido en breves minutos llamar la atención de los Estados sobre algunos asuntos más relevantes tanto de la situación de los derechos humanos en el continente como del funcionamiento de estos órganos. Sin embargo, desafortunadamente estas intervenciones no son seguidas por un debate entre los Estados sobre los informes presentados, sino que se limita a la aprobación de las resoluciones adoptadas previamente en el seno del Consejo Permanente. De esta forma, se ha desdibujado y debilitado el rol que podría jugar la Asamblea General como mecanismo de protección colectiva de los derechos humanos en el sistema interamericano. Simplemente, los Estados no quieren controlar ni ser controlados por otros Estados.

En todo caso, es importante recapitular que la Convención Americana establece el principio de la obligatoriedad, así como del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte Interamericana¹⁹.

Por otro lado, la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana, cuando decide que ha habido violación de un derecho o libertad protegido en la Convención Americana, comprende la facultad de disponer que se garantice a la víctima el goce de su derecho o libertad conculcado, y, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, así como el pago de una justa indemnización a la parte lesionada²⁰. Son entonces estos poderes del juez interamericano los que se ponen a prueba no sólo al momento de dictar sus sentencias, sino a la hora de la verdad cuando éstas deben ser ejecutadas y cumplidas por los Estados.

Estos poderes del juez interamericano tienen su contrapartida en el derecho de las víctimas a que su derecho a la tutela judicial efectiva internacional no sólo sea declarado por la sentencia, sino que además esta última

¹⁹ Artículos 67 y 68.1 de la CADH.

²⁰ Artículo 63.1 de la CADH.

sea ejecutada. Por lo cual, las víctimas de violación de derechos humanos cuentan frente a la Corte Interamericana y a los Estados parte con un verdadero derecho a que éstos les garanticen el goce de su derecho o libertad conculcado, y, si ello fuera procedente, a que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización.

Además de estos fundamentos generales, el derecho a que las sentencias de la Corte Interamericana se ejecuten, se fundamenta en el propio derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, que exige entre sus elementos esenciales que los Estados partes se comprometan a “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”²¹.

En conclusión, la ejecución de las sentencias emanadas de la Corte Interamericana se fundamenta en el ejercicio de los derechos humanos y en las potestades y competencias propias de dicha jurisdicción, reconocidas por los Estados en la Convención Americana. Su acatamiento por parte de los Estados forma parte de las reglas básicas del derecho internacional en todo Estado de derecho, y son un requisito esencial para la garantía efectiva de la protección de la persona humana.

Por ello, conforme a lo expuesto, resulta evidente que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son actos jurisdiccionales emanados de ese tribunal internacional, cuya jurisdicción y competencia ha sido reconocida expresamente por los Estados en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención Americana, o en cualquier momento posterior, mediante una declaración en la cual reconocen como obligatoria, de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de dicha Convención²².

Por lo cual, los Estados condenados deben proceder de buena fe a la ejecución de estas sentencias, como una verdadera obligación internacional derivada de sus compromisos bajo la Convención Americana. Para ello, el representante del Estado, es decir, su agente ante la Corte Interamericana, debe proceder a través del órgano competente (usualmente las cancillerías) a notificar las sentencias de la Corte a los órganos competentes encargados de su cumplimiento en el derecho interno. De esta manera, en el orden interno, los órganos competentes deben proceder a dar cum-

²¹ Artículo 25 de la CADH.

²² Artículo 62.1 de la CADH.

plimiento inmediato e incondicional a las medidas reparatorias ordenadas por la Corte Interamericana en los dispositivos de sus fallos.

En ese sentido, dependiendo del reparto competencial en los Estados, cada uno de sus órganos constitucionales o legales debe proceder a ejecutar y cumplir la sentencia de la Corte Interamericana. Así, por ejemplo, normalmente una orden de investigar penalmente le corresponderá llevarla a cabo al Ministerio Público o Fiscalía; una orden de sancionar le corresponderá a los tribunales penales; las sanciones administrativas y disciplinarias a los departamentos administrativos correspondientes; las órdenes de indemnización compensatoria normalmente le corresponderán ejecutarlas a los ministerios o secretarías de finanzas o hacienda pública; las órdenes relativas a modificación de leyes le corresponderán ejecutarlas a los congresos, parlamentos o asambleas; las órdenes de modificar un reglamento normalmente le corresponderán al Poder Ejecutivo; las órdenes de publicar la sentencia de la CIDH en el diario oficial le corresponderá al departamento del poder público responsable de ello; la orden de reponer a un juez en su cargo o en uno similar le corresponderá normalmente a los consejos de magistratura o judicatura, o en su casos a las cortes o tribunales supremos de justicia; las órdenes de brindar atención médica deberán ser cumplidas normalmente, directa o indirectamente, por el ministerio o secretaría responsable del sector salud, y una orden de dejar sin efecto una condena civil o penal normalmente le corresponderá a los tribunales respectivos, aunque podría ser cumplida indirectamente por otros órganos.

III. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA EJECUCIÓN. LOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DESDE 2000

La Constitución de Venezuela de 1999 contiene una serie de normas relativas a los derechos humanos que refuerzan las normas contenidas en los instrumentos internacionales, y en particular, en la CADH.

Entre estas normas las más pertinentes a destacar son las relativas a la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y a la tutela judicial efectiva internacional o amparo internacional.

La Constitución de 1999 estableció la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en los siguientes términos:

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en

el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de *aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público* (cursivas añadidas).

Asimismo, este texto reconoció como un derecho constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva internacional, o derecho de amparo internacional, incluido el derecho a la ejecución de las decisiones de los órganos de protección internacional de los derechos humanos establecidos en los tratados:

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

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

Estas normas constitucionales refuerzan en el derecho interno aquellas contenidas en los tratados sobre derechos humanos, como es el caso de la CADH. De esta manera, el artículo 23 constitucional incorpora a los tratados sobre derechos humanos en el “Bloque de la Constitucionalidad”, “Bloque de la Constitución” o “Bloque Constitucional”, otorgándoles la misma jerarquía que la de la propia norma constitucional e incluso superior, cuando contengan normas más favorables a las establecidas en la Constitución²³. En este sentido, a los efectos de este trabajo queremos resaltar que la jerarquía constitucional se refiere a los tratados en su *totalidad de contenido*, lo cual incluye las normas relativas a derechos de las personas (y obligaciones internacionales de los estados) y en su caso, a los órganos de protección internacional. En efecto, los tratados sobre derechos humanos, como la CADH, no sólo reconocen los derechos fundamentales sustantivos, cuya obligación internacional de respeto y garantía le corresponde a los Estados parte, sino, además, estos tratados establecen órganos internacionales de protección de esos derechos, para cuando las

²³ Véase sobre el “Bloque de la Constitucionalidad”, “Bloque de la Constitución” o “Bloque Constitucional”, lo expuesto por nosotros en Ayala Corao, Carlos Manuel, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

violaciones a los mismos no sean reparadas efectivamente por los recursos judiciales internos²⁴.

En el caso de la CADH, además de las normas relativas a los derechos de las personas y las obligaciones internacionales de los Estados²⁵, dicho tratado establece los órganos de protección internacional competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes²⁶: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En ese mismo sentido, en esos Estados, como Venezuela, todas las normas de la CADH tienen rango y jerarquía constitucional, incluidas tanto las normas sobre derechos humanos y las correlativas obligaciones internacionales del Estado, como las normas que específicamente regulan el desarrollo del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva internacional, como son las relativas al ejercicio del derecho de petición internacional, a los procedimientos y a las decisiones, así como las normas relativas a los órganos de protección internacional (CIDH y Corte IDH), en concreto, a las sentencias de la Corte IDH y su ejecución en el derecho interno.

De allí que en el caso de los Estados que siguen el modelo de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos por decisión expresa de la propia Constitución —como Venezuela—, tanto la CIDH como la Corte IDH tienen el carácter de “órganos constitucionales” u “órganos de rango constitucional”, por lo que deben ser tenidos como tales con todas las consecuencias jurídicas que se derivan en el orden jurídico interno.

Se trata de una decisión constitucional soberana que, como dijimos, refuerza las normas contenidas en los tratados sobre derechos humanos —en este caso la CADH—, y obliga al Estado a respetar, cumplir y hacer cumplir las sentencias de la Corte IDH. En otras palabras, la obligación de cumplir y hacer cumplir las sentencias de la Corte IDH, en el caso de Estados con normas constitucionales equivalentes a las de Venezuela, tiene también una jerarquía constitucional.

²⁴ Sobre el particular hemos sostenido que una de las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos es su incorporación in totum, es decir, en un todo al bloque constitucional, lo cual implica todas sus normas y todo su contenido. *Cfr.* Ayala C., Carlos M., *La jerarquía constitucional, op. cit.*, pp. 91 y ss.

²⁵ Artículos 10 a 32 de la CADH.

²⁶ Artículo 33 de la CADH.

Ello encuentra una base constitucional expresa en la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva internacional, plasmada en la citada norma del artículo 31 de Venezuela. En efecto, dicha norma consagra el derecho de toda persona a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales de protección internacional creados por los tratados sobre derechos humanos ratificados, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. Ese derecho internacional, y ahora también constitucional, tiene su perfección en el derecho a que el Estado adopte, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de esos órganos internacionales.

Se trata, por tanto, de la constitucionalización del derecho de petición internacional que hemos llamado derecho de amparo internacional (o interamericano)²⁷ y que perfecciona el derecho a la tutela judicial efectiva internacional reconocido en los tratados sobre derechos humanos como la CADH. De esta forma, se convierte, además, en un derecho constitucional este derecho internacional de toda persona, que hemos analizado *supra*, que se encuentra reconocido y desarrollado en la CADH, para que las víctimas de violación de los derechos humanos por un Estado parte puedan solicitar, litigar y obtener la protección internacional por parte de los órganos del sistema interamericano (CIDH y Corte IDH), y para que las sentencias de la Corte IDH sean ejecutadas.

Es importante complementar a lo antes expresado que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva reconocido en el derecho interno incluye los derechos de toda persona a acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, y a obtener con prontitud la decisión correspondiente²⁸; a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales²⁹, aun de aquéllos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos³⁰; a que los órganos del Poder Judicial conozcan y decidan dichas causas, y a que sus tribunales ejecuten o hagan ejecutar sus sentencias³¹. Ese mismo derecho reconocido constitucionalmente respecto a las decisiones de los jueces y tribunales del Estado, se encuentra igualmente reconocido respecto a los jueces y tribunales internacionales en materia de derechos

²⁷ Véase Ayala Corao, Carlos M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas, San José, IIDH-EJV, 1998.

²⁸ Artículo 26, CRBV.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Artículo 22 de la CRBV.

³¹ Artículo 253 de la CRBV.

humanos³². Por lo cual, el derecho a la ejecución de las sentencias internacionales, como son las dictadas por la Corte IDH, constituye no sólo el ejercicio de facultades propias de la jurisdicción y de un Poder Judicial constitucionalmente reconocido, sino además el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva internacional que se encuentra igualmente reconocido constitucionalmente.

IV. LA SENTENCIA 1939 DE 2008: LA DOCTRINA DE LA INEJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES INCONSTITUCIONALES

Las normas relativas a derechos humanos y, en particular, a sus tratados y a su protección internacional, contenidas en la Constitución de Venezuela de 1999, tienen un carácter progresista³³. Representan, ciertamente, un avance en el fortalecimiento, a nivel constitucional, de los derechos de toda persona y a las obligaciones internacionales de respeto, garantía y reparación a cargo del Estado.

Por ello, frente a ese plexo normativo constitucional garantista, resulta incomprensible que la jurisprudencia de la Sala Constitucional del TSJ haya sido regresiva, llegando incluso a desdecir a la propia Constitución.

En efecto, aun sin esa generosidad constitucional tan expresa como la venezolana, varias jurisdicciones constitucionales latinoamericanas han desarrollado un diálogo jurisprudencial con la CIDH, que ha llevado no sólo a su reconocimiento y a la ejecución de las sentencias de dicho tribunal internacional, sino que además ha permitido la recepción de su jurisprudencia con carácter expansivo, aun en los casos en que sus Estados no han sido partes³⁴.

La involución y el carácter regresivo de la jurisprudencia constitucional venezolana, bajo la Constitución de 1999, ha llegado a tal extremo que no puede menos que calificarse como una verdadera *mutación constitucional*, en el sentido de que ha llegado a desconocer y hasta a cambiar las normas de la propia Constitución. En efecto, las normas estudiadas *supra*

³² Artículo 31 de la CRBV.

³³ Artículo 19 de la CRBV.

³⁴ Véase lo expuesto en nuestro trabajo: Ayala Corao, Carlos M., “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, pp. 127 y ss.

incluyen las relativas a la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y su consecuencia en el bloque de la constitución; su incorporación constitucional *in totum*, incluidos los órganos de protección internacional en ellos previstos: como la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así como el reconocimiento expreso del derecho a la tutela judicial efectiva internacional, incluido el derecho a la ejecución de lo decidido por los órganos internacionales de protección. Frente a estas normas constitucionales expresas, calificar a las decisiones de la CIDH e incluso de la Corte Interamericana como injerencias, o sujetar sus decisiones, y en especial las sentencias de la Corte Interamericana, a un *exequátur de constitucionalidad*, y con ello llegar a desconocer sus sentencias, representa no sólo una infracción de los tratados como la CADH sino de la propia Constitución. Estamos entonces frente a una violación flagrante de la Constitución por la jurisprudencia de la propia Sala Constitucional. En efecto, en lugar de cumplir con la Constitución, la Sala Constitucional la ha violado, pretendiendo cambiar su contenido y significado, en lugar de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, ser el máximo y último intérprete de esta Constitución y velar por su uniforme interpretación y aplicación³⁵.

De allí la trascendencia de las interpretaciones de la Constitución que lleve a cabo la Sala Constitucional como “máximo y último intérprete de esta Constitución” (artículo 335), ya que, dado su carácter “vinculante”, tienen un valor y rango constitucional, de contenido y efectos generales equivalentes a las propias normas constitucionales interpretadas. Este valor interpretativo, propio del sistema de derecho anglosajón o del *common law* en virtud de la doctrina del precedente obligatorio de los casos decididos (*stare decisis*), ha ido ganando terreno en los últimos cincuenta años en la jurisprudencia constitucional europea y más recientemente en la latinoamericana. Sin embargo, en Venezuela el valor vinculante de la jurisprudencia constitucional resultó una conquista otorgada directamente por la Constitución de 1999; aunque por lo visto, sin que los jueces de la Sala Constitucional hayan comprendido aún a cabalidad su verdadero origen, significado y alcance.

Ciertamente, la interpretación constitucional vinculante está reservada a los principios, valores y normas constitucionales, por vía conclusiva y concreta, pero nunca de manera ilimitada, extensa o vaga por imprecisa. Y, por otro lado, este carácter vinculante debe estar reservado al *tema decidendum*

³⁵ Artículo 335 de la CRBV.

y no a todos los comentarios fuera del objeto del asunto decidido que puedan configurar *obiter dictum*.

En todo caso, la jurisprudencia constitucional sobre el desconocimiento y la inejecución de las sentencias internacionales, incluidas las de la CIDH, comenzó muy temprano, en el primer año de vigencia de la Constitución de 1999.

Los antecedentes de la doctrina de la desaplicación de las sentencias internacionales las conseguimos en los siguientes fallos de la Sala Constitucional del TSJ: la sentencia 386 (caso revista “Exceso”) de 2000; la sentencia 1.013 (caso Elías Santana), y los Acuerdos institucionales de 2001; la sentencia 1.942 de 2003; la sentencia 1.411 de 2004, y la sentencia 1461 de 2006³⁶.

Particular referencia nos merece la sentencia 1.942³⁷, mediante la cual, en desarrollo de la sentencia 1.013, convalidó en el derecho interno —entre ellos— los delitos de expresión conocidos internacionalmente como “leyes de desacato”, estableció la habilitación para la “censura previa” judicial y creó las bases para la inejecución de las sentencias internacionales mediante la creación de un *exequátur* de constitucionalidad. Se trata, por ello, de una de las sentencias más adversas a las libertades democráticas y a la protección internacional de los derechos humanos que ha dictado la SC desde su creación³⁸.

1. El sometimiento de las sentencias internacionales al derecho interno

La sentencia 1.942 estableció con toda claridad que las sentencias emanadas de los tribunales internacionales, con especial referencia a la Corte IDH, deben sujetarse a la Constitución, por lo que las sentencias que la infrinjan o que se dicten sin agotar los recursos internos en Venezuela, “carecen de aplicación en el país”.

³⁶ Para un estudio detallado de estos fallos véase nuestro libro Ayala Corao, Carlos M., *La inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, 2009.

³⁷ Sentencia 1942 del 15 de julio de 2003, SC/TSJ, caso “Rafael Chavero Gazdik”, en www.tsj.gov.ve.

³⁸ En este capítulo seguimos lo expuesto en nuestro trabajo: Ayala Corao, Carlos M., “La sentencia 1.942 vs. la protección internacional de la libertad de expresión”, en Varios autores, *Sentencia 1.942 vs. Libertad de Expresión*, Caracas, CAJ/Aequitas, 2003.

Para llegar a esa jurisprudencia, la Sala Constitucional, en su fallo, descalificó de un todo a la CIDH como órgano internacional de protección de los derechos humanos, y vació de todo contenido jurídico a sus decisiones. En efecto, la sentencia 1.942, para desatender y apartarse de las recomendaciones del informe de la CIDH sobre la incompatibilidad de las leyes de desacato con la CADH, en el sentido de dejar sin efecto dichas normas penales que restringen la libertad de expresión, optó por desconocer el valor jurídico de las recomendaciones de la CIDH, así como de las sentencias de la CIDH, sujetándolas a que sus decisiones sean conformes a la Constitución de Venezuela según lo determine la Sala Constitucional del TSJ.

Precisamente en relación con la CIDH, como si todo lo anteriormente dicho fuera poco, pero quizá evidenciando una de las verdaderas motivaciones que pudo llevar a la Sala Constitucional a utilizar conceptos tan gravemente desconocedores y contrarios al derecho internacional, la sentencia 1942 —en franca violación a la CADH— descalificó a los miembros de la CIDH y a ésta misma, calificándolos de “burócratas de los derechos humanos”³⁹. Además, la sentencia desconoció abiertamente el carácter jurídico de las recomendaciones de la CIDH, afirmando que éstas no son “más que un punto de vista de la Comisión”. La sentencia 1.942 llegó al extremo de afirmar que una interpretación diferente a la expuesta por ella equivaldría a otorgarle a la CIDH un carácter supranacional, lo cual “debilita la soberanía de los Estados miembros, y que —como ya lo apuntó la Sala— lo prohíbe la Constitución vigente”. Finalmente, la sentencia 1.942

³⁹ Estos términos usados por los magistrados de la Sala Constitucional del TSJ de Venezuela contrastan con el respeto y el aprecio internacional que se ha ganado la CIDH en casi medio siglo de trabajo por la vigencia de los derechos humanos en el hemisferio, como ha sido reconocido mundialmente por las víctimas de violaciones y sus familiares, por los propios Estados miembros de la OEA y por el resto de la comunidad internacional. El exceso verbal de los magistrados de la SC contrasta con la naturaleza de los miembros que conforme a la CADH componen la CIDH, órgano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (artículo 33); quienes deben ser personas de “alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos” (artículo 34); quienes representan a “todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos” (artículo 36); quienes —al igual que los jueces de la CIDH— sólo perciben unos emolumentos y gastos básicos de viaje únicamente para asistir a las sesiones de trabajo y misiones oficiales, teniendo en cuenta “la importancia e independencia de sus funciones” en la forma que lo determina su Estatuto y el programa-presupuesto de la OEA (artículo 72); por lo que para cumplir sus funciones —al igual que los jueces de la CIDH— gozan de las “inmunities reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional” (artículo 70).

concluyó declarando formalmente “que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no son obligatorias”.

Sobre el particular —como se dijo *supra* y será retomado *infra* en este trabajo—, debemos recordar que bajo el derecho constitucional venezolano, el derecho a la tutela judicial efectiva para la protección internacional de los derechos humanos ante los órganos creados por los tratados ratificados, incluye la obligación del Estado de adoptar, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de dichos órganos internacionales⁴⁰. Y la CIDH es precisamente uno de esos “órganos internacionales”. Pero además, bajo el derecho internacional, si bien las recomendaciones de la CIDH no tienen la fuerza jurídica obligatoria de una sentencia de la Corte IDH, en virtud del principio de buena fe, los Estados tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la CIDH⁴¹, como órgano principal de la Carta de la OEA y órgano internacional de protección de los derechos humanos bajo la CADH⁴².

⁴⁰ Artículo 31 de la CRBV.

⁴¹ Sobre el particular, véase Bidart Campos, Germán J. *et al.*, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, *op. cit.* Cançado Trindade, Antonio Augusto, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *El juez y la defensa de la democracia*, *op. cit.*

⁴² En el caso de los informes de la CIDH, la “obligatoriedad” de sus recomendaciones ha sido establecida expresamente por la propia CIDH desde 1997, sobre la base del principio de cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales libremente adquiridos en el tratado, en los siguientes términos:

79. La Corte ha dicho anteriormente que, de conformidad con la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término “recomendaciones”, usado por la Convención Americana, debe ser interpretado conforme a su sentido corriente (caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C, núm. 22, párrafo 67, y caso Genie Lacayo. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 30, párrafo 93).

80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1. de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, 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 la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

Asimismo, el artículo 33 de la Convención Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, al ratificar dicha

Ahora bien, en relación con los tribunales internacionales y sus sentencias, pero con particular referencia a la Corte IDH y sus sentencias, la sentencia 1942 afirmó que carecen de aplicación o son inaplicables si violan la Constitución o si no se han agotado los recursos judiciales internos. Por otro lado, la tesis jurisprudencial asume expresamente que por encima del TSJ no existe órgano jurisdiccional alguno, pero en caso de que la Constitución lo autorice, sus fallos igualmente deben sujetarse a ésta. Lo contrario —en criterio de la sentencia— sería subvertir el orden constitucional, atentando contra la soberanía del Estado. Pero veamos lo que dice la sentencia⁴³:

A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución” siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.

(...) La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.

El artículo 2 del “Pacto de San José de Costa Rica”, es claro, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esa Convención, las medidas legislativas y de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es decir, las medidas de cualquier índole destinadas a hacer cumplir en el país con los deberes y obligaciones en materia de derechos humanos, deben tomarse con arreglo a los procedimientos constitucionales, y por ende a la Constitución misma.

Ahora bien, si tal es la posición de la Sala, con relación a la decisión de los organismos internacionales que por tener la competencia amparen derechos humanos, con mayor razón, la Sala rechaza las declaraciones de esos organismos que no se corresponden a dispositivos de fallos, sentencias u otro tipo de providencia jurisdiccional, como lo son recomendaciones, advertencias y manifestaciones similares; e igualmente, 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 por la República.

convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes. (Resaltados añadidos). (Corte IDH caso “Loayza Tamayo”. Sentencia de fondo del 17 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 33).

⁴³ TSJ/SC, sentencia 1942 del 15 de julio de 2003 citada *supra*.

Si en la mayoría de los Convenios, debe agotarse conforme al derecho interno, las vías judiciales, en Venezuela, tal agotamiento *debe cumplirse previamente, incluso para el decreto de medidas cautelares por organismos internacionales*, si ellas son posibles conforme al derecho interno, a fin de no burlar la soberanía del país, y a su vez para cumplir con los Tratados y Convenios Internacionales. *Si con esta tramitación no se cumple, Venezuela no puede quedar obligada por la decisión, que nace írrita* (cursivas añadidas).

Como para que no quedaran dudas de la doctrina establecida en la sentencia 1942 sobre el desconocimiento de las sentencias de los tribunales internacionales mediante su sometimiento a la Constitución, y por tanto, sobre la inexecución de las sentencias internacionales que contraríen la Constitución o en las que no se hayan agotado los recursos internos, la Sala Constitucional en el Comunicado —previamente citado—expresó lo siguiente:

1) El fallo sostiene que por encima del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano, y a los efectos del Derecho Interno, no hay ningún Tribunal supranacional, transnacional o internacional.

En consecuencia, no se ejecutan en Venezuela sentencias de esos Tribunales que contraríen la Constitución venezolana, siendo solamente en materia de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 Constitucional) donde pueden transferirse competencias de los Tribunales Venezolanos a los órganos supranacionales.

2) Que carece de aplicación en el país cualquier decisión de órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales que violen la Constitución, o que no hayan agotado el trámite del derecho interno, en Venezuela.

2. La creación control del pasavante o “exequátur” de constitucionalidad

El paso siguiente, luego de la afirmación del sometimiento de las sentencias internacionales a la Constitución de Venezuela, era lógicamente establecer un mecanismo que lo garantizara. Para ello, la Sala Constitucional del TSJ optó, en la sentencia 1942, por la insólita creación de un control constitucional de las sentencias internacionales, ejercido por ella misma. Mediante este mecanismo, para la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales internacionales, como la CIDH, se requiere que previamente la Sala Constitucional del TSJ les de un *pasavante*, el cual sólo procede respecto a aquellas que no vulneren los principios y normas constitucionales. Si la Sala Constitucional del TSJ no le concede el *pasavante* a una sentencia internacional que vulnera la Constitución, es entonces posible sostener —a su entender—, que en esos casos no hay lugar a la responsabilidad internacional del Estado por la inexecución del fallo. En palabras de la sentencia

1942, ésta es la tesis sobre el insólito pasavante o exequátur de constitucionalidad de las sentencias internacionales⁴⁴:

(...) Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las *decisiones* de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o *ad hoc* (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle *pasavante* y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existentes del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal.

(...) Planteado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores.

Transcurrieron más de cinco años antes de que la Sala Constitucional del TSJ afirmara expresamente la inejecución de una sentencia internacional dictada contra el Estado venezolano, supuestamente por violar principios o normas constitucionales. Pero, mientras tanto, el paso siguiente en la jurisprudencia constitucional del TSJ fue el desconocimiento explícito de la jurisprudencia de la Corte IDH.

V. APRECIACIONES CRÍTICAS

El 18 de diciembre de 2008 la Sala Constitucional del TSJ adoptó (en ponencia del magistrado Arcadio Delgado Rosales) la sentencia 1.939 (publicada el 12 de enero de 2009), mediante la cual aplicó por primera vez de manera explícita y motivada el “pasavante” de inconstitucionalidad a una sentencia de la CIDH, en la cual se había condenado al Estado de Venezuela como parte, para concluir declarándola “inejecutable” —y además decidió solicitarle al Ejecutivo Nacional que procediera a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos—⁴⁵. En efecto, el “exequátur” o control de constitucionalidad de las sentencias internacionales, que había

⁴⁴ TSJ/SC, sentencia 1942 del 15 de julio de 2003 citada *supra*.

⁴⁵ Sentencia 1936 del 18 de diciembre de 2008 de la Sala Constitucional del TSJ en *www.tsj.gov.ve*.

sido creado y anunciado por la sentencia 1942 tuvo por primera vez su aplicación formal y explícita después de cinco años, mediante la sentencia 1939. Se trata así del primer caso en el cual se interpuso formal y explícitamente una acción popular de inconstitucionalidad contra una sentencia de la CIDH, solicitando la declaratoria de su inconstitucionalidad y, por ende, de su inejecución en el ordenamiento jurídico interno de Venezuela. De esta forma se consumó la doctrina de la inejecución de las sentencias internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano, mediante la afirmación de que éstas deben sujetarse a la Constitución de Venezuela conforme a los criterios autónomos y soberanos de la Sala Constitucional del TSJ.

Las sentencias políticas como ésta, en estudio, no se originan en un vacío o en una abstracción, sino que tienen su explicación frente a unas circunstancias concretas y con unos móviles determinados. Por ello es sumamente interesante exponer brevemente cómo se originó este proceso, quién lo inició, cuáles fueron los precedentes en los que se basó, cuáles fueron los razonamientos de la sentencia, y cuál es el contenido del fallo de la Corte IDH y sus implicaciones.

1. ¿Quién originó este proceso y cómo se tramitó?

Este proceso se originó el 4 de diciembre de 2008, cuando abogados apoderados del gobierno de la República Bolivariana de Venezuela (Procuraduría General de la República) presentaron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia una “acción de control de la constitucionalidad” contra la sentencia de la CIDH del 5 de agosto de 2008 en el caso Apitz Barbera y otros *vs.* Venezuela⁴⁶, en la cual se ordenó al Estado la reincorporación en el cargo de los ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., y se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de cantidades de dinero y a las publicaciones referidas al sistema disciplinario de los jueces.

Con una celeridad inusual, excepto para este tipo de casos, pocos días después, el 18 de diciembre de 2008 la Sala Constitucional del TSJ emitió su decisión. Sin embargo, veamos por qué para llegar a su decisión tuvo que convertirse a ratos en juez y parte.

⁴⁶ CIDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela, citada *supra*.

A pesar de que los actores de la demanda habían ejercido una “acción de control de la constitucionalidad” contra la sentencia de la CIDH, la Sala Constitucional tuvo que, de oficio, cambiar la naturaleza y el objeto del recurso. En efecto, los abogados del gobierno pretendían en su demanda la “nulidad” de la sentencia internacional que impugnaban, pero como quiera habían entendido mal la doctrina del “pasavante” o “exequátur” de constitucionalidad creado en la sentencia 1942, la Sala Constitucional tuvo que enmendarles la plana. Para ello, “del estudio pormenorizado de la solicitud”, evidenció que la misma estaba dirigida a que “se aclare una duda razonable en cuanto a la ejecución” del fallo de la CIDH, ello es, “versa sobre el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional”. Lo anterior condujo a la Sala Constitucional a cambiar de oficio la calificación de la acción ejercida (“acción de control de la constitucionalidad”) por la de una “acción de interpretación constitucional”, cuyo objeto es “el cumplimiento del fallo” de la Corte IDH, ante la “presunta antinomia entre esa Convención Internacional y la Constitución Nacional”. De esta forma, la Sala Constitucional comenzó su fallo afirmando su competencia para conocer de la nueva acción y por ende la admisión de la misma.

De seguidas, la Sala Constitucional, sin fórmula de procedimiento alguno, sin citar a nadie, ni a las partes destinatarias y beneficiarias del fallo de la Corte (Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B.), ni al Ministerio de Relaciones Exteriores ni al propio agente del Estado ante la Corte IDH, entró de inmediato a decidir el fondo de su acción.

2. ¿Cuáles fueron los precedentes en los que se basó?

Como se trataba de la primera vez que la Sala Constitucional aplicaba su “pasavante” o “exequátur” de constitucionalidad a una sentencia internacional, en este caso de la CIDH, para ello no se le ocurrió mejor idea que citar como precedente de autoridad en el derecho comparado las sentencias dictadas por los tribunales militares de Perú durante la dictadura de Fujimori. Estas sentencias militares habían sido dictadas para pretender sustraer al Estado de Perú de los fallos de la CIDH frente a graves violaciones a los derechos humanos, incluidas desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias y torturas, así como otras violaciones a la independencia de los jueces arbitrariamente destituidos del Tribunal Constitucional y a la libertad de expresión.

De esta forma, la sentencia 1939 para sustentar su jurisdicción para pronunciarse sobre la adecuación de la sentencia de la CIDH al orden constitucional interno, citó de la siguiente forma la decisión adoptada por el Consejo Supremo de Justicia Militar de Perú que declaró la inejecutabilidad de la sentencia de la CIDH en el caso Castillo Petruzzzy y otro.

No se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos, como cuando fue declarada la inejecutabilidad del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 30 de mayo de 1999, en el caso: *Castillo Petruzzzy y otro*, por parte de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú, por considerar, entre otras cosas, que el poder judicial “es autónomo y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, lo que demuestra un clamoroso desconocimiento de la Legislación Peruana en la materia”; que “pretenden desconocer la Constitución Política del Perú y sujetarla a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la interpretación que los jueces de dicha Corte efectúan ad libitum en esa sentencia”; que el fallo cuestionado, dictado por el Tribunal Supremo Militar Especial, adquirió la fuerza de la cosa juzgada, “no pudiendo por lo tanto ser materia de un nuevo juzgamiento por constituir una infracción al precepto constitucional”; que “en el hipotético caso que la sentencia dictada por la Corte Interamericana fuera ejecutada en los términos y condiciones que contiene, existiría un imposible jurídico para darle cumplimiento bajo las exigencias impuestas por dicha jurisdicción supranacional”, pues “sería requisito ineludible que previamente fuera modificada la Constitución” y que “la aceptación y ejecución de la sentencia de la Corte en este tema, pondría en grave riesgo la seguridad interna de la República”.

Estando entonces claro el precedente “de autoridad” citado por la sentencia 1939 en la sentencia de los tribunales militares de Perú de la triste época de Fujimori, queda clara entonces la fuente de inspiración e iluminación de la Sala Constitucional para proseguir con su fallo. Lástima que ha debido advertir que esas “novísimas” tesis jurisprudenciales militares de la dictadura fujimorista ya habían sido dejadas sin efecto en Perú desde 2000, con ocasión de su regreso a la democracia y al Estado de derecho.

3. *¿Cuáles fueron los razonamientos de la sentencia?*

La Sala Constitucional seguramente no habría ejercido su control de constitucionalidad frente a esta sentencia de la CIDH (caso *Apitz Barbera* y otros *vs.* Venezuela) si ésta se hubiera limitado a ordenar una indemnización a los tres jueces destituidos arbitrariamente de sus cargos en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y no también su reincorpora-

ción. Esto último fue considerado una “intervención inaceptable” en las competencias que la Constitución le atribuye al TSJ. Ello queda claro en el siguiente pasaje de la sentencia 1939:

En consecuencia, al margen de la eventual antinomia entre normas protectoras de derechos individuales y las relativas al bien común, es claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no limitarse a ordenar una indemnización por la supuesta violación de derechos, utilizó el fallo analizado para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999.

De seguidas, la Sala Constitucional citó en su sentencia las normas constitucionales que le atribuyen al TSJ la administración, el gobierno del Poder Judicial, así como su autonomía⁴⁷.

⁴⁷ Estas normas de la CRBV citadas por el TSJ son las siguientes:

Artículo 254. El Poder Judicial es independiente y el Tribunal Supremo de Justicia gozará de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará al sistema de justicia una partida anual variable, no menor del dos por ciento del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no podrá ser reducido o modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional. El Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios.

Artículo 255. El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas. Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.

La ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas y las universidades colaborarán en este propósito, organizando en los estudios universitarios de Derecho la especialización judicial correspondiente.

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Artículo 267. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.

La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley.

El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará

De esta forma, la Sala Constitucional de allí en adelante en su sentencia 1939 va a seguir la línea argumental de que el fallo de la Corte IDH, al haber constatado la violación de los derechos de las víctimas y al haber requerido al Estado la reincorporación de los jueces destituidos, invadió dichas competencias constitucionales del Poder Judicial y por tanto su autonomía constitucional:

Ahora bien, se advierte del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que este órgano pretende que el Estado venezolano indemnice a los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz, a quienes califica de “víctimas” por haber presuntamente sido violados sus derechos individuales; pero en la supuesta constatación por dicha Corte de la violación de los derechos o libertades protegidos por la Convención, *dictó pautas de carácter obligatorio sobre gobierno y administración del Poder Judicial que son competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia* y estableció directrices para el Poder Legislativo, en materia de carrera judicial y responsabilidad de los jueces, *violentando la soberanía del Estado venezolano en la organización de los poderes públicos y en la selección de sus funcionarios, lo cual resulta inadmisibile.*

Planteada esta falsa antinomia entre la soberanía constitucional y la invasión consumada por el fallo de la Corte IDH, la Sala Constitucional en su lógica tenía que “resolverla”, aplicando para ello “su” interpretación autónoma de la Constitución. Para ello acogió la tesis del “nacionalismo constitucional absoluto” que consiste en afirmar que cuando se presente un conflicto entre la Constitución y el derecho internacional, siempre va a resolverse aplicando la primera. La motivación para ello es eminentemente política: en caso de conflicto entre el orden jurídico internacional y el interno debe prevalecer el proyecto político que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución para salvaguardar la soberanía del Estado. En palabras de la sentencia 1939:

Sobre este tema, la sentencia de esta Sala N° 1309/2001, entre otras, aclara que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*). Agrega el fallo citado: “en este orden de ideas, *los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y*

la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley. Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales.

las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”.

Concluye la sentencia que: “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución” y que *son inaceptables las teorías que pretenden limitar* “so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional”.

En el mismo sentido, la sentencia de esta Sala 1265/2008 estableció que *en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional*, “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos... (...) sobre los intereses particulares... (cursivas añadidas)

4. *¿En qué concluyó la sentencia?*

La tesis del “nacionalismo constitucional absoluto” o de la “soberanía estatal absoluta” sustentada en la preeminencia del proyecto político ideológico de la Constitución frente al conflicto con el derecho internacional, particularmente el de los derechos humanos, permitió entonces de seguidas a la sentencia 1939 consumir su coartada mediante la afirmación en el caso concreto, que la ejecución del fallo de la Corte IDH conllevaría a un caos institucional que afectaría la autonomía del Poder Judicial, la disciplina judicial, así como la cosa juzgada:

En este caso, estima la Sala que *la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de agosto de 2008, afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional* de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un *caos institucional* en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la *autonomía del Poder Judicial constitucionalmente* previsto y el *sistema disciplinario* instaurado legislativamente, así como también pretende la reincorporación de los hoy ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por supuesta parcialidad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial, cuando la misma ha actuado durante varios años en miles de casos, procurando la depuración del Poder Judicial en el marco de la actividad disciplinaria de los jueces. Igualmente, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *pretende desconocer la firmeza de las decisiones* de destitución que recayeron sobre los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que se deriva de la falta de ejercicio de los recursos administrativos o judiciales, o de la declaratoria de improcedencia de los recursos ejercidos por parte de las autoridades administrativas y judiciales competentes (cursivas añadidas).

Aplicando las anteriores razones, la sentencia 1.939 terminó en su parte dispositiva declarando⁴⁸:

1) INEJECUTABLE el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en el que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de cantidades de dinero y a las publicaciones referidas al sistema disciplinario de los jueces.

Pero además, y sin que mediara de por medio ningún razonamiento ni justificación, la Sala Constitucional declaró que en virtud de su declaratoria del fallo de la Corte IDH como inejecutable, ésta había incurrido en una evidente “usurpación de funciones” por lo que le solicitó al Ejecutivo Nacional que procediera a denunciar la CADH.

Pero dieciséis líneas antes, la única pista que nos había dado para llegar a esta decisión la sentencia 1939 era que a juicio de la Sala Constitucional, la “usurpación de funciones” en la que había incurrido la CIDH en su fallo era “el hecho de que tal actuación se fundamenta institucional y competencialmente en el aludido tratado”. Con ello lo que sin mayor razonamiento estaba reconociendo la Sala Constitucional del TSJ es que el problema era *per se* la CADH como tratado, ya que el mismo establece los órganos internacionales de protección de los derechos humanos en él reconocidos, asignándole a la CIDH jurisdicción y competencia para decidir en los casos lo que precisamente había decidido en su fallo, es decir, “garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” además de que “se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos”⁴⁹. Ello consistió en el caso concreto de los jueces destituidos arbitrariamente, la reincorporación a sus cargos. De allí que la Sala Constitucional en lugar de sincerar que el “conflicto” no era en sí con la sentencia de la CIDH sino con el tratado que limita la soberanía en nombre de los derechos humanos como bien superior, al final se rindió argumentalmente y optó más por razones de *potestas* que de *autoritas*, y decidió solicitarle auxilio al Ejecutivo Nacional para la expulsión de la CADH del ordenamiento jurídico venezolano. Algo que por cierto no se puede hacer en virtud de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, y

⁴⁸ Sobre el particular, en las líneas anteriores de la parte motiva, la sentencia 1936 había expresado lo siguiente:

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara *inejecutable* el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 5 de agosto de 2008, en la que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B.; con fundamento en los artículos 7o., 23, 25, 138, 156.32, el capítulo III del título V de la Constitución de la República y la jurisprudencia parcialmente transcrita de las Salas Constitucional y Político Administrativa. Así se decide (la cursiva en el original está subrayado).

⁴⁹ Artículo 63.1 de la CADH.

además, porque la CADH forma parte expresa de la propia Constitución en las normas relativas a los estados de excepción⁵⁰.

Si el lector no ha creído suficientemente cuanto acabo de expresar o si no sale aún de su asombro, puede pasar de inmediato a comprobar lo antes dicho, en las propias palabras de la Sala Constitucional en su sentencia 1939:

2) Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se *solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión* (cursivas añadidas).

5. *¿Cuáles eran y son las implicaciones de la ejecución del fallo de la Corte IDH en el caso concreto?*

La sentencia de la CIDH del 5 de agosto de 2008 en el caso Apitz Barbera y otros *vs.* Venezuela, cuya inejecución declaró la sentencia 1939, había dispuesto entre las medidas de reparación y restablecimiento de los derechos humanos violados, el restablecimiento a sus cargos de los jueces destituidos arbitrariamente⁵¹:

El Estado debe reintegrar al Poder Judicial a los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y a la señora Ana María Ruggeri Cova, si éstos 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. Si por motivos fundados, ajenos a la voluntad de las víctimas, el Estado no pudiese

⁵⁰ El artículo 339 de la CRBV establece:

Artículo 339. El decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron. La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público (cursivas añadidas).

⁵¹ CIDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela, citada *supra*.

reincorporarlas al Poder Judicial en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, deberá pagar a cada una de las víctimas la cantidad establecida en el párrafo 246 de esta Sentencia (cursivas añadidas).

Ese requerimiento fue precisamente, como vimos arriba, el que había originado la ira de la Sala Constitucional, que la llevó a inmolarse en el absolutismo nacionalista para declarar que con ello la CIDH había incurrido en una intervención inaceptable en la autonomía del Poder Judicial y su sistema disciplinario.

Pero veamos por qué. Conforme a los criterios del TSJ, los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA), destituidos en este caso, eran jueces “provisorios”, ya que no habían sido nombrados mediante un concurso público de oposición. Conforme a los criterios sostenidos por el TSJ en Venezuela, los jueces provisorios pueden ser nombrados sin concurso, pero no tienen estabilidad alguna, por lo que pueden ser removidos sin causa alguna, ni procedimiento ni derecho a revisión judicial. De allí que como jueces provisorios, los jueces de la CPCA que habían sido destituidos, no tenían derecho a la estabilidad ni a la revisión judicial de su destitución, ni por tanto a ser reintegrados en sus cargos por orden judicial. De hecho, la sentencia 1939 sin mayor desarrollo, se limitó a afirmar sobre este particular, que el fallo de la CIDH equipara los derechos de los jueces titulares con los provisorios, lo cual “es absolutamente inaceptable y contrario a derecho”. Y de seguidas, la sentencia 1939 citó en su apoyo la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional citada en la sentencia 0067-2008 de la Sala Político Administrativa del TSJ, que en los párrafos pertinentes establecen la doctrina de que los jueces provisorios (que han llegado a ser la mayoría y casi lo son en la actualidad) son de libre nombramiento y remoción:

En este orden de ideas, debe esta Sala traer a colación el criterio sostenido por la Sala Constitucional, en función del cual *la potestad que tiene la Comisión Judicial de este Máximo Tribunal para remover de sus cargos a los funcionarios designados con carácter provisional, es de estricto carácter discrecional.*

En efecto, a través de sentencia Nro. 2.414 del 20 de diciembre de 2007, a propósito de la revisión de oficio de la decisión Nro. 1.415 del 7 de agosto de 2007 dictada por esta Sala Político-Administrativa sobre un caso análogo al presente que fue declarado con lugar, aquella Sala señaló:

...Los jueces y juezas de carrera gozan de estabilidad y sólo pueden ser sancionados o destituidos de sus cargos si se demuestra, en el curso de una audiencia oral y pública con garantías de defensa, y regulado por el Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (publicado en la Gaceta Oficial N° 38.317, del 18 de noviembre de 2005) que han resultado incurso en faltas disciplinarias previstas en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura y la Ley de

Carrera Judicial, no así los jueces y juezas provisorios, que son susceptibles de ser separados del cargo de la misma manera como fueron designados: discrecionalmente.

Lo hasta ahora señalado sólo es aplicable a los jueces de carrera, ya que los provisorios, accidentales u otros jueces que son de libre nombramiento y remoción por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, pueden ser removidos por dicha Comisión con notificación a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de lo resuelto con estos jueces, a fin de la ratificación de lo decidido.

De seguidas, para reiterar el criterio sostenido, la sentencia 1.939 citó otra sentencia de la Sala Político-Administrativa del TSJ, la núm. 00-463-2007:

...cuando lo que se persigue es la remoción de *un juez* cuyo nombramiento ha sido efectuado de forma *provisional*, el acto administrativo que determine su *separación del cargo*, no tiene que ser sometido a *procedimiento administrativo alguno*, por cuanto la garantía de estabilidad del juez, y por consiguiente, el derecho a ser sometido al procedimiento respectivo, se obtienen con el concurso de oposición que instituyó el Texto Constitucional en su artículo 255, como una exigencia indispensable para acceder al cargo de juez con carácter de titular o juez de carrera, *estabilidad ésta que no poseen los jueces provisorios.*

De allí que darle ejecución al fallo de la CIDH en el caso Apitz Barbera y otros *vs.* Venezuela significaba reponer en sus cargos a tres jueces destituidos arbitrariamente por la Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Poder Judicial, a los cuales se les había nombrado con el carácter de “provisorios”, por lo que no tenían estabilidad y en criterio del TSJ podían ser removidos libremente, por lo que no tenían derecho a ser repuestos en sus cargos. Pero como veremos a continuación, la ejecución de este fallo era de especial complejidad dada las circunstancias y motivos por los que habían sido destituidos los jueces de la CPCA. Y por otro lado, lo que podía significar el desmontaje de la intervención del Poder Judicial y su falta de independencia. En efecto, mediante la figura de los jueces “provisorios” el TSJ nombra y remueve discrecionalmente a un gran número de jueces, controlando por esa vía sus decisiones.

6. ¿Cuáles fueron las verdaderas angustias de la Sala Constitucional?

Precisamente esas eran las verdaderas causas de angustia para el TSJ y su Sala Constitucional. Como veremos, el propio presidente de la República había señalado a los jueces de la CPCA por sus decisiones, controlando actos gubernamentales y había sugerido su destitución. Por otro lado, la figura de los jueces “provisorios” implicaba no sólo a los del fallo de la CIDH sino a un porcentaje que había llegado a casi el 80%, y que luego se

había convertido en el 44% de los jueces del país, y revertir esta situación jurídica beneficiaría a cientos y quizá miles de jueces removidos arbitrariamente. Todo ello giró entorno a esta decisión de unos jueces del TSJ, cuyos nombramientos en su mayoría habían sido producto de un plan de “empaquetamiento” del TSJ mediante la reforma de su ley, para así aumentar el número de sus magistrados y nombrar los nuevos únicamente entre jueces afectos a la revolución —como lo expresó el presidente de la Comisión Parlamentaria—, y cuyo diputado del partido de gobierno e impulsor de la ley recibió como premio su nombramiento inmediato como magistrado de la Sala Constitucional y jefe de la Comisión Judicial del TSJ encargada de nombrar y remover libremente a los jueces “provisorios”⁵².

Por ello, es importante destacar en qué circunstancias se dio la destitución de los jueces y cuál es la implicación de la ejecución del fallo de la CIDH.

Lo primero que debemos decir es que la sentencia del caso *Apitz Barbera* y otros de la CIDH se refiere a la destitución arbitraria de tres de los cinco jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA), por haber dictado sentencias independientes, declarando, entre otras decisiones, la relacionada con el tratamiento preferencial de los médicos extranjeros (cubanos) en el programa de medicina popular “Barrio Adentro” quienes podían (y pueden) ejercer la medicina sin tener legalizados sus títulos en el país, como lo exige la ley. Frente a la participación de esos médicos extranjeros sin exigírseles reválida de sus títulos, la CPCA decidió “que se sustituy[eran] a los médicos extranjeros, por aquellos médicos venezolanos o extranjeros que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley del Ejercicio de la Medicina”⁵³. A raíz de este fallo se produjeron en la prensa declaraciones de altas autoridades de gobierno, entre ellas la del presidente de la República, quien afirmó con palabras desmedidas, entre otras cosas⁵⁴.

Ustedes creen que el pueblo venezolano les va a hacer caso, a una decisión inconstitucional. Pues no les va a hacer caso. ...Mira yo no les digo lo que me provoca

⁵² Sobre el particular se pueden consultar los análisis en detalle y con respaldo probatorio contenidos en los *Informes sobre Venezuela* (capítulo IV) en los Informes Anuales de la CIDH, particularmente de 2004 y 2005 (www.cidh.org); así como los informes sobre la justicia en Venezuela de Human Rights Watch: “Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela” (www.hrw.org).

⁵³ Sentencia 2727 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA) del 21 de agosto de 2003.

⁵⁴ Declaración del presidente de la República Hugo Chávez Frías, del 24 de agosto de 2003, Aló presidente núm. 161.

a la Corte esta, a los tres, porque hay dos votos salvados, a los tres magistrados que no deben ser magistrados, ...váyanse con su decisión no se pa' donde. [...] La cumplirán ustedes en su casa pues si quieren...

A los pocos días, la policía de política allanó a la CPCA con armas largas⁵⁵, e inmediatamente después la Comisión de Reestructuración del Poder Judicial⁵⁶ procedió a suspender de inmediato y a destituir a los cinco jueces, por una causal absurda⁵⁷. Frente a ese proceso de destitución arbitraria, los tres jueces que intentaron defenderse en los procedimientos internos (Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B.) no pudieron hacerlo, y sus amparos no fueron decididos o fueron desestimados. Es importante aclarar por qué sólo recurrieron al sistema interamericano tres de los cinco jueces. ¿Qué pasó con los otros dos jueces que fueron igualmente destituidos de la CPCA? Los otros dos jueces destituidos, de tendencia oficialista y que habían salvado sus votos en las decisiones cuestionadas políticamente, fueron nombrados el año siguiente por la Asamblea Nacional como magistrados del TSJ, y además se convirtieron en la presidenta del Tribunal Supremo de Justicia y de su Sala Constitucional (Luisa Estela Morales, quien firma la sentencia 1939 a pesar de tener interés en el asunto y no inhibirse), y en la presidenta de la Sala Político-Administrativa del TSJ (Evelyn Marrero).

Durante el juicio ante la CIDH las víctimas insistieron en que su destitución se llevó a cabo en medio de una situación generalizada de falta de independencia del Poder Judicial en Venezuela debido a la existencia de un 70% de jueces “provisionales”, de libre nombramiento y remoción sin causa alguna, ni procedimiento ni derecho a un recurso judicial. Es impor-

⁵⁵ El 23 de septiembre de 2003 por la Dirección General de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP).

⁵⁶ El 8 de octubre de 2003. El nombre oficial: Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Poder Judicial. Es una comisión nombrada por el TSJ para ejercer provisionalmente el control disciplinario de los jueces, en principio, mientras se dictaba el Código de Ética del Juez y Jueza Venezolano, ahora, una vez dictado éste (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* núm. 39.236 del 6 de agosto de 2009), mientras se constituye el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial.

⁵⁷ Por el hecho de que el chofer del presidente de la CPCA había llevado, debidamente autorizado y conforme a la práctica general, un expediente a la casa de un juez accidental de la CPCA encargado de elaborar un proyecto de fallo. El chofer, señor Alfredo Romero, fue privado de su libertad el 18 de septiembre de 2003, y el 23 de octubre de 2003 la Sala de Casación Penal de TSJ la declaró sin fundamento toda vez que esa salida de expedientes no constituía delito y era una “práctica común” de los tribunales venezolanos, respecto de la cual no existía “prohibición expresa”.

tante advertir que en su sentencia en este caso, la CIDH declaró la incompatibilidad de ese tipo de jueces con la Convención Americana. Este tema de los jueces provisorios y la falta de independencia del Poder Judicial en Venezuela ha sido además objeto de preocupación de la comunidad nacional e internacional, no sólo por la CIDH expresada en sus informes sobre Venezuela⁵⁸, sino del propio Relator de la ONU para la independencia de los Jueces, y de los informes de las organizaciones no gubernamentales más reconocidas en Venezuela y en el mundo como por ejemplo, Provea⁵⁹, Comisión Internacional de Juristas⁶⁰ y Human Rights Watch⁶¹. Así, por ejemplo, en su *Informe sobre Venezuela* correspondiente al capítulo IV del Informe Anual de la CIDH de 2008 se expresa lo siguiente⁶²:

391. Durante el año 2008, la CIDH continuó recibiendo información sobre la situación de estabilidad de los llamados jueces temporales y provisorios. *La persistencia de esta problemática endémica, se ha visto reflejada en los altos números de jueces que han sido designados en el año 2008 en calidad de temporales o provisorios.* Conforme a la información recibida, entre el 1º de enero de 2008 y el 30 de septiembre de 2008 fueron nombrados aproximadamente 1407 jueces, de los cuales 919 son temporales, 322 son accidentales, 159 son provisorios, 4 son suplentes y 3 son integrantes. De los 919 jueces temporales, aproximadamente 854 fueron nombrados para cubrir vacaciones, permisos, licencias, inhibiciones y recusaciones de otros jueces y de los 159 provisorios aproximadamente 22 fueron nombrados para cubrir las plazas de los jueces retirados por jubilación. *Conforme a la información aportada, estos nombramientos no se estarían llevando a cabo conforme a los preceptos constitucionales que rige esa materia.*

392. Por otra parte, la Comisión ha observado que las resoluciones de nombramiento de jueces provisorios y temporales se realizan con fundamento en los artículos 255 y 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la parte *in fine* del artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en virtud

⁵⁸ Véanse los “Informes sobre Venezuela de la CIDH desde el Informe sobre Venezuela de 2004”, y los siguientes “Informes de Seguimiento e Informes sobre Venezuela”, correspondientes al capítulo IV de los Informes Anuales de la CIDH, en www.cidh.org.

⁵⁹ Véase “Informe Anual de PROVEA”, correspondiente a octubre 2007 y septiembre 2008, publicado en los *Informes Anuales de PROVEA*, en <http://www.derechos.org/ve/interna.php?id=47>.

⁶⁰ Véanse publicaciones sobre Venezuela de la CIJ en <http://www.icj.org/sommaire.php3?lang=es>.

⁶¹ Véanse las publicaciones de Human Rights Watch sobre Venezuela en, <http://www.hrw.org>, especialmente las correspondientes al Informe Mundial de enero de 2009, capítulo Venezuela, en http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/venezuela_la_sp.pdf, y *Manipulando el Estado de derecho*, en <http://www.hrw.org/en/reports/2004/06/16/manipulando-el-estado-de-derecho>.

⁶² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008, en <http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/indice2008.htm>.

de “[...] la urgencia de proveer las vacantes ocurridas en los distintos Tribunales de la nación, a fin de evitar las la paralización de los procesos judiciales, y previo el examen de las credenciales correspondientes a los aspirantes [...]”. El artículo 255 de la Constitución venezolana señala que “[e]l ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley”. No obstante esta disposición constitucional y la existencia de las Normas de Evaluación y Concurso de Oposición para el Ingreso y Ascenso a la Carrera Judicial, no se estaría utilizando el mecanismo contemplado en las mismas para la selección de los jueces sino más bien el establecimiento de un estado permanente de “urgencia”, bajo el cual se amparan los nombramientos.

393. Como lo ha manifestado anteriormente la Comisión, tanto el incumplimiento de los procedimientos constitucionales y legales para el nombramiento de jueces, así como el vacío jurídico en cuanto a las categorías de jueces mencionadas, *expone a éstos funcionarios a posibles presiones indebidas en el ejercicio de la importante función que realizan y consecuentemente implica un grave peligro para la independencia del Poder Judicial venezolano* (cursivas añadidas).

Sobre el particular, la sentencia de la CIDH estableció en este caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs. Venezuela* que la inestabilidad de los jueces provisionales debido a su remoción discrecional es contraria a la obligación del Estado de garantizar la independencia de los jueces y tribunales conforme al artículo de la CADH, por lo que⁶³:

[...] *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.* [...] [L]a Corte considera que la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables. Además, no debe extenderse indefinidamente en el tiempo y debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente. *Los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla.* De esta manera, la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial. *Esta situación de vulnerabilidad del Poder Judicial se acentúa si tampoco existen procesos de destitución respetuosos de las obligaciones internacionales de los Estados* (cursivas añadidas).

⁶³ CIDH. Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs. Venezuela*, citada *supra*.

Como vemos, la doctrina sobre el régimen jurídico de los jueces “provisorios” establecida por la Corte IDH en su fallo, era diametralmente opuesta a la sentada en la jurisprudencia tanto de la Sala Constitucional como de la Sala Político-Administrativa del TSJ, es decir, “los jueces provisorios deben ser una excepción y en todo caso el Estado debe asegurar que 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”. Como dijimos antes, la reversión de la doctrina de la absoluta inestabilidad y dependencia de los jueces provisorios, afecta en el corazón la política de intervención judicial desde el TSJ, la cual comprende a cientos y miles de jueces removidos y destituidos arbitrariamente en los últimos años. De allí la razón política del por qué la Sala Constitucional del TSJ le negó la ejecución al fallo de la Corte IDH.

En efecto, luego de realizada esta interpretación auténtica de la CADH, la sentencia de la Corte Interamericana declaró, en consecuencia, que la destitución de los ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., violó los derechos al debido proceso y a las garantías judiciales de esas personas (artículos 8o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en virtud de que el Estado de Venezuela *i)* no les garantizó el derecho a ser juzgados por un tribunal imparcial; *ii)* incumplió con el deber de motivación derivado de las debidas garantías; *iii)* violó el derecho a ser juzgados por un tribunal independiente; *iv)* violó el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, y *v)* violó el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo. Y en virtud de ello, en su parte dispositiva, el referido fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a la República Bolivariana de Venezuela a:

i) reintegrar al Poder Judicial a los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y a la señora Ana María Ruggeri Cova, si éstos así lo desean, en un cargo que tenga las remuneraciones, beneficios sociales y rango equiparables a los que le correspondería el día de hoy si no hubieran sido destituidos. Si por motivos fundados, ajenos a la voluntad de las víctimas, el Estado no pudiere reincorporarlas al Poder Judicial en el plazo de seis meses, deberá pagar a cada una de las víctimas la cantidad establecida en el párrafo 246 de esta Sentencia; *(ii)* realizar los pagos de las cantidades establecidas en la sentencia por concepto de daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia, en los términos misma; *(iii)* realizar las publicaciones en el diario oficial y en la prensa de los extractos señaladas en la sentencia, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la

misma; y (iv) adoptar dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia las medidas necesarias para la aprobación del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolanos.

Ésta fue la sentencia de la Corte IDH que según la Sala Constitucional del TSJ usurpó sus funciones y que por tanto declaró inejecutable.

En relación con la situación de los jueces provisorios en Venezuela, la Corte IDH tuvo oportunidad de pronunciarse nuevamente en 2009 en el caso de María Cristina Reverón Trujillo, quien siendo jueza provisorio había sido destituida arbitrariamente por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, y si bien esa decisión fue posteriormente anulada, por arbitraria, por la Sala Político-Administrativa del TSJ, dicha sentencia no ordenó la consecuente reincorporación a su cargo por su condición de provisorio. En esta nueva sentencia, la Corte IDH analizó el contexto y la situación del Poder Judicial en Venezuela, aún caracterizada por un alto porcentaje de jueces provisorios (44%) de libre nombramiento y remoción⁶⁴:

106. De todo lo expuesto, el Tribunal concluye que *en Venezuela, desde agosto de 1999 hasta la actualidad, los jueces provisorios no tienen estabilidad en el cargo, son nombrados discrecionalmente y pueden ser removidos sin sujeción a ningún procedimiento preestablecido*. Asimismo, en la época de los hechos del presente caso, *el porcentaje de jueces provisorios en el país alcanzaba aproximadamente el 80%*. En los años 2005 y 2006 se llevó a cabo un programa por medio del cual los mismos jueces provisorios nombrados discrecionalmente lograron su titularización. *La cifra de jueces provisorios se redujo a aproximadamente 44% a finales del año 2008*.

(...)

121. En tercer lugar, *el Poder Judicial tiene actualmente un porcentaje de jueces provisorios de aproximadamente el 40%, conforme a las cifras proporcionadas por el propio Estado, porcentaje que en la época de los hechos del presente caso alcanzó el 80%*. Esto, además de generar obstáculos a la independencia judicial conforme al párrafo, *resulta particularmente relevante por el hecho de que Venezuela no ofrece a dichos jueces la garantía de inamovilidad*. Como ya fue establecido, la inamovilidad es una de las garantías básicas de la independencia judicial que el Estado está obligado a brindar a jueces titulares y provisorios por igual. Además, la Corte observa que *los jueces provisorios son nombrados discrecionalmente por el Estado, es decir, sin la utilización de concursos públicos de oposición* y muchos de éstos han sido titularizados a través del PET. Esto quiere decir que las plazas correspondientes han sido provistas sin que las personas que no hagan parte del Poder Judicial hayan tenido oportunidad de competir con los jueces provisorios para acceder a esas plazas. A pesar de que a través del PET se adelantan evaluaciones de idoneidad, este

⁶⁴ CIDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

procedimiento otorga estabilidad laboral a quienes fueron inicialmente nombrados con absoluta discrecionalidad. (cursivas añadidas).

Citando el precedente de la sentencia del caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela, la Corte IDH reiteró que el Estado debe garantizarles a los jueces provisorios una cierta estabilidad en su cargo, al menos hasta que se cumpla la condición resolutoria de su nombramiento y en todo caso sujeto a las normas ordinarias de disciplina judicial⁶⁵:

116. *De la misma forma en que el Estado está obligado a garantizar un procedimiento adecuado de nombramiento para los jueces provisorios, debe garantizarles una cierta inamovilidad en su cargo.* Esta Corte ha manifestado que la provisionalidad “debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente”. De esta manera, *la garantía de la inamovilidad se traduce, en el ámbito de los jueces provisorios, en la exigencia de que ellos puedan disfrutar de todos los beneficios propios de la permanencia hasta tanto acaezca la condición resolutoria que pondrá fin legal a su mandato.* En este sentido, vale la pena mencionar que la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela sí reconocía que los jueces provisorios cuentan con estabilidad hasta que se cumpliera cierta condición (cursivas añadidas).

En este caso la CIDH fue aún más allá, por lo que es importante destacar como novedoso que en su sentencia resolvió (como medida de no repetición) requerirle al Estado venezolano, con carácter general, el cese de las normas y prácticas que consideran de libre remoción a los jueces provisorios⁶⁶:

12. *El Estado deberá adecuar en un plazo razonable su legislación interna a la Convención Americana a través de la modificación de las normas y prácticas que consideran de libre remoción a los jueces provisorios,* de conformidad con lo expuesto en los párrafos de esta Sentencia (cursivas añadidas).

Al momento de escribirse este trabajo aún no sabemos la suerte de la ejecución o cumplimiento de esta sentencia de la CIDH en Venezuela. No obstante, el TSJ, al declarar la inejecución por la supuesta inconstitucionalidad de la sentencia internacional dictada en el caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela, con base en un tratado vigente, violó, mediante la sentencia 1939, no sólo la CADH sino la propia Constitución de Venezuela, confundió las sentencias

⁶⁵ CIDH. Caso Reverón Trujillo *vs.* Venezuela, citada *supra*.

⁶⁶ *Idem*.

internacionales con las sentencias extranjeras, y pretendió erigir un “muro de Berlín” al derecho internacional de los derechos humanos.

V. APRECIACIONES CRÍTICAS

Las doctrinas de la Sala Constitucional del TSJ de Venezuela sobre el desconocimiento y la inejecución de las sentencias de la Corte IDH que hemos referido en este trabajo han venido siendo desarrolladas desde 2000 a espaldas no sólo del derecho internacional, sino del propio texto de la Constitución de 1999. En efecto, esas tesis jurisprudenciales han significado una *mutación inconstitucional*⁶⁷, en el sentido que han introducido un cambio al contenido de los principios y normas de la Constitución, sin seguir para ello los procedimientos establecidos.

La primera campanada de esta actitud inconstitucional e inconvenional de la Sala Constitucional del TSJ fue tempranamente en 2000, mediante la sentencia 386, la cual calificó a las medidas cautelares acordadas por la CIDH, como una “inaceptable” injerencia en la competencia e independencia de los jueces venezolanos.

A partir de la sentencia 1.013 y el Acuerdo del TSJ en 2001 se afirmó que la interpretación de los tratados, pactos o convenciones relativos a los derechos humanos le corresponde a la Sala Constitucional de este alto tribunal, y de esta forma se perfiló más claramente el desarrollo de las doctrinas constitucionales sobre: *i*) el no acatamiento de la jurisprudencia de la CIDH; *ii*) la soberanía interpretativa del TSJ, y *iii*) la no sujeción de sus decisiones a ninguna instancia internacional. De esta forma, la jurisprudencia constitucional venezolana asumía una doctrina de “desconocimiento implícito” de la jurisprudencia de la CIDH.

Con la sentencia 1942 en 2003, en desarrollo de la sentencia 1013, se convalidaron en el derecho interno los delitos de expresión, conocidos internacionalmente como “leyes de desacato” y se estableció la habilitación para la “censura previa” judicial. Con esta sentencia se creó la doctrina del “pasavante” o “exequátur” de constitucionalidad para así controlar la inejecución de las sentencias internacionales por el Estado venezolano.

⁶⁷ Sobre el concepto de *mutación constitucional* véase García Pelayo, Manuel, *Manual de derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.

Posteriormente, mediante la sentencia 1411 de 2004, la Sala Constitucional del TSJ validó la colegiación obligatoria de periodistas en Venezuela, en expresa y abierta violación de la jurisprudencia de la CIDH establecida en la Opinión Consultiva 5 (OC-5). De esta forma, con esa sentencia la Sala Constitucional inició la doctrina del “desconocimiento explícito” de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Pero va a ser en 2006 con la sentencia 1461, cuando por primera vez la Sala Constitucional desacata e inejecuta un fallo de la CIDH dictado contra Venezuela. Con lo cual, de las doctrinas jurisprudenciales del “desconocimiento implícito” y del “desconocimiento explícito” de la jurisprudencia de la Corte IDH, la Sala Constitucional pasa al “desacato o inejecución explícita” de las sentencias de dicho tribunal internacional en los casos en los cuales el Estado de Venezuela es parte.

La doctrina del “desacato o inejecución explícita” de las sentencias de la Corte IDH en las cuales el Estado venezolano es parte, adquiere su cenit en 2008 con la sentencia 1939, mediante la cual aplicó por primera vez de manera explícita y motivada el “pasavante” de inconstitucionalidad a una sentencia de ese tribunal internacional en la cual se había condenado al Estado de Venezuela como parte, para así concluir declarándola “inejecutable” —además de solicitarle al Ejecutivo Nacional que procediera a denunciar la CADH—.

A continuación expondremos algunas críticas que nos merecen esas doctrinas constitucionales, a la luz tanto del derecho internacional como del derecho constitucional.

1. El desconocimiento del derecho internacional

La jurisprudencia constitucional venezolana sobre el desconocimiento de las sentencias internacionales y particularmente de las emanadas de la Corte IDH, configura un abierto desconocimiento del derecho internacional.

Como hemos visto, la sentencia 1013 y el Acuerdo de Sala Plena de 2001 plantean claramente el desconocimiento de la protección internacional de los derechos humanos frente a una tesis de soberanía nacional absoluta en los términos interpretados de manera autárquica por el TSJ.

Estos fundamentos nos merecieron unos breves comentarios⁶⁸, que luego reiteramos con ocasión de su coincidencia con la doctrina más acabada que fue expuesta por el TSJ/SC en la sentencia 1942 que citamos *supra*, conforme a la cual:

las decisiones de los organismos de protección internacional de los derechos humanos (CIDH y Corte IDH) sólo se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establecen la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en la Constitución; y por encima del Tribunal Supremo de Justicia no existe órgano jurisdiccional alguno, por lo que las decisiones de éstos órganos internacionales que contradigan las normas constitucionales venezolanas, carecen de aplicación en el país pues lo contrario sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado venezolano.

En relación con esta tesis debemos observar, en primer lugar, que es incorrecto afirmar que las decisiones del TSJ en sus diferentes salas no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales. En efecto, “todos” los actos del Estado, desde su Constitución hasta los actos administrativos individuales, están sometidos al control de los órganos internacionales de protección de la persona humana creados por los tratados. No puede alegarse la soberanía ni la conformidad con el ordenamiento jurídico interno, ni la patria libre como motivos para excluir la sujeción de determinados actos del Estado a la jurisdicción internacional, y mucho menos a la de los derechos humanos. Los derechos humanos y la protección internacional de la persona son una conquista irrenunciable de la humanidad y del derecho internacional, a la cual se someten libremente los Estados al ratificar los tratados correspondientes. En este sentido, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, los Estados asumen el compromiso integral de respeto de los derechos humanos como una obligación internacional emanada de los instrumentos internacionales respectivos. Este compromiso de respeto y garantía plena a los derechos humanos comprende, según los artículos 1o. y 2o. de la CADH, a las medidas de cualquier naturaleza que deben adoptar los órganos del Estado: legislativos, ejecutivos, judiciales, ministerios públicos, autoridades electorales, defensorías del pueblo, o cualesquiera otras. Por ello, las decisiones judiciales emanadas de las altas cortes o tribunales nacionales que violen las obligaciones de respeto y garantía de los derechos recono-

⁶⁸ Seguimos lo expuesto en Sobre el particular véase Ayala Corao, Carlos M., “Comentarios sobre la incompatibilidad de la sentencia 1.013 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La libertad de expresión amenazada*. Sentencia 1013, IIDH/EJV, San José, Caracas, 2001, pp. 156 y ss.

cidos los instrumentos internacionales están siempre sujetas al control de los órganos del sistema internacional, en este caso el interamericano de protección de la persona humana. Al mismo tiempo hay que precisar que esos órganos internacionales no tienen por objeto el control de los actos de derecho interno, cuando éstos no sean violatorios de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales correspondientes.

Esa jurisprudencia constitucional que sobre la supremacía y la autarquía nacionalista exclusiva y excluyente llevó precisamente a desconocer explícitamente la jurisprudencia consultiva de la CIDH, luego los propios fallos de dicho tribunal internacional contra Venezuela, como fue el caso de la sentencia 1461; para culminar su involución con la sentencia 1939 declarando la inejecución de un fallo condenatorio.

Estas tesis jurisprudenciales venezolanas son abiertamente violatorias del derecho internacional público general y de la CADH en particular. En efecto, conforme al principio de derecho internacional *pacta sunt servanda* que es norma de derecho consuetudinario de obligatorio cumplimiento por los Estados, “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”⁶⁹. Asimismo, un Estado no puede alegar sus propios actos para pretender justificarse o eximirse de las obligaciones internacionales derivadas de un tratado. En este sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 27.1 que “Un Estado parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”.

⁶⁹ Artículo 26, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. A pesar de que Venezuela no ha ratificado dicho instrumento, la CIDH estableció normas como éstas, que son de derecho consuetudinario de obligatorio cumplimiento para el Estado venezolano. Así, en su resolución del 4 de mayo de 2004 sobre “medidas provisionales respecto de Venezuela” (casos: Liliana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luis Uzcátegui; Marta Colomina y Liliana Velásquez), la CIDH estableció dicho criterio en los siguientes términos:

7. Que la obligación de cumplir con lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un *principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda)* y, como ya ha señalado esta Corte y como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida. Aún cuando Venezuela alegó no ser parte de la Convención de Viena, la obligación internacional del *pacta sunt servanda*, es norma de derecho consuetudinario de obligatorio cumplimiento (cursivas añadidas).

En este sentido, recordemos que la CADH establece que los fallos de la Corte IDH son “definitivos e inapelables”⁷⁰, y el compromiso de los Estados de “cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”⁷¹. Además, las sentencias de la Corte IDH deben ser transmitidas a todos los Estados partes en la CADH⁷², dado que ellas establecen las interpretaciones auténticas de ésta que pasan a formar en la práctica parte de la Convención misma.

Por ello, las tesis de la jurisprudencia venezolanas, conforme a las cuales las disposiciones de los tratados y en particular de la CADH incluidas las relativas a la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, quedan sujetas a la Constitución y en especial a las interpretaciones autónomas y autárquicas de la Sala Constitucional del TSJ inmunes al derecho y a la jurisdicción internacional, son abiertamente contrarias al derecho internacional.

Por otro lado, en relación con la doctrina jurisprudencial venezolana de la interpretación exclusiva y excluyente de los tratados relativos a los derechos humanos por la Sala Constitucional del TSJ, debemos precisar que por el contrario, la interpretación última y auténtica de los tratados le corresponde a los órganos de la jurisdicción internacional. Por lo tanto, todos los tribunales de derecho interno, incluidas las cortes supremas de justicia y las cortes constitucionales, están en la obligación de seguir las pautas interpretativas y de dar cumplimiento a las sentencias emanadas de los tribunales internacionales que ejercen jurisdicción sobre dichos estados. En este sentido, como lo ha recordado Antônio A. Cançado Trindade (ex presidente de la CIDH, juez de la Corte Internacional de Justicia y autorizado autor en la materia):

una decisión judicial interna puede dar una interpretación incorrecta de una norma de un tratado de derechos humanos; o cualquier otro órgano estatal puede dejar de cumplir una obligación internacional del Estado en este dominio. En tales hipótesis se puede configurar la responsabilidad internacional del Estado, por cuanto sus tribunales u otros órganos no son los intérpretes finales de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos⁷³.

De allí que el principio de derecho internacional en esta materia conforme al cual, los órganos de supervisión internacionales “controlan la

⁷⁰ Artículo 67 de la CADH.

⁷¹ Artículo 68.1 de la CADH.

⁷² Artículo 69 de la CADH.

⁷³ Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, 2001, p. 275.

compatibilidad de la interpretación y aplicación del derecho interno con las obligaciones convencionales, para la determinación de los elementos fácticos a ser evaluados para el propósito de la aplicación de las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos”⁷⁴.

En este sentido, teniendo en mente la sentencia 1411 del TSJ que desconoció la interpretación fijada por la CIDH sobre la incompatibilidad de la colegiación obligatoria de periodistas (OC-5), es importante recordar que además de la interpretación de la CADH que hace la Corte IDH con ocasión de sus sentencias en los casos individuales, la propia CADH le otorga una competencia consultiva genérica a la CIDH para interpretar dicha Convención y los otros tratados de derechos humanos, y para determinar la compatibilidad de las leyes internas (incluida las constituciones) de los Estados miembros de la OEA con los mencionados instrumentos internacionales⁷⁵. Ahora bien, en el ejercicio de su jurisdicción nacional, los tribunales de derecho interno pueden aplicar y con ocasión de ello interpretar los tratados relativos a los derechos humanos, pero en esa labor deben sujetarse a las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales correspondientes. En efecto, si bien la competencia judicial interna de Venezuela le asigna a la Sala Constitucional del TSJ la interpretación última de la Constitución y, por tanto, de los tratados sobre derechos humanos —en virtud de su jerarquía constitucional—⁷⁶, esa disposición debe entenderse en el siguiente sentido: conforme a la Constitución, el TSJ es su máximo y último intérprete⁷⁷, pero sólo en el orden interno y siempre sujeto a la jurisprudencia internacional. En efecto, salvo los casos autorizados por el derecho internacional, la jurisdicción de los tribunales nacionales tiene por límite la jurisdicción del propio Estado. Por ello, las interpretaciones que hagan los tribunales de la jurisdicción interna de los Estados deben respetar los estándares mínimos establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y particularmente la jurisprudencia de sus órganos internacionales de protección. Ello permite, al mismo tiempo, que un Estado al interpretar un tratado establezca normas más garantistas

⁷⁴ Cfr. H. Mosler, “L’influence du droit national sur la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersh*, vol. I, Bruselas-París, Bruylant/LGDJ, 1972, pp. 540 y 541; C. H., Schreuer, “The Implementation of International Judicial Decisions by Domestic Courts”, 24 *International and Comparative Law Quarterly* (1975), pp. 153 y 183, citados por Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, op. cit., p. 278.

⁷⁵ Artículo 64 de la CADH.

⁷⁶ Artículo 23 de la CRBV.

⁷⁷ Artículo 335 de la CRBV.

para la protección de la persona que las establecidas en la jurisprudencia internacional, lo cual será válido en virtud del “principio de progresividad” en la materia⁷⁸. Sin embargo, si la interpretación de un tratado realizada por la Sala Constitucional del TSJ de Venezuela resulta contraria a los estándares mínimos de protección establecidos en la jurisprudencia de la CIDH, dicha sentencia será contraria a la propia CADH, en virtud del mismo principio de progresividad⁷⁹. En estos casos, como quedó aclarado, la sentencia nacional es susceptible de ser controlada por los órganos de protección internacional, a fin de tutelar los derechos humanos de la víctima conforme a los estándares internacionales y con ello, además, se estaría comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado por causa de la sentencia violatoria del tratado. Por ello, en estos casos resulta totalmente improcedente la invocación de la “*soberanía estatal* en lo tocante a la interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos vigentes” (cursivas añadidas)⁸⁰.

De allí la doble importancia de la aplicación de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por los tribunales nacionales: por un lado, para lograr la protección efectiva de la persona humana con base en los estándares internacionales como reglas mínimas (principio de progresividad), y, por el otro, para que el Estado no incurra en la responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos, cuando las sentencias nacionales no sean reparatorias de violaciones ocurridas o cuando puedan resultar en sí mismas en violaciones a tales derechos fundamentales.

Con mayor razón, la obligación de los Estados de “cumplir la decisión de la CIDH en todo caso en que sean partes”⁸¹, como hemos dicho en este trabajo, significa satisfacer en derecho a la tutela judicial efectiva internacional. Por ello, los Estados están obligados a adoptar todas las medias legislativas y de cualquier naturaleza que sean necesarias, a fin de darle cumplimiento cabal a las decisiones de la CIDH en todos los casos en que hayan sido parte. Por ello, resulta grave bajo el derecho internacional, y en particular bajo la CADH, que un estado parte de dicho tratado, que ha reconocido la jurisdicción obligatoria de la CIDH, no sólo no adopte a través de sus órganos competentes los actos necesarios para dar cumplimiento a sus decisiones, sino que llegue a adoptar decisiones expresas que

⁷⁸ Artículo 29 de la CADH.

⁷⁹ Artículo 29.1 de la CADH.

⁸⁰ Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, op. cit.*, p. 279.

⁸¹ Artículo 68.1 de la CADH.

las inejecute (como ocurrió con la sentencia 1461 del TSJ que inejecutó la sentencia del Caracazo de la CIDH) o incluso que llegue incluso a declararlas “inejecutable” en un todo (como ocurrió con la sentencia 1.939 del TSJ que declaró “inejecutable” la sentencia del caso Apitz y otros —CPCA— de la CIDH).

En relación con la sentencia 1939, la CIDH en su informe anual correspondiente a 2008, incluyó en su capítulo IV un informe especial sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, en el cual afirmó que dicha sentencia del TSJ desconoce las obligaciones internacionales asumidas por Venezuela como Estado parte de la CADH, por lo cual le hizo un llamado a dicho Estado a cumplir con sus obligaciones internacionales adquiridas al ratificar dicho tratado⁸²:

324. La Comisión encuentra que la línea jurisprudencial de esta sentencia desconoce las obligaciones internacionales asumidas por Venezuela como Estado Parte de la Convención Americana.

325. La Corte Interamericana ha sostenido “que es la Corte, como todo órgano internacional con funciones jurisdiccionales, la que tiene el poder, inherente a sus atribuciones, de determinar el alcance de sus resoluciones y fallos y el cumplimiento de estos no puede quedar al mero arbitrio de las partes pues sería inadmisibles subordinar el mecanismo previsto en la Convención Americana a restricciones que hagan inoperante la función del Tribunal y, por lo tanto, el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la Convención”. La Corte Interamericana también ha señalado que los “Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos”.

326. Asimismo, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyos principios se encuentran reflejados en la Convención Americana, codifica un principio básico del derecho internacional consuetudinario, el Tribunal ha señalado en múltiples ocasiones que: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. [...], ya que los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*)”.

327. La Asamblea General de la OEA ha considerado que “la denuncia de los instrumentos jurídicos interamericanos de derechos humanos y el retiro del reconocimiento de la competencia obligatoria de la Corte, afecta al sistema regional en su conjunto” resolviendo, entre otros aspectos, “reiterar que los fallos de la Corte son definitivos e inapelables y que los Estados Partes de la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que sean parte”.

⁸² Véase “Informe sobre Venezuela”, *Informe Anual de la CIDH 2008*, capítulo IV, www.cidh.org.

328. Sobre la base de las anteriores consideraciones, la Comisión hace un llamado al Estado venezolano a cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas al ratificar la Convención Americana.

La Comisión Internacional de Juristas⁸³ (CIJ), con sede en Ginebra, reaccionó de inmediato ante la sentencia 1939, dirigiéndole el 28 de enero de 2009 una carta a los representantes permanentes (embajadores) ante la OEA y luego emitiendo un comunicado de prensa. En dichos instrumentos la CIJ calificó a la sentencia 1.939 como “una seria amenaza a la integridad y eficacia del sistema hemisférico de protección de derechos humanos”, y recordó el compromiso internacional del Estado venezolano adquirido bajo la CADH de cumplir con las sentencias de la CIDH:

La Comisión hace un llamado al Estado venezolano a cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas al ratificar la Convención Americana.

Mediante una carta enviada a la Organización de Estados Americanos (OEA) y a todas las Representaciones Permanentes ante dicho organismo, la CIJ destacó el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana. También instó al Consejo Permanente de la OEA a tomar las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la sentencia de la Corte por parte del Estado venezolano y a evitar una eventual denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“Esta sentencia constituye una seria amenaza a la integridad y eficacia del sistema hemisférico de protección de derechos humanos”, manifestó Wilder Tayler, Secretario general en funciones de la CIJ. “De ser cumplida, el Gobierno venezolano se uniría al triste precedente del Gobierno de Fujimori, que incumplió sentencias de la Corte Interamericana y pretendió sustraerse de su competencia”.

En su comunicación, la CIJ destacó las diversas resoluciones de la Asamblea General de la OEA, adoptadas por unanimidad, y las sentencias de la Corte Interamericana, en las que se afirma el carácter obligatorio e inapelable de las sentencias de la CIDH. Asimismo, recordó que el carácter jurídicamente vinculante e intangible de las sentencias de la Corte IDH ha sido reiterativamente reafirmado por la Asamblea General de la OEA, en sus resoluciones “Observaciones y Comentarios al Informe Final de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁸⁴. En ese sentido, en su Tri-

⁸³ Véase en www.cij.org.

⁸⁴ AG/RES. 1716 (XXX-O/00) del 5 de junio de 2000; AG/RES. 1827 (XXXI-O/01) del 5 de junio de 2001; AG/RES. 1850 (XXXII-O/02) del 4 de junio 2002; AG/RES. 1918 (XXXIII-O/03) del 10 de junio de 2003; AG/RES. 2043 (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004; AG/RES. 2129 (XXXV-O/05) del 7 de junio de 2005; AG/RES. 2223 (XXXVI-O/06) del 6 de junio de 2006; AG/RES. 2292 (XXXVII-O/07) del 5 de junio de 2007, y AG/RES. 2408 (XXXVIII-O/08) del 3 de junio de 2008.

gésimo Octavo Periodo Ordinario de Sesiones⁸⁵, la Asamblea General de la OEA resolvió: “Reiterar que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son definitivos e inapelables y que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que sean parte”⁸⁶.

La CIJ además les recordó que los jefes de Estado y de Gobierno del Hemisferio se comprometieron, en las “Declaraciones y Planes de Acción” de la Tercera y Cuarta Cumbres de las Américas, a continuar respaldando y fortaleciendo el funcionamiento de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, promoviendo en los órganos políticos de la OEA, en el marco del proceso de reflexión en curso, acciones concretas para lograr, entre otros objetivos, un efectivo cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH. Así, en el Plan de Acción de la Cuarta Cumbre de las Américas (Mar del Plata, Argentina 5 de noviembre de 2005), los jefes de Estado y de Gobierno del Hemisferio se comprometieron a:

Continuar respaldando y fortaleciendo el funcionamiento de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, promoviendo en los órganos políticos de la OEA, en el marco del proceso de reflexión en curso, acciones concretas para lograr, entre otros objetivos, una mayor adhesión a los instrumentos jurídicos, un efectivo cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] ⁸⁷.

Estos compromisos de los jefes de Estado y de Gobierno del Hemisferio han sido sucesivamente reiterados⁸⁸. Así, en su Resolución “Fortalecimiento de los sistemas de Derechos Humanos en seguimiento de los Mandatos derivados de las Cumbres de las Américas”, adoptada el 3 de junio de 2008, la Asamblea General de la OEA resolvió:

Reafirmar el compromiso de los Estados Miembros de continuar fortaleciendo y perfeccionando el sistema interamericano para la promoción y protección de los

⁸⁵ Medellín, Colombia, junio de 2008.

⁸⁶ Resolución AG/RES. 2408 (XXXVIII-O/08), “Observaciones y comentarios al Informe Final de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 3 de junio de 2008, párrafo resolutivo 3.

⁸⁷ Párrafo 62 del *Plan de Acción de la Cuarta Cumbre de las Américas*, Mar del Plata, Argentina, 5 de noviembre de 2005.

⁸⁸ Tercera y Cuarta Cumbres de las Américas, reiterados por la Asamblea General de la OEA en sus resoluciones AG/RES. 1890 (XXXII-O/02) del 4 de junio de 2002, AG/RES. 2030 (XXXIV-O/04) del 8 de junio de 2004, AG/RES. 2075 (XXXV-O/05) del 7 de junio de 2005, AG/RES. 2220 (XXXVI-O/06) del 6 de junio de 2006, AG/RES. 2290 (XXXVII-O/07) del 5 de junio de 2007 y AG/RES. 2407 (XXXVIII-O/08) del 3 de junio de 2008.

derechos humanos y, en ese sentido, continuar implementando las siguientes acciones concretas tendientes al cumplimiento de los respectivos mandatos de los Jefes de Estado y de Gobierno, derivados de las Cumbres de las Américas y en particular de la Tercera Cumbre, celebrada en la ciudad de Quebec, y de la Cuarta Cumbre, celebrada en Mar del Plata: [...]

b) El cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] ⁸⁹.

En relación con la solicitud hecha por el TSJ en la sentencia 1939 de que el Ejecutivo nacional denunciara la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la CIJ en su comunicación la calificó como “una grave incitación a socavar el sistema interamericano de protección de derechos humanos y una no menos grave amenaza contra el sistema mismo, cuya institucionalidad en materia de derechos humanos ha sido su más tangible y positiva contribución a la dignidad de los pueblos de las Américas”. En este sentido, recordó que la Asamblea General de la OEA en reiteradas oportunidades ha considerado que “la denuncia de los instrumentos jurídicos interamericanos de derechos humanos y el retiro del reconocimiento de la competencia obligatoria de la Corte, afecta al sistema regional en su conjunto” ⁹⁰. Por lo cual, una eventual denuncia de la CADH iría igualmente contra los compromisos asumidos por los jefes de Estado y de Gobierno del Hemisferio en las Declaraciones y Planes de Acción de la Tercera y Cuarta Cumbres de las Américas, y reafirmados reiteradamente por la Asamblea General, de apoyar el fortalecimiento y perfeccionamiento de la eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo que incluye a la Corte Interamericana.

En atención a lo anterior y considerando las facultades previstas por el artículo 91 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, así como el mandato conferido al Consejo Permanente por la Asamblea General en diferentes resoluciones ⁹¹, la Comisión Internacional de Juristas

⁸⁹ Resolución AG/RES. 2407 (XXXVIII-O/08), “Fortalecimiento de los sistemas de derechos humanos en seguimiento de los mandatos derivados de las Cumbres de las Américas”, párrafo resolutivo 1o.

⁹⁰ Resolución AG/RES. 1716 (XXX-O/00), *Observaciones y Comentarios al Informe Final de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5 de junio de 2000, preámbulo. Véase, igualmente, Resolución AG/RES. 1890 (XXXII-O/02), *Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y de Promoción de los Derechos Humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento*, 4 de junio de 2002, preámbulo.

⁹¹ Resoluciones AG/RES. 2408 (XXXVIII-O/08) (párrafo resolutivo 6) y AG/RES. 2407 (XXXVIII-O/08) (párrafo resolutivo 3) del 3 junio de 2008; Resoluciones AG/RES. 2292 (XXXVII-O/07) (párrafo resolutivo 3) y AG/RES. 2291 (XXXVII-O/07) (párrafo resolutivo 3) del 5 de junio 2007; y Resoluciones AG/RES. 2223 (XXXVI-O/06)

solicitó al Consejo Permanente de la OEA “tomar las acciones y medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana por parte del Estado venezolano así como para evitar una eventual denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de la República Bolivariana de Venezuela”.

En este sentido, vale la pena recordar que de conformidad con la CADH (artículo 65), la Corte IDH debe someter a la consideración de la Asamblea General de la OEA un informe anual en el que de “manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”. De allí entonces el rol adicional que pueden jugar los informes de la Corte IDH ante la Asamblea General, en señalar los casos de los Estados como Venezuela, que no sólo no ha dado cumplimiento a sus fallos, sino que además los ha descatado expresamente, desafiando incluso no sólo sus decisiones sino su jurisdicción misma, y con ello a la CADH.

En todo caso, sobre estas situaciones de desafío mediante sentencias como la 1939 del TSJ venezolano, desde el punto de vista del derecho internacional, el Estado venezolano es simplemente una “parte” en el juicio internacional que declaró la violación de la CADH por la destitución arbitraria de los jueces de la Corte Primera. Por lo cual, esa sentencia de derecho interno ha sido puesta en conocimiento de la CIDH quien tiene como juez internacional la última palabra. En efecto, la CIDH tiene la “competencia de la competencia” para determinar que una sentencia como esa del TSJ venezolano configura un incumplimiento de su fallo internacional. De hecho, la CIDH posee la facultad para “supervisar” el cumplimiento de todos sus fallos, y para ello toma conocimiento de las medidas adoptadas por los Estados, recibe información de la CIDH y de los representantes de las víctimas; convoca audiencias orales y luego adopta “resoluciones” formales sobre el estado de cumplimiento de sus sentencias. De hecho, la Corte Interamericana ha adoptado hasta la fecha ya unas 200 resoluciones determinando el estado de cumplimiento de sus fallos⁹².

(párrafo resolutivo 6) y AG/RES. 2220 (XXXVI-O/06) (párrafo resolutivo 3) del 6 de junio de 2006.

⁹² Véanse estas resoluciones en www.corteidh.or.cr/supervision.cfm.

2. *La violación de la jurisprudencia interamericana*

La jurisprudencia constitucional de Venezuela (particularmente a partir de las sentencias 1013, 1942 y luego en la 1939), que sujeta la aplicación de las decisiones de los tribunales internacionales y en particular las sentencias de la Corte IDH a que éstas no estén en contradicción con la Constitución, viola frontalmente la jurisprudencia de la propia Corte IDH que había sido establecida con anterioridad. En efecto, los principios de derecho internacional antes analizados ya habían sido aplicados por la Corte IDH aun con anterioridad, pero meridianamente a partir del caso de La Última Tentación de Cristo⁹³, en el cual se establece de manera indubitable que el derecho internacional no se somete a las Constituciones de los Estados, sino todo lo contrario: las Constituciones de los Estados deben someterse a los tratados, y en consecuencia deben adaptarse a lo establecido en éstos. Dicho caso resulta relevante al asunto que estamos tratando, ya que en el mismo la Corte Suprema de Justicia de Chile mediante un amparo constitucional (recurso de protección), había aplicado una norma constitucional expresa que permitía la censura previa para la exhibición de producciones cinematográficas⁹⁴. Esa decisión de la Corte Suprema chilena resultaba contraria a la prohibición de censura previa a la libertad de expresión, conforme al artículo 13 de la CADH ratificada por Chile. El caso fue llevado ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos por unas personas que se identificaron como víctimas de la censura previa judicial impuesta a la película y, aunque el Estado argumentó en su defensa la existencia de una norma constitucional expresa y su aplicación e interpretación soberana que había hecho la Corte Suprema de Justicia de Chile, la CIDH en su sentencia en el caso La Última Tentación de Cristo expresó de manera diáfana el principio de la responsabilidad internacional del Estado por todos sus actos, incluyendo sus sentencias y el sometimiento de todo el ordenamiento jurídico, incluida la Constitución a la CADH. La Corte IDH estableció dicha tesis jurisprudencial en los siguientes términos⁹⁵:

⁹³ CIDH. Caso La Última Tentación de Cristo, sentencia de fondo, 5 de febrero de 2001, citada *supra*.

⁹⁴ Artículo 19, núm. 12, de la Constitución de Chile.

⁹⁵ CIDH. Caso La Última Tentación de Cristo, sentencia de fondo, 5 de febrero de 2001, citada *supra*, párrafo 72. Sobre un desarrollo con más detalle de la responsabilidad internacional del Estado por los actos del Poder Judicial, puede verse en este fallo el “voto concurrente” del juez Antonio A. Cançado Trindade.

72. 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 (cursivas añadidas).*

De esta forma resulta claro, particularmente desde el caso de La Última Tentación de Cristo, que la CIDH puede actuar para la protección de los derechos humanos reconocidos en la CADH, como un tribunal constitucional internacional en la práctica, ya que si la violación a estos derechos resulta o se origina en una norma constitucional —aun y cuando su interpretación errada haya sido validada por las altas cortes de derecho interno—, la Corte IDH puede no sólo declarar la norma constitucional y la decisión judicial doméstica que la aplicó como violatorias del tratado, sino además, en aplicación de éste puede ordenar la reparación de la violación, lo cual lógicamente incluye la modificación de la constitución para adaptarla al tratado. Así, en dicha sentencia, la CIDH constató la violación del artículo 13 de la CADH por el artículo 19 núm. 12 de la Constitución chilena, y de conformidad con los artículos 1.1 y 2 del tratado le requirió al Estado su modificación para adaptarlo a este instrumento internacional, así como el resto del ordenamiento jurídico, dejar sin efecto el fallo de su Corte Suprema de Justicia y así permitir la exhibición de la película La Última Tentación de Cristo en ese país⁹⁶:

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial (cfr. “*principe allant de soi*”; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20; y *Caso Durand y Ugarte*, *supra* nota 20, párr. 136). La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo

⁹⁶ CIDH. Caso La Última Tentación de Cristo, sentencia de fondo, 5 de febrero de 2001, citada *supra*.

son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (*artículo 19 número 12 de la Constitución Política* y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

(...)

90. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado ha incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(...)

97. *Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.*

98. *En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención* (cursivas añadidas).

De esta forma, si la violación por la Constitución de Chile al derecho a la libertad de expresión sin censura previa contenida en el artículo 13 de la CADH había sido constatada por la Corte IDH, ésta debía disponer de conformidad con el artículo 63.1 de dicho tratado, “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y, por lo tanto, disponer, asimismo, “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos”. Por tanto, con base en las anteriores consideraciones del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte IDH por unanimidad estableció, en los puntos resolutivos de la sentencia, la siguiente orden reparatoria:

4. *decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto* (cursivas añadidas).

El Estado chileno dio cumplimiento a la reparación ordenada por la sentencia de la Corte IDH, y por iniciativa del Ejecutivo el Legislativo procedió a modificar la norma contenida en el citado artículo 19 núm. 12 de su Constitución, con la finalidad de dejar sin efecto la censura previa para la exhibición de películas.

De esta forma, como hemos visto, no sólo el derecho internacional exige a los Estados el cumplimiento de buena fe de sus compromisos internacionales sin que puedan excusarse alegando su derecho interno (v. gr. su Constitución o las sentencias de sus máximos tribunales); la CADH establece el deber de los Estados de cumplir con los fallos de la CIDH en todo caso en que sean parte, y además la propia jurisprudencia de la CIDH ha establecido claramente que en caso de que la violación a la CADH se origine en una norma constitucional y su aplicación por el Poder Judicial (incluido el más alto tribunal nacional), el Estado condenado está en la obligación de cumplir con el fallo internacional condenatorio, procediendo a modificar su ordenamiento jurídico interno para adaptarlo al tratado, y dejando sin efecto la sentencia nacional para restablecer el derecho violado.

3. Una reacción implícita e inmediata de la CIDH

El desafío del Estado venezolano al cumplimiento de sus obligaciones internacionales derivadas la CADH, expresado en las sentencias 1013 y 1942, y alegadas en su momento ante la Corte IDH por el Agente del Estado para pretender excluirse del alcance de su jurisdicción, ocasionó una primera reacción casi inmediata por parte de la Corte IDH. El hecho es que de manera curiosamente coincidente con la doctrina de la Sala Constitucional contenida en su sentencia 1942 del 15 de julio de 2003, citada *supra*, que había establecido el requisito —a juicio de la Sala Constitucional— del agotamiento previo de los recursos internos para que se pueda dar cumplimiento en Venezuela a las medidas provisionales de protección de la CIDH, el gobierno venezolano osó desacatar el requerimiento del presidente de la CIDH efectuado el 30 de julio de 2003, ello es a pocos días después de la sentencia 1942, de adoptar las medidas urgentes de protección a dos periodistas y de informar de ello a dicha Corte antes del 14 de agosto de 2003⁹⁷. Frente a semejante desacato al requerimiento efectuado,

⁹⁷ CIDH. Resolución del presidente de la CIDH, 30 de julio de 2003. Medidas Urgentes solicitadas por la CIDH respecto de la República Bolivariana de Venezuela, caso Marta Colomina y Liliana Velásquez.

la CIDH decidió pocos días después, el 8 de septiembre de 2003, ratificar por unanimidad la mencionada resolución de su presidente, y requerir al Estado venezolano la adopción de las medidas provisionales e informarla de ello en un plazo breve.

En efecto, frente a dicho desacato la CIDH subrayó la “especial gravedad del incumplimiento” ocurrido frente al *carácter obligatorio de las órdenes de la Corte*, en este caso a través precisamente de medidas urgentes y provisionales. A continuación transcribimos algunas de las palabras de la CIDH en la resolución que adoptó al respecto, las cuales hablan de manera contundente por sí solas⁹⁸:

11. *Que el incumplimiento por parte del Estado es especialmente grave dada la naturaleza jurídica de las medidas urgentes y medidas provisionales, que buscan la prevención de daños irreparables a las personas en situaciones de extrema gravedad y urgencia.*

12. *Que la disposición establecida en el artículo 63.2 de la Convención confiere un carácter obligatorio a la adopción, por parte del Estado, de las medidas provisionales que el orden este Tribunal, ya que el principio básico del derecho de la responsabilidad del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, ha señalado que los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (pacta sunt servanda) (cursivas añadidas).*

Pero además, frente a los requerimientos formulados por la CIDH en ésta y en otras medidas provisionales, el Agente del Estado venezolano, fundado en la doctrina jurisprudencial de las sentencias 1013 y 1942 del TSJ, argumentó que el Estado era soberano conforme a su Constitución, y que por tanto la CIDH no tenía jurisdicción internacional para requerirle informes sobre el estado de cumplimiento de las medidas provisionales, ni mucho menos sobre la adopción de medidas específicas. Con base en esa motivación el Estado se rehusó a dar cumplimiento a dichos requerimientos de la CIDH. Hay que resaltar, a los efectos del presente trabajo, la respuesta breve pero contundente, que implícitamente contiene esta resolución de la CIDH a la errática jurisprudencia constitucional, como la establecida en el fallo 1942. En su resolución⁹⁹, la CIDH precisó, como vimos *supra*, la aplicación del principio de derecho internacional *pacta sunt servanda* como norma de derecho consuetudinario de obligatorio cumplimiento por los

⁹⁸ CIDH. Resolución del 8 de septiembre de 2003. Medidas Provisionales respecto de la República Bolivariana de Venezuela. Caso Marta Colomina y Lilibiana Velásquez.

⁹⁹ CIDH. Resolución del 4 de mayo de 2004 sobre “medidas provisionales respecto de Venezuela” (casos: Lilibiana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luis Uzcátegui; Marta Colomina y Lilibiana Velásquez).

Estados. Pero además de ello, la CIDH determinó y aplicó los siguientes de principios de derecho internacional relevantes sobre su jurisdicción internacional y el cumplimiento de sus decisiones: 1. Como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (la competencia de su competencia), así como de sus resoluciones y fallos; 2. Tiene la facultad inherente a sus funciones para supervisar el cumplimiento de las medidas provisionales; 3. Los Estados partes en la CADH deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos, y 4. Lo anterior se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos, sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. En este sentido, la CIDH estableció su doctrina en los siguientes términos:

8. La Corte, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*) así como de sus resoluciones y fallos. El cumplimiento de estos últimos no puede quedar al mero arbitrio de las partes. Sería inadmisibles subordinar el mecanismo previsto en la Convención Americana a restricciones que hagan inoperante la función del Tribunal y, por lo tanto, el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la Convención. A través de los instrumentos de aceptación de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención), adoptados soberanamente, los Estados, como lo hizo Venezuela, reconocen el derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción.

9. El Tribunal tiene como facultad inherente a sus funciones, supervisar el cumplimiento de las medidas provisionales de protección por ella ordenadas y de emitir, a petición de parte o *motu proprio*, instrucciones para el cumplimiento de las mismas, teniendo en cuenta la naturaleza expedita del procedimiento referente a dichas medidas.

10. Que de acuerdo con su práctica reiterada sobre medidas provisionales, este Tribunal ha seguido un procedimiento escrito que le permite supervisar el cumplimiento de sus decisiones y garantizar el respeto al principio del contradictorio, debido a que tanto el Estado como la Comisión Interamericana y los beneficiarios o sus representantes legales tienen la posibilidad de aportar al Tribunal toda la información que consideren relevante respecto del cumplimiento de lo ordenado por éste. En muchas ocasiones se han celebrado audiencias públicas para escuchar los alegatos orales de las partes.

11. Que la supervisión sobre el cumplimiento de las medidas provisionales adoptadas por este Tribunal, es una potestad consustancial al ejercicio normal de las funciones jurisdiccionales.

12. Que los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contie-

nen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

Con base en dichos fundamentos, la CIDH, actuado en ejercicio de su jurisdicción internacional sobre el Estado venezolano, decidió declarar que dicha conducta de desacato (que se fundaba en la jurisprudencia de las sentencias 1013 y 1942 del TSJ) implicaba una violación de la CADH y de la competencia de la Corte para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en consecuencia, le requirió al Estado cumplir con sus obligaciones de implementar las decisiones de la CIDH¹⁰⁰:

Resuelve:

1. Declarar que el Estado de Venezuela, por haber reconocido su competencia, está obligado a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que tiene el poder, inherente a sus atribuciones, de supervisar el cumplimiento de las mismas.

2. Declarar, igualmente, que el Estado de Venezuela tiene la obligación de implementar las medidas provisionales ordenadas por la Corte y de presentar, con la periodicidad que ésta indique, los informes requeridos y, además, que la facultad de la Corte incluye evaluar los informes presentados, y emitir instrucciones y resoluciones sobre el cumplimiento de sus decisiones.

3. Reiterar, en aplicación del artículo 65 de la Convención, que el Estado incumplió el deber de informar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la implementación de las medidas ordenadas por ella.

4. Las inconstitucionalidades de las sentencias del TSJ

La obligación internacional de los Estados partes de la CADH de dar cumplimiento de buena fe a las obligaciones internacionales que se derivan de dicho tratado y en particular a las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos creados en dichos instrumentos, como es el caso de la CIDH, se encuentra reforzada en el orden interno venezolano mediante su “constitucionalización”. En efecto, como vimos, esta constitucionalización tiene al menos una doble dimensión entre nosotros. En primer lugar mediante la “jerarquía constitucional” de todos los tratados relativos a derechos humanos¹⁰¹, y en segundo lugar, en virtud

¹⁰⁰ CIDH. Resolución del 4 de mayo de 2004 sobre “medidas provisionales respecto de Venezuela”, citada *supra*.

¹⁰¹ Artículo 23 de la CRBV.

de la consagración constitucional del derecho internacional de petición o tutela efectiva internacional ante los órganos convencionales internacionales de protección de los derechos humanos y el correlativo deber del Estado venezolano de adoptar “las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales”¹⁰², institución que desde 1998 denominamos el “amparo internacional”¹⁰³. De esta forma, este derecho humano de petición internacional o a la tutela judicial efectiva internacional, consagrada en los tratados como la CADH, es también un derecho constitucional exigible para que el Estado cumpla las decisiones de los órganos internacionales de protección —insistimos—, no sólo como una obligación internacional derivada de los tratados correspondientes, sino además en caso de ser necesario, incluso, por la vía jurisdiccional del propio amparo constitucional.

Lo que asombra y desilusiona es que un tribunal constitucional como la Sala Constitucional del TSJ venezolano, que cuenta con una Constitución con normas tan progresistas en materia de derechos humanos —que ayudamos a redactar—, no aproveche sus directrices para construir una jurisprudencia hemisférica de avanzada en el reconocimiento de la protección internacional de la persona humana, y en su lugar se esté oponiendo a ello a estas alturas con argumentos de soberanía absoluta, de patria libre o de adecuación excluyente a la Constitución. Estos argumentos no sólo son preconstitucionales y anteriores al nacimiento del derecho constitucional contemporáneo, sino además violan los tratados mismos como la CADH ratificada libremente por el Estado venezolano, y por lo tanto no centran su fundamento en el valor supremo de la protección de la dignidad de la persona humana. De hecho, la jurisprudencia anterior a la Constitución de Venezuela de 1999, con normas menos progresistas, ya había reconocido a los tratados sobre derechos humanos y en concreto a la CADH como “parámetro de constitucionalidad” a los fines de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, llegando incluso a citar, para tal fin, las recomendaciones formuladas al Estado venezolano por las instituciones internacionales defensoras de los derechos humanos¹⁰⁴.

¹⁰² Artículo 31 de la CRBV.

¹⁰³ Véase, sobre el particular, lo expuesto en Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, op. cit.

¹⁰⁴ Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena del 14 de octubre de 1997, publicada el 6 de noviembre de 1997, consultada en original, transcrita parcialmente y comentada en nuestro trabajo: Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, op. cit., pp. 70-78.

Una de las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos es que con ella no sólo se reconocen con ese rango a los derechos fundamentales sustantivos contenidos en esos instrumentos, y cuya obligación internacional de respeto y garantía le corresponde a los Estados parte, sino además, esa misma jerarquía se aplica a los órganos y mecanismos internacionales de protección de esos derechos, cuando las violaciones a los mismos no son reparadas efectivamente por los recursos judiciales internos¹⁰⁵.

En efecto, cuando las violaciones a los derechos humanos no son reparadas efectivamente por los mecanismos de derecho interno, como pueden ser en muchos casos los diversos instrumentos de amparo y hábeas corpus, la jurisdicción nacional debe considerarse agotada y, en consecuencia, se habilita la jurisdicción internacional de los derechos humanos. A este último mecanismo (amparo internacional), Cappelletti lo concibió de “amparo individual a nivel supranacional”, el cual se ejerce con base en un “bill of rights transnacional” ante un organismo también transnacional (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos)¹⁰⁶. Los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos son mundiales o regionales. En el primer caso, los mecanismos internacionales de la Organización de Naciones Unidas consisten en los órganos convencionales creados por los tratados y sus protocolos, como es el caso de: 1. El Comité de Derechos Humanos (CCPR) bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) bajo la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 3. El Comité contra la Tortura (CAT) bajo la Convención contra la Tortura y Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes —Subcomité para la Prevención de la Tortura—; 4. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) bajo la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 14); 5. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) bajo el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y 6. El Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus

¹⁰⁵ Véase lo expuesto en Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

¹⁰⁶ Véase Cappelletti Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 1993, pp. 45 y ss.

Familiares (CMW) bajo la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (cuando 10 Estados Partes hagan la ratificación bajo el artículo 77). Asimismo, de manera coexistente pero no simultánea, existen tres mecanismos internacionales regionales de protección de las personas (el interamericano, el europeo y el africano) bajo la jurisdicción de los Estados partes en dichas zonas. En el caso de Venezuela, se trata como vimos del sistema interamericano con dos órganos: la CIDH y la CIDH.

Recientemente las jurisdicciones constitucionales nacionales han venido reconociendo y aplicando expresamente la jurisprudencia emanada de los distintos órganos internacionales autorizados, como son, en el ámbito interamericano, la CIDH y la CIDH¹⁰⁷, lo cual ha significado un importante avance para la consolidación de la protección internacional de la persona¹⁰⁸.

Por ello, el desconocimiento de las decisiones de estos órganos internacionales de protección de la persona establecidos en los tratados sobre derechos humanos, como son las decisiones de la CIDH, y en particular las sentencias de la CIDH, constituye una violación de la Constitución venezolana misma. Ello en virtud de que estos órganos de protección internacional tienen en dicho Estado parte jerarquía constitucional y además éste se encuentra obligado constitucionalmente a cumplir sus decisiones adoptando las medidas necesarias.

Entonces resulta falaz el alegato de la “supremacía” de la Constitución como argumento para oponerla a los tratados sobre derechos humanos. En efecto, dichos tratados tienen jerarquía constitucional y por lo tanto integran la Constitución misma o, si se quiere, el “bloque de la constitución o bloque de la constitucionalidad”¹⁰⁹. Por tanto, la supremacía de la Constitución hay que entenderla e interpretarla como la supremacía de

¹⁰⁷ Este *corpus iuris* comprende toda una rica jurisprudencia que incluye estándares sobre garantías judiciales y debido proceso, los cuales están destinados naturalmente a ser aplicados por los tribunales nacionales. Sobre estos estándares, véase Ayala Corao, Carlos, “Derechos humanos y proceso penal”, *La aplicación efectiva del COPP*, Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal, Caracas, UCAB, 2000.

¹⁰⁸ Sobre el particular véase Bidart Campos, Germán J. *et al.*, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, *op. cit.* Cançado Trindade, Antonio Augusto, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *El juez y la defensa de la democracia*, *op. cit.*, 1993.

¹⁰⁹ Véase *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

los tratados sobre derechos humanos, incluidos tanto los derechos y los órganos de protección internacional contenidos en dichos instrumentos.

Por otro lado, las sentencias del TSJ que han desconocido los fallos de la Corte IDH y en especial las que los han descatado, como fue el caso de la sentencia 1461 y el desafío frontal de la sentencia 1939, son además “sentencias inconstitucionales”, porque con ellas se ha pretendido hacer una Constitución material y sustancialmente distinta. Desde este punto de vista, esas sentencias del TSJ son las que violan la supremacía de la Constitución.

En relación con la denuncia de la CADH solicitada por el TSJ en la sentencia 1939 al Ejecutivo nacional, ésta es inconstitucional y su ejecución igualmente lo sería.

Es importante tener en cuenta que la incorporación de los tratados sobre derechos humanos al bloque de la constitución trae como consecuencia no sólo su jerarquía constitucional, sino necesariamente la rigidez constitucional. En efecto, dichos tratados, al integrarse a la Constitución, sólo podrían ser, en principio y en teoría, modificados por los procedimientos de modificación de la Constitución (enmienda, reforma o asamblea constituyente). Sin embargo, ello no es posible constitucionalmente, ya que en virtud del principio de progresividad¹¹⁰, un derecho incorporado y su correlativa protección internacional no pueden ser revertidos o desmejorados. Además, la enmienda constitucional sólo es para adicionar o modificar artículos y tiene como límite la estructura fundamental¹¹¹, y en el mismo sentido, la reforma constitucional además tiene como límite los principios fundamentales del texto constitucional¹¹². Y precisamente, dentro de esos principios fundamentales se encuentran los derechos humanos¹¹³. En este sentido, hay que tomar en cuenta que incluso bajo el derecho internacional, la denuncia de algunos tratados sobre derechos humanos no es procedente, porque, dada la naturaleza, si éstos no establecen una cláusula expresa de denuncia ésta no es posible. Tal es el caso, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme ha sido además el criterio del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹¹⁴.

¹¹⁰ Artículo 19 de la CRBV.

¹¹¹ Artículo 340 de la CRBV.

¹¹² Artículo 342 de la CRBV.

¹¹³ Artículo 2o. de la CRBV.

¹¹⁴ Véase el criterio del Comité de Derechos Humanos de la ONU frente a la pretendida denuncia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por parte de Corea del Norte en “Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por los Órganos de Derechos Humanos creados en virtud de Trata-

Este principio de la rigidez constitucional de los tratados de derechos humanos se justifica en que “fue la intención del constituyente cerrar un sistema de protección de las normas sobre derechos humanos que le impida al Poder Ejecutivo denunciar un tratado con el fin de sortear la responsabilidad internacional que pudiera atribuírsele por incumplimiento de algunas de sus normas”¹¹⁵. La rigidez constitucional de los tratados de derechos humanos ha sido sostenida en el sistema constitucional argentino, con base en el “principio del paralelismo de competencias” entre los poderes del Estado¹¹⁶.

Además hay que tener en cuenta que en el caso de Venezuela, la Constitución de 1999 contiene expresamente en su texto tanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es decir, que especialmente estos dos tratados sobre derechos humanos se encuentran expresamente incorporados en la Constitución como parte de ella. En efecto, en la norma constitucional correspondiente a los estados de excepción se establece que en esos casos los decretos que restrinjan garantías constitucionales deben cumplir con las “exigencias, los principios y las garantías establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹¹⁷. Por lo cual, la propia Constitución no sólo le otorgó jerarquía constitucional en el derecho interno a todos esos tratados por ser relativos a derechos humanos, sino que además, en el caso de estos dos tratados, los incorporó expresamente como parte y complemento de la normativa y el propio orden constitucional. En virtud de ello, resulta evidente la intangibilidad de los tratados sobre derechos humanos para los poderes constituidos¹¹⁸.

dos”, *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev. 3.

¹¹⁵ Cafiero, Juan Pablo *et al.*, *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 52.

¹¹⁶ Según este principio, las mismas voluntades que se requieren para celebrar, aprobar y ratificar un tratado deben estar presentes para su denuncia. Es decir, si en la negociación, firma y ratificación del tratado interviene el Poder Ejecutivo, y en su aprobación interviene el Poder Legislativo, entonces en la autorización de la denuncia debe intervenir el Poder Legislativo y en la denuncia internacional, el Poder Ejecutivo. *Ibidem*, pp. 52 y 53.

¹¹⁷ Artículo 339 de la CRBV.

¹¹⁸ Artículo 78 de la CADH. En todo caso, debe aclararse que una denuncia de un tratado de derechos humanos siguiendo las formalidades antes establecidas y en los casos que lo autorice el derecho internacional, no sólo no tiene vigencia inmediata, sino que tampoco libera al Estado de las obligaciones asumidas mientras el tratado estuvo en

En virtud de lo cual resulta evidente la doble inconstitucionalidad en la cual incurrió la Sala Constitucional del TSJ en la sentencia 1939 al solicitarle al Ejecutivo Nacional que procediera a denunciar la CADH, ya que ésta tiene una constitucionalidad reforzada, primero, de manera implícita por ser un tratado relativo a los derechos humanos (artículo 23), y, segundo, de manera explícita al estar incorporada en la propia norma constitucional sobre estados de excepción (artículo 334).

Otra de las inconstitucionalidades de las sentencias, como la 1939 del TSJ venezolano, es la interpretación inconstitucional inexcusable que hacen para desconocer su ejecución. En efecto, el derecho a la independencia del Poder Judicial (jueces y tribunales) es un derecho humano internacional de toda persona¹¹⁹, y un elemento esencial de la democracia y el Estado de derecho¹²⁰. Éste no es un “asunto interno” o de “soberanía nacional”. Por ello, al haber ratificado libremente los tratados sobre derechos humanos en los que ha aceptado que la independencia de los jueces y tribunales como un derecho humano internacional, Venezuela se ha sometido libremente a la jurisdicción internacional para la protección de estos derechos, tanto a nivel de la OEA (CADH: la CIDH y la Corte IDH) y la ONU (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Comité de Derechos Humanos —Comité de DDHH—).

Bajo el texto de la Constitución de Venezuela, el Poder Judicial es independiente¹²¹. El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces debe ser por “concursos de oposición públicos” que aseguren la idoneidad y excelencia de los participantes¹²². Los jueces no pueden ser removidos ni suspendidos de sus cargos sino por las causales y procedimientos establecidos en la ley¹²³. Este régimen disciplinario de los jueces debe respetar el debido proceso y estar determinado en el Código de Ética del Juez o Jueza Venezolanos, el cual debió ser dictado por la Asamblea Nacional¹²⁴ dentro

vigencia. Además, esa denuncia del tratado de derechos humanos no hace perder a los derechos fundamentales reconocidos en el tratado su condición de derechos inherentes a la persona humana y, por tanto, su condición de derechos constitucionales tutelables en todo momento en el orden interno constitucional.

¹¹⁹ Artículo 8º. de la CADH, y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹²⁰ Artículo 3º. de la Carta Democrática Interamericana.

¹²¹ Artículo 254 de la CRBV.

¹²² Artículo 255 de la CRBV.

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ Artículo 267 de la CRBV.

del primer año de vigencia de la Constitución, y no se hizo sino luego de diez (10) años de mora¹²⁵.

Por las razones expuestas, la sentencia de la CIDH en el caso *Apitz Barbera y otros* (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) lo que hace es corregir la violación causada al derecho a la independencia de los jueces —y por cierto al resto de la sociedad venezolana— para permanecer en sus cargos y a no ser removidos o destituidos arbitrariamente. Si un juez es destituido arbitrariamente por las sentencias que dicta no tiene independencia para decidir.

Como dijimos antes, la intervención política de la justicia en Venezuela se ha llevado a cabo a través del poder político con la aprobación, por la Asamblea Nacional, de la Ley Orgánica del TSJ (2004), aumentando el número de jueces y nombrándolos con criterio de afinidad política, y a través del propio TSJ y específicamente de su Comisión Judicial y la Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Poder Judicial, nombrando jueces “provisionales” de libre nombramiento y remoción para no darles independencia, y “dejando sin efecto” sus nombramientos sin causa, ni procedimiento alguno ni derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, en lugar de dar cumplimiento a la Constitución y nombrar jueces titulares mediante “concursos de oposición públicos”¹²⁶, se han estado designando los jueces a dedo, y en algunos casos, incluso, luego se les pretende dar la “titularización” sin dichos concursos. Esta falta de estabilidad e independencia de los jueces provisorios ha sido confirmada por las sentencias del TSJ, afirmando que son de libre nombramiento y remoción.

Por ello, la sentencia de la CIDH en el caso *Apitz Barbera y otros* (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) restableció el orden jurídico no sólo internacional sino nacional, al disponer que, bajo la CADH, aun los jueces provisorios deben tener una estabilidad y no pueden ser removidos libremente. En este sentido, esta sentencia internacional lo que ha hecho es restablecer no sólo la CADH sino la propia Constitución, al restablecer la independencia del Poder Judicial, ordenando no sólo el ingreso al Poder Judicial de los jueces destituidos arbitrariamente, sino otras medidas como respetar la estabilidad de los jueces provisorios mientras de convoque a los concursos de oposición públicos y la aprobación de Código de Ética del Juez o Jueza Venezolanos.

¹²⁵ Conforme a las disposición transitoria cuarta, numeral 5 de la propia CRBV.

¹²⁶ Artículo 255 de la CRBV.

Por cierto, no deja de ser una ironía que a pesar de que el TSJ, en su sentencia 1939 haya declarado la inejecutabilidad del fallo de la Corte IDH en el caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), ésta dispuso entre las medidas de no repetición que “19. El Estado debe adoptar dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia las medidas necesarias para la aprobación del Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 253 de esta Sentencia”.

Y a pesar de todo el conflicto armado por el TSJ, dicho Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana fue finalmente sancionado por la Asamblea Nacional como ley, y luego el presidente de la República le puso el ejecútese¹²⁷. No obstante, sus normas transitorias difieren su inmediata entrada en vigencia¹²⁸.

La sentencia 1939 del TSJ es además inconstitucional porque violó el derecho a la defensa y al debido proceso de rango constitucional¹²⁹, ya que las víctimas beneficiarias de la sentencia de la Corte Interamericana (Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B.) no fueron notificadas para que participaran de este proceso judicial interno aunque fuera de mero derecho, y además incumplió con la obligación de notificar a la Defensoría del Pueblo¹³⁰ y al Ministerio Público¹³¹, para que

¹²⁷ El Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, publicado en la *Gaceta Oficial* 39.236 del 6 de agosto de 2009.

¹²⁸ El Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial son los órganos que conocerán en primera y segunda instancia, respectivamente, los procedimientos disciplinarios seguidos contra los jueces de la República. Ambas instancias estarán integradas por tres jueces principales, cuyo periodo de funciones será de cinco años con posibilidad de reelección. La elección de estos funcionarios será responsabilidad de los Colegios Electorales Judiciales, que estarán asesorados por el Comité de Postulaciones Judiciales. Estos Colegios se constituirán en cada uno de los estados del país, así como en el Distrito Capital, y estarán integrados por un representante del Poder Judicial, uno del Ministerio Público, uno de la Defensa Pública, uno de los abogados autorizados para el ejercicio de la profesión, así como por “diez delegados de los Consejos Comunales legalmente organizados por cada una de las entidades federales en ejercicio de la soberanía popular y de la democracia participativa y protagónica” (artículo 47). Sin embargo, hasta que dichos Colegios no sean conformados, la Asamblea Nacional será la encargada de designar a los jueces de los tribunales y las cortes disciplinarias. Así mismo, hasta que los tribunales y las cortes disciplinarias sean constituidos, continuará en el ejercicio de sus funciones la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (disposición transitoria tercera).

¹²⁹ Consagrado en el artículo 49 de la CRBV, y en el artículo 8o. de la CADH.

¹³⁰ Artículo 281 de la CRBV.

¹³¹ Artículo 285 de la CRBV.

participaran en el proceso conforme a sus competencias constitucionales en defensa de los derechos humanos.

En definitiva, las sentencias del TSJ, que han desarrollado en sus distintas modalidades la doctrina del desacato o incumplimiento implícito o expreso y la inejecutabilidad de las sentencias de la CIDH, han usado argumentos más políticos que jurídicos. Se arropan en la bandera nacional para erigirse en defensa de la “soberanía nacional” y la “supremacía nacional”. Dichas sentencias son inconstitucionales y además inconventionales, es decir, violan la Constitución y la CADH. Con ello, estas sentencias del TSJ, pero en especial la 1939, usurpan los derechos de las personas y las competencias de la Corte IDH al pretender “controlar la constitucionalidad” de sus fallos, bajo criterios absolutamente errados. Como lo dice literalmente el voto salvado de la sentencia 1939, sus conclusiones revelan “un desconocimiento” del derecho internacional de los derechos humanos, que no es propio de un tribunal constitucional de un país signatario de la CADH.

La soberanía absoluta dejó de existir hace varios siglos, ya los Estados no pueden hacer lo que les de la gana, hay un derecho internacional que hay que respetar. Por el contrario, la soberanía nacional libremente expresada ha adquirido compromisos internacionales a través de tratados como la CADH, mediante los cuales se asumen obligaciones jurídicas de respeto y garantía de los derechos humanos, y en caso de que las violaciones no sean reparadas integralmente por los tribunales nacionales, las personas tienen derecho a ser protegidas por los órganos de protección internacional. La soberanía contemporánea se ha limitado en nombre de la dignidad de la persona humana. En este sentido, los tratados de derechos humanos —como muchos otros tratados multilaterales y bilaterales en diversas materias— representan una cesión de soberanía nacional. La soberanía significa respetar los derechos humanos y someterse a las consecuencias legales internacionales. De allí que todos los actos del Estado están sometidos a las obligaciones internacionales establecidas en los tratados sobre derechos humanos. Ya no existe una “inmunidad de jurisdicción” ni “actos exentos de control internacional”. Conforme al orden público internacional, un Estado debe cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales, y no puede alegar su derecho interno, incluida su Constitución, para pretender justificar el incumplimiento de dichas obligaciones. Tampoco es propio de las democracias violar abiertamente el derecho internacional de los derechos humanos en nombre de la soberanía nacional. Ello recuerda más bien la actitud de autócratas y dictadores como Franco, Pinochet, Videla, Castro, Somoza o Fujimori.

En el Continente americano, europeo y africano existen hoy en día buenas prácticas sobre la ejecución y el cumplimiento de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos¹³². Frente a este triste panorama actual de la jurisprudencia constitucional venezolana contrasta

¹³² Dulitzky, Ariel E., “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en VV. AA., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, op. cit. En general, y como introducción al tema, véase “La jurisprudencia internacional en el derecho interno”, en VV. AA., *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, 1994.

toda una jurisprudencia vibrante que ha venido desarrollando los tribunales constitucionales y cortes supremas de justicia en las Américas, la cual pone su acento en el reconocimiento del valor tutelar de la dignidad de la persona humana a través de la protección de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales y, consecuentemente, en la aplicación directa de las decisiones de la CIDH y la Corte IDH en el orden interno. En efecto, la obligatoriedad de las decisiones tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana ha venido siendo reconocida expresamente por las propias altas jurisdicciones latinoamericanas, como son los casos de Argentina, Costa Rica, Colombia, Perú y México, entre otros¹³³.

En definitiva, la obligación de los Estados a respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en los tratados sobre la materia como la CADH, se traducen en la obligación de adoptar las decisiones necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de la CIDH y la Corte IDH, las cuales pueden materializarse en actos de naturaleza legislativa, ejecutiva, judicial o de cualquier otra. Ello dependerá en definitiva de la naturaleza de la medida reparatoria que sea necesaria adoptar en el derecho interno para dar cumplimiento efectivo a la decisión de órgano internacional.

¹³³ Sobre el particular véase lo expuesto más extensamente en nuestro trabajo Ayala Corao, Carlos, "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional" en *op. cit.*; del mismo, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, *op. cit.*, y Bidart Campos, Germán J. *et al.*, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, *op. cit.*

Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos

VÍCTOR BAZÁN¹

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Apreciaciones contextuales. III. En torno al control de convencionalidad. 1. Marco de análisis. 2. Propuesta de esclarecimiento conceptual. 3. La evolución del control de convencionalidad en la percepción de la Corte IDH. 4. Objetivo genérico. 5. Parámetro de control de convencionalidad. 6. Radio de acción. 7. Sobre el control de convencionalidad *ex officio*. 8. Algunas dificultades operativas de implementación del control de convencionalidad en el plano interno. IV. HACIA UN DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL CRÍTICO: 1. Un caso testigo. 2. Diálogo jurisprudencial. 3. Breve colofón. VI. Epílogo.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En general, y entre otros tópicos, se examinará la actualidad y la prospectiva de la interrelación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales², y la influencia de aquélla sobre éstos.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor del Curso Intensivo de Posgrado de “Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Procesal y Derechos Humanos”, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de la “Maestría en Derecho con Orientación en Derecho Civil Constitucionalizado”, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo (Buenos Aires).

² Bajo tales denominaciones involucramos a las Cortes Supremas de Justicia (v. gr. México, Argentina), las Salas Constitucionales localizadas en Cortes o Tribunales Supremos de Justicia (v. gr., Costa Rica, Venezuela) y los Tribunales o Cortes Constitucionales (v. gr. Perú, Chile, Colombia, Guatemala —muy próximamente también República Dominicana—), ya estén enmarcados en el ámbito del poder, función o rama judiciales o sean órganos constitucionales extrapoderes o entes constitucionales autónomos.

Ya dentro de un espectro más particularizado, se analizará la importancia del “control de convencionalidad” a cargo de los jueces domésticos, que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, CADH) y a los estándares interpretativos de la Corte IDH.

Asimismo, se argumentará sobre la relevancia de trazar una línea de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH y de intensificar un “diálogo jurisprudencial” entre ambas jurisdicciones en orden a que las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a los criterios del Tribunal interamericano.

Ello así, para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de eventuales dificultades prácticas en la aplicación del “control de convencionalidad”.

Evidentemente, toda esta rica y polifacética problemática representa una de las imágenes asociadas al fuerte crecimiento de los espacios de interacción del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Como tendremos ocasión de verificar, la aconsejable colaboración entre ambas instancias (interna e interamericana) no apunta a una relación jerárquica entre ellos, sino a una conexión cooperativa en la hermenéutica *pro homine* de los derechos humanos.

Es que las respectivas Constituciones Políticas de los Estados latinoamericanos, con la “fuerza normativa” que les es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (principalmente, la CADH y la exégesis que de ésta realiza la Corte IDH), conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: la salvaguardia de los derechos fundamentales, *expresión directa de la dignidad de la persona*.

II. APRECIACIONES CONTEXTUALES

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

Semejantes coordenadas permiten comprobar que la medular cuestión de los derechos humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional.

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

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer ámbito de tutela cabal de tales derechos, pues como afirma PÉREZ TREMPS “...no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia”³.

Convergentemente, GARCÍA RAMÍREZ resalta que *la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional*⁴.

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

En el espacio de interacción jurisdiccional que mencionábamos, vale tener presente que tanto en la etapa inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto —en su caso— en la fase de ejecución de una sentencia de condena internacional (v. gr.

³ PÉREZ TREMPS, Pablo, “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

⁴ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158; voto razonado del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párr. 11.

de la Corte IDH⁵), la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Como es de sobra conocido, en principio constituye recaudo esencial para franquear el acceso inicial al sistema interamericano⁶, el previo agotamiento de los recursos internos (ante la existencia de una violación de derechos humanos no resuelta en el espacio nacional o no reparada integralmente en éste) y, análogamente, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte IDH que aquél no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima, sus familiares o representantes legales, la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado remiso.

Se torna, así, indispensable internalizar la centralidad del fenómeno que encarnan los derechos humanos. Se trata de un punto de partida básico en el proceso hermenéutico, desde que la cuestión de los derechos fundamentales es materia perteneciente al *ius cogens*, esto es, normativa imperativa del derecho internacional. En esa línea, es del caso recordar que el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23 de mayo de 1969⁷, se refiere al *ius cogens*, conceptuándolo como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” —remarcado agregado—.

Es un dato incontrastable que tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que sustituyó a aquel Tribunal Permanente) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), han determinado la aplicación —*inter alia*— de “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

En definitiva, éstos configuran los postulados aceptados por las naciones en el ámbito interno. Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir tales pautas y las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la

⁵ Cfr. art. 68.2 de la CADH.

⁶ Cfr. art. 46.1.a de la CADH.

Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del PIDCP (art. 5.2.b).

⁷ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

base de aquéllas, ya que los principios reconocidos por las “naciones civilizadas” son obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*, desde que —como anticipábamos— se está ante la presencia de normas internacionales de *ius cogens*, es decir, de práctica generalizada y obligatoria.

Todo ello explica por qué debe dirigirse la mirada hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y origina una urdimbre de relaciones a veces tensionales.

III. EN TORNO AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. Marco de análisis

Previamente, corresponde enunciar ciertos elementos jurídica y axiológicamente significativos para contextualizar el tema.

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

Es claro que para justificar el incumplimiento de las obligaciones surgentes de los instrumentos internacionales que los Estados suscriban o las sentencias de condena de la Corte IDH, no valen excusas cimentadas en el vacuo argumento de la *soberanía estatal absoluta*. Es que, además de que dicho concepto ha quedado superado desde hace mucho tiempo, basta recordar a los Estados renuentes que es precisamente por conducto de un acto de *soberanía* que han firmado, aprobado y ratificado los instrumentos internacionales y aceptado la jurisdicción contenciosa de aquel Tribunal interamericano. Huelga afirmar que la doctrina de los propios actos o *estoppel* se encargaría de desvirtuar radicalmente semejante intento argumentativo⁸.

⁸ Ver para ampliar, el libro de BAZÁN, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México, D.F., 2003, *passim*.

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

2. Propuesta de esclarecimiento conceptual

Un acercamiento conceptual bastante elemental nos permitiría adelantar que el control de convencionalidad se mueve en dos planos: uno; *internacional*; el otro, *interno*.

A) En el ámbito internacional

La modalidad de contralor convencional que se desenvuelve en el *marco internacional* ha constituido desde antaño una actividad básica de la Corte IDH, aunque sin ser rotulada sino hasta hace relativamente poco tiempo, como “control de convencionalidad”.

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

B) En el marco interno

El restante movimiento de fiscalización convencional, cronológicamente más reciente, se despliega en *sede nacional* y se encuentra a cargo de los magistrados locales.

Se basa en la obligación de éstos de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en materia de derechos humanos) a los estándares interpretativos que la Corte IDH ha acuñado a su respecto, en aras de la obligación de tutela de los derechos fundamentales.

Además, tal supervisión de convencionalidad procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) “para garantizar con efectividad el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo

cual la Corte en sentencia le ordena al Estado adoptar medidas legislativas (leyes internas) o de otro carácter que fueren necesarias para obtener dicha efectividad”⁹.

3. *La evolución del control de convencionalidad en la percepción de la Corte IDH*

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

Todo indica que fue el hoy ex Presidente de la Corte IDH, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, en su voto concurrente razonado emitido en el “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”¹⁰, quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte (párr. 27).

Ya con mayor grado de detalle, y por medio de un voto concurrente razonado en el “Caso Tibi vs. Ecuador”¹¹, el nombrado jurista —luego de comparar la labor de la Corte IDH con la que despliegan los tribunales constitucionales— señaló que aquélla *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo “conformar 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” (párr. 3).

En un voto razonado elaborado en el “Caso López Álvarez vs. Honduras”¹², y al analizar la duración razonable del proceso penal, GARCÍA RAMÍREZ indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el

⁹ Cfr. REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 26, Porrúa – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2008, p. 46.

¹⁰ Corte IDH, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101.

¹¹ Corte IDH, “Caso Tibi vs. Ecuador”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114.

¹² Corte IDH, “Caso López Álvarez vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.

órgano que practica el “control de convencionalidad”—, debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”¹³ (resuelto el mismo día que el “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”, del que nos ocuparemos *infra*), el varias veces citado ex magistrado del Tribunal interamericano precisó que éste “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párr. 6), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos —leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo— con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

Vale recordar que la Corte IDH, ya utilizando plenariamente la expresión “control de convencionalidad”, ha emitido en fecha relativamente reciente una sentencia en la que *transmite* una señal a los magistrados internos de los Estados Partes de la CADH, en lo tocante a la faceta del examen de convencionalidad practicable en sede interna.

Se trata del anunciado “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”, en el que se ha pronunciado en los siguientes términos: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”¹⁴ (remarcado añadido).

¹³ Corte IDH, “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.

¹⁴ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

Dicho Tribunal ha ido más allá, determinando que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso”, puso de manifiesto que “...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...”¹⁵ (párr. 128); tópico que retomaremos.

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

En efecto, mientras que en “Almonacid Arellano vs. Chile” la Corte expresó un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una *especie de “control de convencionalidad”*, en “Trabajadores Cesados del Congreso” puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer *no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’*. En síntesis, ya no se refirió laxamente a una “*especie de control de convencionalidad*”, sino que aludió específicamente a la obligación judicial de llevar adelante, además del contralor de constitucionalidad, *un control de convencionalidad*.

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

4. Objetivo genérico

En la dinámica interactiva de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se vincula con el establecimiento por ésta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquéllos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos

También lo ha expresado, v. gr., en el “Caso La Cantuta vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 173.

¹⁵ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, cit. en nota 3.

internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que éste incurra en responsabilidad internacional, además de concurrir razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Puede resultar ilustrativo traer aquí la justificación que de ello proporciona GARCÍA RAMÍREZ (en su voto razonado en el mencionado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”), para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional —lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos—, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida —insisto— merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”¹⁶.

5. *Parámetro de control de convencionalidad*

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

En torno al tema, en su voto razonado emitido en el varias veces nombrado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, GARCÍA RAMÍREZ puntualizó que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la CADH, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de

¹⁶ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, cit., voto razonado del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 8.

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” (párr. 2).

Adicionalmente, traemos a colación la versión que aporta O’DONNELL, para quien la expresión “*corpus iuris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional¹⁷.

En tal sentido, en la Opinión Consultiva OC-16/99¹⁸, específicamente en el párr. 115, sostuvo: “El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones...”.

Para cerrar esta esquemática reseña, se aprecia en línea convergente que en la Opinión Consultiva OC-17/2002¹⁹, el Tribunal interamericano manifestó que “los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, *tanto el ‘corpus iuris’ de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática...*” — énfasis agregado— (párr. 92); más allá de lo referido en los párrs. 26 y 27.

Ciertamente, resultan muy significativas las apreciaciones vertidas por el ex juez CANÇADO TRINDADE en su voto concurrente a la citada OC-17/2002, por ejemplo, en los párrs. 18, 31 y 50; además de los párrs. 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre “el *corpus juris* de los derechos del niño”.

¹⁷ O’DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 57.

¹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos; Serie A, N° 16.

¹⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, solicitada por la Comisión IDH; Serie A, N° 17.

6. *Radio de acción*

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

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

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

En ese sentido, la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-4/84 de 11 de enero de 1984²⁰, consideró que el término “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, “es para toda la legislación nacional y para todas las *normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*” —énfasis agregado— (párr. 14).

En el marco de este acercamiento sintético al punto, puede apreciarse que, de hecho, la Corte IDH ha ejercido en más de una ocasión control de convencionalidad sobre reglas constitucionales consideradas contrarias a la CADH. Baste como ejemplo, traer a colación aquí el fallo pronunciado en el “Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile”²¹, donde decidió que el Estado debía “*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa...*” (pto. resolutivo 4). Concluyó que aquél había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el art. 19, núm. 12, de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párr. 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH (párr. 73).

Ya desde el perfil del control de convencionalidad de disposiciones constitucionales operable *ad intra*, habrá que analizar en el contexto del Estado en cuestión quién/es recepta/n la competencia para desplegarlo y,

²⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, solicitada por Costa Rica; Serie A, N° 4.

²¹ Corte IDH, “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73.

en su caso, qué efectos tendría semejante declaración de inconvencionalidad; asuntos, todos, no precisamente sencillos ni de importancia menor.

Sea como fuere, en el varias veces citado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso”, la Corte IDH parece clarificar la incógnita —al menos en abstracto— al enfatizar en el también nombrado párr. 128 que “...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...”.

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

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

7. Sobre el control de convencionalidad *ex officio*

La aplicación oficiosa de tal modalidad de contralor, que supone una manifestación de la observancia por los jueces locales de la jurisprudencia internacional, puede *inter alia* explicarse —empleando *mutatis mutandi* las palabras de JIMENA QUESADA— “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”²².

²² JIMENA QUESADA, Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.

Para su afirmación, tal autor se apoya en CONFORTI, Benedetto (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la

La propia Corte IDH abre el espacio para una interpretación extensiva en tal sentido, pues —basándose en el citado principio *jura novit curia*—, al desarrollar su tarea jurisdiccional en casos contenciosos no se autolimita a las alegaciones que expresamente hubieran realizado la Comisión IDH en el escrito de demanda o la víctima y/o sus representantes en las presentaciones que articulan. Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la CADH y sobre la plataforma del mencionado principio (el que, según afirma, se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional) “para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella...”²³.

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

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

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

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

²³ Cfr., entre numerosos precedentes, Corte IDH, “Caso Godínez Cruz vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5, párr. 172; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párr. 54; “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, párr. 186; y “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, párr. 61.

tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes²⁴.

8. *Algunas dificultades operativas de implementación del control de convencionalidad en el plano interno*

Especulativamente, podríamos preguntar(nos) qué sucedería en un modelo de control de constitucionalidad con elementos concentrados, en el que los jueces ordinarios no estuviesen investidos de la facultad de ejercer tal fiscalización de constitucionalidad. En semejante hipótesis, ¿estarían habilitados —vía jurisprudencia de la Corte IDH— a descartar por ejemplo una ley u otro dispositivo subconstitucional por anticonvencional?

Vale como elemento inicial de análisis tomar en cuenta que al exigir el Tribunal interamericano en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso” que el Poder Judicial local despliegue el control de constitucionalidad y de convencionalidad (incluso de oficio), marca una cierta limitación al puntualizar que el desarrollo de tal actividad debe encuadrarse “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

Sin embargo, tal apreciación pareciera contener un valor calórico relativo si se la coteja con el tono imperativo con que la Corte redacta las líneas que, en el esquema argumental que diseña, preceden a la enunciación de dicho “límite”.

En efecto, inmediatamente antes de esta suerte de matización, ha señalado preceptivamente —además de “Almonacid Arellano vs. Chile” (párr. 124) y por citar algún pronunciamiento más reciente— en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”²⁵, de 26 de noviembre de 2010: “*Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos,*

²⁴ Para redactar este párrafo, nos servimos —*mutatis mutandi*— de lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 155.

²⁵ Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin” (párr. 225).

Así, el pretendido límite pareciera difuminarse al influjo de la estricta obligación que la Corte traza como principio general, por lo que en modo alguno se disipan las dudas y dificultades de la aplicación práctica del control de convencionalidad en el ámbito local.

De modo convergente, y para referirnos justamente el caso de México, aparecen otras dificultades. En efecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación proscribió a los jueces locales ejercer el control difuso de la Constitución Federal establecido en el art. 133 de ésta. Así, y como se ha planteado acertadamente, “los jueces locales enfrentarán una paradoja: *no podrán desaplicar leyes locales que violen la Constitución pero sí podrán hacerlo cuando aquellas vulneren tratados internacionales de derechos humanos (cuando menos del sistema interamericano)*”²⁶ —remarcado añadido—.

A este aprieto por pugna de fidelidades en el que queda inmerso el juez mexicano, puede aún sumársele un capítulo adicional. Basta repasar el dilema que plantea SOTO MORALES en los siguientes términos: “Suponiendo que en materia interpretativa de un mismo derecho humano, previsto tanto en la Constitución como en el Pacto de San José, la Suprema Corte mexicana y la Corte Interamericana realicen una interpretación distinta o, inclusive, contradictoria, ¿cuál de las dos deberá preferir el juez mexicano? *Si elige la jurisprudencia de la SCJN mexicana violará un tratado internacional del que México es parte, lo que eventualmente podrá traducirse en una condena al Estado mexicano por parte de la Corte Interamericana. Por el contrario, si elige la interpretación de la Corte Interamericana transgredirá disposiciones de orden nacional, como las que establecen la obligatoriedad de la jurisprudencia de la SCJN y podría incurrir (el juzgador mexicano) en responsabilidad administrativa, que podría implicar su destitución*”²⁷ —énfasis agregado—.

Más allá del aporte hermenéutico que suministran el art. 29 de la CADH y el criterio *pro homine* (o *pro persona*, que aparece más abarcativo), no puede disimularse que el asunto es sumamente complejo y confirma lo anunciado en cuanto a que la activación del control de convencionalidad en

²⁶ Cfr. SOTO MORALES, Carlos A., “El control de convencionalidad en el sistema judicial mexicano”, 24 de marzo de 2010 (Fuente: <http://carlossotomoraes.blogspot.com/2010/03/el-control-de-convencionalidad-en-el.html>).

²⁷ Ídem.

sede interna no está precisamente exenta de dificultades operativas en su implementación.

A modo de digresión, aunque siempre dentro del contexto de México, permítasenos señalar que la sentencia de la Corte IDH en el “Caso Radilla Pacheco”²⁸, de 23 de noviembre de 2009, ha desencadenado una importante preocupación en la Suprema Corte de Justicia de ese país para examinar el modo de dar cumplimiento a tal pronunciamiento internacional²⁹.

Por ejemplo, en el seno del Alto Tribunal se desarrolló una actuación denominada “consulta a trámite” N° 489/2010, que derivó precisamente de una consulta del Presidente de la Corte al pleno para resolver de qué manera se afrontaba dicho decisorio internacional, al no existir procedimiento específico, legal ni jurisprudencial, para hacerlo.

Hacia finales de 2010 se desechó el proyecto del ministro Ramón Cosío, en el que proponía, básicamente, cumplir con la condena específica que la Corte IDH hizo al Poder Judicial Federal, pero haciendo la aclaración de que *a priori* no son vinculantes todos los precedentes de la jurisprudencia interamericana, sino sólo las condenas particularmente relativas al Estado mexicano. En cuanto se refiere al Poder Judicial, lo que correspondía definir era si debían acatar las condenas (establecer cursos en materia de desaparición forzada, etc.), o más importante, realizar siempre control de convencionalidad, como dispuso la sentencia en el nombrado “Caso Radilla Pacheco”, basándose en el decisorio recaído en el “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”.

Hasta donde alcanza nuestra información, no se llegó al núcleo de la cuestión, porque el procedimiento de “consulta a trámite” se consideró inidóneo para resolver el tema. En otras palabras, se desestimó el proyecto porque no se abocaba a definir el procedimiento, sino que resolvía el fondo del tema, lo cual fue visto como inapropiado por el pleno de ministros.

Por lo demás, vale recordar que, entre otros ítems, la Corte IDH determinó en el “Caso Radilla Pacheco” que el Estado:

²⁸ Corte IDH, “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, N° 209.

²⁹ Como puede suponerse, el tema del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH presenta ribetes complejos, aunque los Estados condenados —en tanto inmersos en un sistema de justicia internacional regional— deberán adaptar paulatinamente sus escenarios jurídicos internos para estar a tono con la textura y el nivel de exigencia de los estándares fijados por el Tribunal interamericano.

“...incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas...” (punto declarativo contenido en el ap. 6 de la parte decisoria del fallo);

“...deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...” (punto dispositivo contenido en el ap. 10 de la parte decisoria del fallo); y

“...deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas...” (punto dispositivo contenido en el ap. 11 de la parte decisoria del fallo).

Suponemos que la inquietud irá en aumento luego de la nueva sentencia de condena pronunciada por la Corte IDH en el mencionado “Caso Cabrera García y Montiel Flores”, donde —*inter alia*— estableció que el Estado:

“...ha incumplido la obligación contenida en el artículo 2, en conexión con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense...” (punto declarativo contenido en el ap. 8 de la parte decisoria del fallo); y

“...debe, en un plazo razonable, adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como adoptar las reformas legislativas pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia...” (punto dispositivo contenido en el ap. 15 de la parte decisoria del fallo).

Justamente en este fallo, la Corte IDH citó las sentencias que pronunciara en las causas “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”³⁰, de 26 de septiembre de 2006; “Rosendo Cantú y otra vs. México”³¹, de 31 de agosto de 2010; e “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”³², de 1 de septiembre de 2010—, para concluir como manifestábamos líneas arriba en punto a que

³⁰ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, cit. en nota 13, ídem.

³¹ Corte IDH, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216, párr. 219.

³² Corte IDH, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2010, Serie C, N° 217, párr. 202.

el Tribunal “*es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” (párr. 225).

Es interesante poner de relieve que la Corte IDH reiteró aquí (párr. 233) lo que había señalado en la trilogía de asuntos recientes contra México: “*Radilla Pacheco*” (párr. 340), “*Fernández Ortega y otros*”³³ (párr. 237) y “*Rosendo Cantú*”³⁴ (párr. 220), en cuanto a que “*es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas*” —remarcado agregado—.

Inmediatamente a continuación, en el mismo párr. 233, añadió: “*Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (...), en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario*”³⁵ —énfasis añadido—.

Por lo demás, el Juez *Ad Hoc* Eduardo FERRER MAC-GREGOR, en su voto razonado en el “*Caso Cabrera García y Montiel Flores*” advirtió que el sistema jurisdiccional mexicano ha iniciado (incluso con anterioridad al pronunciamiento en el “*Caso Radilla Pacheco*”) una práctica del “*control difuso de convencionalidad*”, en sintonía con la jurisprudencia convencional

³³ Corte IDH, “*Caso Fernández Ortega y otros vs. México*”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C, N° 215.

³⁴ Corte IDH, “*Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216.

³⁵ Este último segmento del párrafo coincide con lo expresado por la Corte IDH en el “*Caso Fernández Ortega y otros*” (párr. 237) y en el “*Caso Rosendo Cantú y otra*” (párr. 220), no así en “*Radilla Pacheco*”.

interamericana y con los ejemplos de altas jurisdicciones de países latinoamericanos (párr. 83).

Tal vez esta tesis, que consiste en sostener la existencia en México de un “*control difuso de convencionalidad*” (cuya raíz debe buscarse en la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH), sea un principio de respuesta a la disyuntiva en que la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación colocaba a los jueces locales (de cara al control de convencionalidad), al inhabilitarlos para llevar adelante el control difuso de constitucionalidad determinado en el art. 133 de la Constitución Federal.

IV. HACIA UN DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL CRÍTICO

1. *Un caso testigo*

Previo a desarrollar específicamente el tópico que se anuncia en el epígrafe, es preciso efectuar una breve digresión sobre una causa resuelta por la Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJ): “Espósito, Miguel Ángel”³⁶, de 23 de diciembre de 2004, que nos servirá de soporte y caso testigo para algunas de las apreciaciones argumentales que *infra* efectuaremos.

En “Espósito”, y al menos por parte de varios de sus componentes, la CSJ exteriorizó un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH, al admitir mayoritariamente³⁷ el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por aquel Tribunal interamericano, cuyas decisiones —sostuvo la CSJ— resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional (consid. 6° de la mayoría).

Previamente, había puntualizado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el “Caso Bulacio vs.

³⁶ *Fallos*, 327:5668.

³⁷ Formaron la mayoría los doctores Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los doctores Belluscio y Maqueda (conjuntamente), y Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

Argentina”³⁸, en el que se declarara la responsabilidad internacional del país —entre otros puntos— por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (consid. 5° del voto triunfante).

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

En síntesis, la CSJ no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH, ni de puntualizar que “se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. *Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional*” —bastardillas nuestras— (consid. 15 de la mayoría).

2. Diálogo jurisprudencial

La sentencia sumariamente colacionada es sólo una muestra de la tendencia que (no exenta vaivenes³⁹) exhibe la CSJ en cuanto a adoptar en

³⁸ Corte IDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100.

³⁹ Ver sobre el particular BAZÁN, Víctor, por ejemplo, en “La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, N° 73, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), septiembre-diciembre de 2008, Madrid, pp. 315/373.

sus fallos una interpretación conforme a la CADH y a receptar los pronunciamientos de la Corte IDH y los estándares valorativos que ésta ha venido perfilando en su trayectoria jurisprudencial⁴⁰, aun cuando no se esté de acuerdo con ella y se deje verbalizada tal discrepancia en el decisorio.

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

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

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

Es que, como con agudeza se ha afirmado (en referencia específica al citado caso “Espósito” de la CSJ argentina), “el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente,

⁴⁰ Entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, compulsar “El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 359/388.

del tipo de *diálogo crítico* que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana [en ‘Espósito’] ...Es indudable que *así como la jurisprudencia constitucional argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema*⁴¹ —énfasis añadido—.

Y convergentemente con la línea argumental que aquí esbozamos, también se ha llamado la atención sobre el punto, afirmando que “la meta de que la jurisprudencia interamericana sea norma interpretativa de las reglas convencionales requiere adecuaciones de rol por parte de la Corte IDH. Posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se reflejan en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo. Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos. *La construcción de reglas en una comunidad de principios se logra a través de[l] diálogo interjurisdiccional, el intercambio y el aprendizaje recíproco. La capacidad y voluntad de crítica es vital en esta construcción*”⁴² —remarcado agregado—.

En el fondo, y como se adelantaba, la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales no apunta a generar una relación de jerarquización formalizada entre éstos y aquéllos, sino a trazar una *vinculación de cooperación en la interpretación ‘pro homine’ de los derechos humanos*. Al respecto, LANDA advierte que no puede olvidarse que el art. 29.b de la CADH proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte IDH, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar

⁴¹ ABRAMOVICH, Víctor, “Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS – Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. VI/VII.

⁴² BASCH, Fernando, “Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios”, borrador del trabajo presentado a las Jornadas “Una Constitución para el Nuevo Siglo”, 18 y 19 de mayo de 2010, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Fuente: <http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc>).

reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”⁴³.

Con algún punto de contacto con la problemática anunciada en el texto, la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de extendido uso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y escasa receptividad en la praxis interamericana, responde —en la percepción de GARCÍA ROCA— a “una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona”⁴⁴.

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

Por lo demás, y como lo pusiera de manifiesto el juez GARCÍA-SAYÁN en su voto concurrente en el “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia” de la Corte IDH⁴⁵, “Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita” —énfasis agregado— (párr. 33).

⁴³ LANDA, César, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional Peruano”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela – 2009*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2010, p. 77.

⁴⁴ GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p. 1517.

⁴⁵ Corte IDH, “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, N° 213.

3. Breve colofón

Extrapolando *mutatis mutandi* a nuestro contexto de discusión las certeras apreciaciones de JIMENA QUESADA, el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que “se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad”⁴⁶.

V. EPÍLOGO

1. La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

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

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

⁴⁶ JIMENA QUESADA, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista europea de derechos fundamentales*, N° 15, Primer Semestre 2010, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2010, pp. 41/74.

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

3. La interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de relaciones a veces tensionales.

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

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

La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber de éstos de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

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

labor de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales⁴⁷.

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

El juez de la Corte IDH, GARCÍA-SAYÁN, en su voto concurrente emitido en el “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia”, ha precisado que “...*los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos.* Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos” —subrayado nuestro— (párr. 30)⁴⁸.

5. De la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados Parte se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

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

6. El citado principio de adecuación normativa supone la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en aras de garantizar los derechos en ella reconocidos, lo que significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas

⁴⁷ Cfr., *mutatis mutandi*, JIMENA QUESADA, Luis, cit. en nota 21 (“La vinculación del juez...”), pp. 501/502 y nota 13 a pie de página.

⁴⁸ Corte IDH, “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia”, cit. en nota 44.

con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

7. Como insistentemente ha señalado la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados⁴⁹.

8. No está de más insistir en que los principios y las reglas sobre derechos humanos pertenecen al ámbito del *ius cogens*; que lo ideal es siempre bregar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; y en que es preciso asimilar —en paráfrasis de HIGGINS⁵⁰— que el derecho internacional general no son sólo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*, y que los derechos fundamentales constituyen un sistema integrado tendiente a *salvaguardar la dignidad del ser humano*.

9. Se aprecia con nitidez que sólo sería una prédica discursiva o fraseológica vacua referirse a un modelo *multinivel* de protección de los derechos humanos (emergente de la supuesta combinación “tuitiva” de las dimensiones nacionales e internacional), si no se contara con genuinos y eficaces

⁴⁹ Ver, por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, solicitada por la Comisión IDH; Serie A, N° 2, párr. 29.

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

⁵⁰ HIGGINS, Rosalyn, *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford University Press, Oxford, 2003, *passim*.

recursos judiciales, que operen como llaves de ingreso a la jurisdicción abriendo el camino para que puedan adquirir anclaje efectivo criterios hermenéuticos esenciales del derecho internacional de la persona, tales como las pautas *pro persona* y *pro actione*.

10. De su lado, y en un marco general de discusión, es preciso insistir en la conveniencia de que se intensifique un *diálogo jurisprudencial crítico tangible y efectivo, no etéreo*, entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la justicia constitucional de los Estados que integran el esquema interamericano. Ello, con la finalidad de que no sólo éstos acaten los estándares exegéticos labrados por el Tribunal interamericano, sino que a su vez, éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de las jurisdicciones constitucionales nacionales, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

11. Uno de los ingredientes para aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre ambas jurisdicciones podría centrarse en el recurso a la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de vasto (aunque proteico) empleo por el TEDH, pero con una discreta repercusión en la Corte IDH.

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

En suma, que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un *margen de apreciación* y no un *margen de arbitrariedad*.

12. En un contexto donde crece la circulación de reglas iusinternacionales y se intensifica la penetración del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por los jueces nacionales del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional con el compacto de pautas y principios que conforman la estructura literal de la CADH y los estándares valorativos que viene forjando la Corte IDH en su labor hermenéutica.

13. Por último, tal vez el anhelable “diálogo jurisprudencial” sobre el que argumentáramos aquí, se constituya justamente en el paradigma jurisdiccional que cobre definitivo impulso en la presente centuria para con-

tribuir al complejo proceso que conduzca hacia la real efectividad de los derechos fundamentales.

Ello, en el marco interactivo de la defensa multinivel de éstos, a partir de una mutua influencia jurisdiccional que respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y el valor de sus estándares, pero que simultáneamente no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales y culturales de los Estados que integran el sistema interamericano.

La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el diálogo jurisprudencial

MIGUEL CARBONELL¹

SUMARIO: I. Reglas y principios. II. La ausencia de interpretación constitucional en México. III. El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IV. Interpretación conforme y principio pro persona. V. El uso del derecho comparado.

I. REGLAS Y PRINCIPIOS

Las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales están redactadas en forma de principios. Los principios suelen diferenciarse del modelo de normas jurídicas llamadas “reglas”, en las cuales están perfectamente definidos tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica. En el caso de los principios tal determinación no existe, o al menos no con el grado de precisión y detalle que tienen las reglas.

Los principios son normas en alguna medida abiertas, a partir de cuya lectura el intérprete no puede saber con total certeza el campo de aplicación de los mismos, ya sea porque no está definido el perímetro material que intentan regular tales principios, o bien, porque no está claro a qué casos sí y a qué casos no pueden ser aplicados.

La presencia masiva de principios en las constituciones contemporáneas (sobre todo en las llamadas constituciones del neoconstitucionalismo²) exige nuevas pautas argumentativas, basadas ya no —o no sola, ni

¹ Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

² Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2009; Miguel Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neo-*

principalmente— en la subsunción, sino en la técnica de la ponderación y en el juicio de proporcionalidad³.

Como se sabe, los principios “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones acerca de lo fáctica y jurídicamente posible”⁴.

II. LA AUSENCIA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

No es momento de hacer ni siquiera un resumen del debate contemporáneo sobre reglas y principios, o sobre las implicaciones del juicio de proporcionalidad y de la ponderación. Lo importante, más bien, es señalar la relevancia que tiene para el constitucionalismo del siglo XXI la cuestión interpretativa. Eso es algo sobre lo que ya nadie duda: la interpretación constitucional ha estado y sigue estando en el centro de cualquier acercamiento al tema de los derechos fundamentales.

Pues bien, lo anterior es relevante porque permite ilustrar una curiosa ausencia en la historia constitucional mexicana en materia de derechos

constitucional, Madrid, Trotta, 2010; Tecla Mazzarese (coordinadora), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002; Sussana Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; Eduardo Ribeiro Moreira, *Neoconstituzionalismo. A invasao da Constitucao*, Sao Paulo, Editora Metodo, 2008; Max Möller, *Teoria Geral do neoconstituzionalismo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011; Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstituzionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009; Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.

³ Jaime Cárdenas, *La argumentación como derecho*, México, IJ-UNAM, 2005, pp. 39 y siguientes. Por su parte, Luis Prieto señala que “[e]l llamado juicio de ponderación o proporcionalidad supone acaso el hallazgo más celebrado de la interpretación constitucional y presenta interesantes problemas teóricos e incluso consecuencias en el orden institucional”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 18.

⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2007, pp. 67-68.

fundamentales: durante décadas los jueces (y también, con mayor razón todavía, los demás órganos del Estado mexicano), no hicieron ningún tipo de interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales.

Era imposible, hasta hace muy poco tiempo, encontrar sentencias de los tribunales mexicanos en las que se hiciera una interpretación (buena o mala, como fuera) de la libertad de expresión, de la libertad de tránsito, del debido proceso legal, del principio de no discriminación, etcétera. Sobra decir que tampoco hubo criterios judiciales en materia específica de derechos sociales; no existieron precedentes judiciales interesantes, a lo largo del siglo XX mexicano, en los que se defendiera el derecho a la educación, el derecho a la salud o el derecho a la vivienda⁵.

No cabe olvidar, desde luego, que en general en América Latina, hasta hace unos años los encargados de aplicar en la práctica el catálogo de derechos fundamentales se enfrentaban a la enorme dificultad de tener que convivir con los regímenes autoritarios y dictatoriales que por décadas gobernaron distintos países de la región. Esa dificultad hoy en día ya no existe en términos generales —o al menos no con la fuerza que tuvo en el pasado—. En la actualidad los problemas son otros. Algunos de esos problemas tienen que ver con la falta de destreza teórica al momento de aplicar las normas de derechos fundamentales.

Esto es lo que ha producido en las décadas recientes, por ejemplo, sentencias de los más altos tribunales que contienen crasos errores de interpretación, o recomendaciones y observaciones de organismos públicos no jurisdiccionales encargados de proteger los derechos que adolecen de los pertinentes razonamientos jurídicos.

En este contexto, creo que es importante recordar que, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de un modelo muy sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando de forma relevante. En México, a partir de la última década del siglo XX, se han comenzado a pronunciar sentencias más atentas no solamente a las modernas técnicas de la

⁵ Hay que decir, sin embargo, que se comienza a apreciar un cambio de tendencia a partir de 1995, luego de una importante reforma judicial que —entre otras cuestiones— obliga a una renovación completa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A partir de entonces, aunque de forma muy tímida y lenta, comienzan a surgir algunos criterios en materia de derechos fundamentales. Véase la obra *Los derechos humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN, OACNUDH, 2010, 2 tomos.

interpretación constitucional, sino también más conscientes del papel que los jueces tienen como garantes últimos de los derechos fundamentales.

Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo⁶.

Entran en juego, entonces, las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.

Además, los operadores jurídicos se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores”⁷ que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos⁸. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el aplicador constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre tomada por él mismo. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener⁹.

⁶ Un buen panorama de la tarea que actualmente debe desempeñar el juez se encuentra en Aharon Barak, *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006; también es interesante para el mismo propósito, aunque lo aborda con una perspectiva más amplia, Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Madrid, Civitas, 2005. Una visión desde el constitucionalismo norteamericano está en Richard Posner, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

⁷ Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984. Aunque el texto se refiere a la Constitución española de 1978, contiene valiosas indicaciones que pueden ser aplicadas a otros contextos.

⁸ Gustavo Zagrebelsky se ha encargado de ilustrar esta dificultad en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 9ª edición, Madrid, Trotta, 2009, pp. 93 y siguientes.

⁹ Sobre la forma en que el juez alcanza en la actualidad una posición institucional *constitucionalmente correcta* pueden verse las reflexiones de Perfecto Andrés Ibáñez, “El juez” en Díez Picazo, Luis María (editor), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006, pp. 149-169, y especialmente páginas 152-155 en las que explica el modelo de juez dentro de “la alternativa neoconstitucional”.

III. EL PAPEL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A finales del siglo XX, México reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ese reconocimiento supuso, en la práctica, no solamente una herramienta complementaria de defensa de los derechos fundamentales, sino también un poderoso incentivo para que los jueces mexicanos cambiaran (aunque fuera poco a poco) su forma de razonar, al emitir sentencias en materia precisamente de derechos.

Durante los primeros años de dicho reconocimiento la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de dictar distintas sentencias condenatorias, en materias absolutamente centrales para la vida democrática de México¹⁰. La Corte, a través de sus sentencias, nos ha indicado cuestiones que deben ser subsanadas en materia del debido proceso legal, en materia de derechos de participación política¹¹, límites a la jurisdicción militar¹², investigación de feminicidios¹³, obligación de ejercer un control difuso de convencionalidad¹⁴, etcétera.

¹⁰ Ver al respecto, la obra de Sergio García Ramírez, y Mauricio Del Toro Huerta, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, Porrúa, UNAM, 2011.

¹¹ *Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184. Un análisis del caso puede verse en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, UNAM, 2009.

¹² *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. Una explicación de la sentencia está en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Porrúa, 2011.

¹³ *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. El análisis respectivo en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*, México, Porrúa, UNAM, 2011.

¹⁴ *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220. Sobre los alcances de esta sentencia, *vid.* Eduardo Ferrer MacGregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, cit., páginas 339 y siguientes.

La jurisprudencia interamericana ha refrescado el debate jurídico mexicano alrededor de los derechos y ha supuesto una importante afirmación del signo garantista que puede tener la globalización. Gracias a la intervención de la Corte Interamericana de Derechos puede vislumbrarse un futuro mejor para el respeto de la dignidad humana de todas las personas que viven en México. Hay elementos que nos permiten señalar que estamos ante la posibilidad de que el siglo XXI sea mejor que el siglo XX en materia de derechos humanos.

En particular, la jurisprudencia de la Corte Interamericana va a ir tomando cada vez más importancia gracias a la doctrina del llamado “control de convencionalidad”, por medio del cual todos los jueces mexicanos son guardianes y protectores de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que deben llevar a cabo de forma oficiosa esa especie de control y además lo deben hacer de oficio¹⁵.

IV. INTERPRETACIÓN CONFORME Y PRINCIPIO PRO PERSONA

A partir de la importante reforma del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, en el artículo primero constitucional se recoge la figura de la “interpretación conforme”¹⁶, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales en la materia. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la carta magna, sino también por los propios tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano¹⁷.

¹⁵ He analizado con algo más de detalle el tema del control de convencionalidad en Carbonell, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, UNAM, Porrúa, 2013.

¹⁶ En general sobre este tipo de interpretación, Gascón Abellán, Marina, “Interpretación conforme (con la Constitución)” en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, 3ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2009, tomo II, pp. 796-801.

¹⁷ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1, segundo párrafo) de la Constitución” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, cit., páginas 103 y siguientes.

Un ejemplo parecido a la regulación que contiene nuestro texto constitucional se encuentra en el artículo 10.2 de la Constitución española, que establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”¹⁸

Aunque la llamada “interpretación conforme” es algo que se desprende de la posición que guarda la Constitución dentro del ordenamiento y de su carácter normativo, no está de más hacerlo explícito, sobre todo teniendo en cuenta lo poco que han usado nuestros jueces esta técnica interpretativa¹⁹.

La idea de la “interpretación conforme” también se encuentra recogida en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, cuyos artículos 6 y 7 establecen lo siguiente:

Artículo 6.– La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Artículo 7.– Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias.

Además de la interpretación conforme, la reforma de junio de 2011 incorpora también en el párrafo segundo del artículo primero constitucional el principio de interpretación *pro personae*, muy conocido en el derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica de los tribunales internacionales encargados de la protección y tutela de los mismos derechos.

El principio *pro personae* supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también significa que, cuando

¹⁸ Los alcances y la interpretación de ese precepto se analizan en Saíz Arnaíz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, CGPJ, 1999. Ver también el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa de 1976.

¹⁹ Ver al respecto el muy documentado y profundo texto de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell y Salazar (coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos*, cit., páginas 339 y siguientes.

en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.

Para decirlo en otras palabras, podemos afirmar que el principio *pro personae* tiene dos variantes principales:

Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir de entre todas las interpretaciones válidas que estén disponibles para resolver un caso concreto, la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los sub-principios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*, etcétera). Se debe entender que una interpretación “optimiza” más un derecho fundamental cuando amplía el ámbito de los sujetos protegidos por el derecho o cuando amplía el perímetro material protegido por el derecho (el perímetro material equivale al ámbito de la realidad que el derecho regula).

Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables, ahora prevista por nuestro artículo 1 constitucional tiene uno de sus antecedentes en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como puede verse, el principio de preferencia interpretativa nos suministra una guía para que el aplicador de una norma jurídica que tiene varios significados pueda elegir correctamente el significado que mejor proteja el derecho humano que dicha norma tutela. El intérprete, a la luz del principio *pro persona*, no es libre de elegir la interpretación que le parezca mejor, sino que tiene que optar necesaria y obligatoriamente por aquella interpretación que permita una protección más amplia del derecho humano.

Lo mismo cabe decir del principio de preferencia de normas. En este caso el intérprete debe resolver un caso al que resultan aplicables dos o más normas jurídicas. Lo que nos indica el principio *pro persona* es que el intérprete no es libre de elegir la norma que prefiera, sino que debe optar necesaria y obligatoriamente por aquella que proteja mejor el derecho humano en cuestión. Esta obligación debe ser atendida con independencia del lugar que cada una de las normas aplicables tenga en el ordenamiento jurídico, de modo que el aplicador debe buscar entre todo el material normativo aquella solución que optimice de mejor manera el derecho.

Sobre el principio *pro persona* la Suprema Corte ha dictado una tesis interesante, que en buena medida refleja lo que se acaba de señalar. Es la siguiente:

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1º. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable —en materia de derechos humanos—, atenderá a criterios de favorabilidad del individuo o lo que se ha denominado principio *pro persona*, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquélla que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano²⁰.

Sobre el mismo principio, también es importante considerar el siguiente criterio jurisprudencial²¹:

PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL. El segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio *pro personae* que es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de

²⁰ Amparo directo 28/2010. 23 de noviembre de 2011. Mayoría cuatro de votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Tesis aislada XIX/2011, Décima Época.

²¹ Décima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro V, febrero de 2012, Tomo 1, p. 659, aislada, Constitucional. Número de tesis: 1a. XXVI/2012 (10a.).

los Derechos Humanos, en virtud del cual debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio. Por tanto, la aplicación del principio *pro personae* en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.

El control de convencionalidad y los principios de interpretación conforme y *pro persona* no son invenciones de los jueces mexicanos, ni tampoco de nuestros teóricos nacionales. Se insertan más bien en una poderosa corriente del pensamiento constitucional de nuestros días que ha ido tomando forma gracias a la circulación de las ideas constitucionales y al intercambio de experiencias académicas, legislativas y jurisprudenciales en diversos puntos del planeta.

En realidad, muchos de los avances que hemos comentado son construcciones colectivas de nuevas formas de pensar sobre el derecho constitucional. Su comprensión y su debida aplicación requieren que los juristas estén atentos a lo que sucede más allá de sus fronteras. En pleno siglo XXI se vuelve indispensable pensar el derecho de forma global. Una herramienta indispensable para hacerlo es el derecho comparado, tema al que dedicamos el siguiente apartado.

V. EL USO DEL DERECHO COMPARADO

El importante tema del control de convencionalidad nos ofrece un desafío de grandes dimensiones. Si somos capaces de enfrentar con entereza y sapiencia dicho reto, México estará dando un paso enorme en la dirección correcta, pues tendrá un Estado constitucional de derecho más robusto y unos aplicadores de normas dotados de una capacidad ampliada para proteger cabalmente los derechos humanos.

El control de convencionalidad nos convoca a traer a México lo que en otras latitudes se han llamado “diálogos jurisprudenciales”, en los que los jueces van dando pasos desde sus distintas jurisdicciones para lograr avances en la protección de derechos. Finalmente, no olvidemos que el derecho constitucional de nuestros días plantea problemas muy semejantes a todas las jurisdicciones, de modo que siempre existen buenas oportunidades de aprendizaje cuando se comienza a dialogar con experiencias foráneas.

Se habla ya incluso de amplios procesos de “migración jurisprudencial”, en referencia a la circulación de las ideas sobre la protección de los derechos fundamentales y la defensa de la Constitución. Se trata de un fenómeno más o menos reciente, potenciado en los últimos años por el acceso masivo a internet y por el desarrollo de poderosos bancos de datos que permiten tener acceso completo a las sentencias de los tribunales constitucionales de muchos países²².

Los problemas de fondo a los que se enfrentan las distintas jurisdicciones nacionales son, como ya se apuntaba, en alguna medida parecidos: libertad de expresión, derecho de asociación, cuestiones electorales, derecho a la posesión de armas, interrupción voluntaria del embarazo, etcétera. Los criterios jurisprudenciales sobre estos temas se encuentran en muchos países y también de manera destacada en la jurisprudencia internacional. En ocasiones las soluciones son parecidas, pese a que los jueces no conocían la jurisprudencia de sus colegas extranjeros. En otros casos los criterios judiciales se apartan de lo que podría considerarse como una línea jurisprudencial más o menos consolidada y terminan por dictar sentencias incomprensibles por su falta de fundamento y por su precariedad argumentativa.

Lo cierto es que hay una “circulación mundial” de problemas constitucionales y una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones. Por eso es que se habla de una “propensión ultra-nacional, sino universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional”²³. Dicha propensión estaría anudada a la existencia de una comunidad de jueces constitucionales que con frecuencia celebran reuniones, seminarios y congresos en los que dialogan e intercambian experiencias, creando así una suerte de “sociedad abierta de la justicia constitucional”, la cual puede

²² Sobre la relación entre el internet y el mundo jurídico, Carbonell, Miguel y Rivera, Aline, *Internet para abogados y estudiantes de derecho*, 4ª edición, México, Porrúa, 2009.

²³ Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales” en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 92.

ampliarse para hablar incluso de una sociedad abierta de la justicia convencional.

En este marco en el que algunos autores se preguntan si las cortes constitucionales pueden y/o deben citar los criterios de otras jurisdicciones nacionales. La Constitución de Sudáfrica de 1996 —una de las más progresistas del mundo, tanto en su texto como en la aplicación del mismo— lo acepta expresamente en su artículo 39, que permite a los tribunales “tomar en consideración el derecho extranjero”.

Se trata de una idea inspirada en una especie de cosmopolitismo jurídico de gran alcance²⁴; esta orientación encuentra un cierto eco en el voto disidente del *justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos Stephen Breyer en la sentencia *Knight versus Florida* de 1999, en el que se hace referencia a distintos precedentes extranjeros e incluso se cita, con aprobación, un criterio de la Corte Suprema de Zimbabwé. No es de sorprender la inmediata reacción en contrario de los integrantes de la “falange conservadora” de la propia Corte (según la acertada calificación de Ronald Dworkin)²⁵, Clarence Thomas y Antonin Scalia, quienes censuraron de inmediato la cita realizada por su colega, afirmando que la falta de fundamento del criterio de Breyer se encontraba reflejada en la cita de un derecho inaplicable por las cortes norteamericanas.

Interviniendo en esta polémica, el insigne Presidente Emérito de la Corte Constitucional italiana, Gustavo Zagrebelsky, llama la atención sobre lo que está en juego: “Más allá de la decisión, sin duda importante, de los medios para la interpretación constitucional, se advierte que la disputa se refiere directamente a la legitimidad de la participación de las jurisdicciones constitucionales nacionales en la construcción de perspectivas jurídicas de orientación común, tendencialmente universales”²⁶. En otras palabras, la lucha es por saber si las jurisdicciones constitucionales pueden o deben mantener una apertura cosmopolita o si por el contrario deben resolver solamente conforme a su propia experiencia.

Para orientarse en este dilema vale la pena considerar que, como se apuntaba, hoy en día existe una problemática constitucional común que

²⁴ Sobre el tema pueden verse las importantes aportaciones de Ferrajoli, Luigi en varios de sus trabajos; por ejemplos en algunos de los ensayos contenidos en *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2010, pp. 303 y siguientes.

²⁵ Dworkin, Ronald, *The Supreme Court phalanx*, The New York Review Books, Nueva York, 2008.

²⁶ Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, cit., p. 93.

deben resolver los tribunales de última instancia alrededor del mundo. Es el propio Zagrebelsky quien nos ofrece una enumeración de temas que han llegado hasta la mesa de un número importante de jurisdicciones constitucionales (incluyendo el caso mexicano, por cierto) y que constituyen un universo compartido de problemas comunes: “la pena de muerte, la edad o el estado psíquico de los condenados, las modalidades incluso temporales de las ejecuciones; los derechos de los homosexuales; las ‘acciones afirmativas’ a favor de la participación política de las mujeres o contra discriminaciones raciales históricas, por ejemplo en el acceso al trabajo y a la educación; la limitación de los derechos por motivos de seguridad nacional; la regulación del aborto y, en general, los problemas suscitados por las aplicaciones técnicas de las ciencias biológicas a numerosos aspectos de la existencia humana; la libertad de conciencia respecto a las religiones dominantes y a las políticas públicas en las relaciones entre escuelas y confesiones religiosas; los derechos de los individuos dentro de las relaciones familiares y así por el estilo”²⁷.

¿Qué deben hacer los tribunales constitucionales al enfrentarse a estos problemas? ¿les resulta útil a sus miembros mirar hacia la jurisprudencia de otros países?²⁸

Pensemos en dos temas concretos, que nos suministran ejemplos interesantes sobre el punto que estamos discutiendo: la libertad de expresión y la interrupción voluntaria del embarazo. ¿No sería necesario que un tribunal constitucional considerara, al pronunciarse sobre temas relacionados con la libertad de expresión, el mundialmente famoso caso *New York Times versus Sullivan* resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos²⁹, o el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán conocido como “Caso Titanic” que se suele citar en todos los debates sobre la racionalidad de las interpretaciones basadas en la proporcionalidad?³⁰ En el tema del aborto: ¿pueden pasarse por alto las consideraciones que el *justice* Harry Blackmun

²⁷ Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, cit., p. 93.

²⁸ Sobre este tema son muy relevantes las reflexiones de Brito Melgarejo, Rodrigo, *El diálogo entre los tribunales constitucional*, México, Porrúa, 2011.

²⁹ Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la primera enmienda*, Miami, SIP, 2000.

³⁰ Robert Alexy, referencia inexcusable en el tema, suele citar el caso en sus trabajos. Ver por ejemplo su ensayo “La fórmula del peso” en Carbonell, Miguel (coordinador), *Argumentación jurídica*, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2012. En el mismo libro, discutiendo las tesis de Alexy, pueden verse los ensayos de Carlos Bernal Pulido, “La racionalidad de la ponderación”; de José Juan Moreso, “Alexy y la aritmética de la ponderación” y de Laura Clérico, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. Ver también las distintas aportaciones

escribió en la sentencia *Roe versus Wade* sobre el derecho a la intimidad de las mujeres³¹, o el contenido de la muy controvertida sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional español sobre la protección del derecho a la vida.³² No estamos defendiendo ni sugiriendo siquiera que el conocimiento de dichas sentencias se traduzca inmediatamente en una adopción de sus puntos de vista. Nada de eso. De lo que se trata es de conocer, valorar, analizar y resolver de la manera que sea mejor de acuerdo al propio contexto nacional.

Lo que no resulta útil ni racional es cerrarse ante las modernas corrientes de la jurisprudencia constitucional comparada. Es de nuevo Gustavo Zagrebelsky quien nos da muy buenas razones, de puro sentido común, para tomar en cuenta la jurisprudencia comparada. Escribe nuestro autor: “Basta una actitud de modestia al examinar las experiencias foráneas, respecto a nuestros propios problemas. Basta no creer que estamos solos en el propio camino y no presumir, como por el contrario hacen los chauvinistas de la Constitución, de ser los mejores... (el presupuesto para hacerlo es) la prudencia del empirista que quiere aprender, además de los propios, también de los errores y aciertos de los demás”³³. De eso se trata: de asumir una actitud humilde, receptiva y atenta a los caminos, buenos o malos, que se han abierto en otras latitudes.

Zagrebelsky sigue afirmando que: “Es como recurrir, para resolver un problema difícil, a ‘un amigo con gran experiencia’, que nos hace pensar mejor, desvela energías potenciales latentes, extiende la perspectiva y enriquece las argumentaciones, poniendo bajo la luz puntos de vista quizá de otro modo ignorados”³⁴.

No faltará quien piense que al tomar en cuenta las experiencias de otros países se pone en riesgo la identidad propia del ordenamiento constitu-

que aparecen en Alexy, Robert y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

³¹ Sobre Blackmun puede verse Carbonell, Miguel, “¿Quién fue el juez Harry Blackmun?” ahora recogido en el libro *¿El tercero ausente? Ensayos sobre el poder judicial*, México, Porrúa, UNAM, IMDPC, 2008, pp. 255 y siguientes, así como Greenhouse, Linda, *Becoming Justice Blackmun. Harry Blackmun’s Supreme Court Journey*, Times Books, Nueva York, 2005. Sobre el tema del aborto en Estados Unidos se han publicado cientos de libros y miles de artículos; de entre lo mejor que se ha traducido al castellano puede verse, Tribe, Laurence, *El aborto: Guerra de absolutos*, México, FCE, 2012.

³² Pérez Royo, Javier, “Derecho a la vida” en Aragón, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Madrid, Civitas, 2001.

³³ Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, cit., p. 94.

³⁴ Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, cit., p. 95.

cional mexicano (o de cualquier otro país). Ha sido una actitud que han defendido con vehemencia y durante décadas muy connotados juristas, que le temían a la “contaminación” jurídica que pudiera llegar a nuestro derecho proveniente de otros países.

Dejando por ahora a un lado la gran ignorancia que tal actitud encerraba, lo cierto es que nada de eso puede suceder ni ha sucedido nunca, ni en México ni en el extranjero. Es cierto que se han copiado instituciones tomadas del derecho comparado, pero su recepción se ha acomodado a las necesidades nacionales y varias de ellas se encuentran entre los más grandes aciertos de nuestro sistema jurídico.

¿Acaso no importamos en su momento el esquema del federalismo? ¿acaso podemos considerarnos los inventores de principios tan básicos como la división de poderes? ¿quién pensaría que figuras como las comisiones de derechos humanos o los consejos la judicatura son negativos porque no fueron inventados por nuestros próceres jurídicos? Esos ejemplos, y muchos otros que se podrían citar, avalan la oportunidad, la pertinencia y el efecto benéfico que arroja el conocimiento y la utilización del derecho comparado.

En el caso concreto de la revisión de jurisprudencia comparada no hay nada que temer y sí, por el contrario, mucho que ganar, toda vez que “La circulación de las jurisprudencias no compromete por tanto la identidad de la propia. La comunicación de experiencias está siempre filtrada porque presupone *standars* mínimos de homogeneidad o juicios de congruencia sobre los textos y los contextos jurisprudenciales. Estos juicios son de las cortes nacionales. No determinan ninguna disminución de su función soberana”³⁵.

Lo que resulta perjudicial y es indefendible tanto desde un punto de vista teórico como desde el mirador de la práctica es el intentar permanecer encerrados en las propias “tradiciones”, cualquiera que estas sean. Perdemos todos (jueces, litigantes, académicos, ciudadanos) cuando tenemos tribunales constitucionales incapaces de mantener un diálogo con la jurisprudencia de otras latitudes: “La incomunicabilidad... equivale a la rotura del círculo ideal de intérpretes constitucionales... Las cortes de justicia tienen, por así decirlo, raíces que se asientan en condiciones político-constitucionales nacionales, pero tienen la cabeza dirigida a principios de alcance universal. Cerrarse a sí mismas significa solamente una cosa: pre-

³⁵ Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, cit., p. 95.

disponerse a políticas constitucionales y de los derechos humanos funcionales solamente a los exclusivos intereses nacionales”³⁶.

Lo anterior viene al caso porque la tarea más importante que debemos realizar en México en materia de interpretación de los derechos fundamentales y por lo que respecta al novedoso control de convencionalidad se refiere a cambiar la mentalidad de nuestros operadores jurídicos, de modo que estén “mentalmente” abiertos a lo que va señalando la jurisprudencia de la CorteIDH. Por eso es importante que las futuras generaciones de abogados se manejen con soltura en el derecho comparado y lo vean como un insumo relevante para complementar su formación.

Las fronteras entre derecho nacional y derecho internacional son hoy más borrosas que nunca y por eso es que los abogados deben estar listos para utilizar en sus razonamientos tanto normas internas como normas internacionales. No hay duda de que el control de convencionalidad es obligatorio y que por tanto los operadores jurídicos deben conocer a fondo y con detalle la jurisprudencia de la CorteIDH, pero dicha obligatoriedad no se verá reflejada en la práctica si no conseguimos desarrollar una mentalidad más afin a los pronunciamientos de la jurisdicción interamericana.

Ese es el reto mayor. Y en este punto tendrán un papel fundamental por desarrollar las escuelas y facultades de derecho, pues será en ellas en donde se formen las nuevas generaciones de abogados, para las cuales temas como el del control de convencionalidad serán vistos como algo normal y cotidiano, al revés de lo que sucede en la actualidad con algunos jueces y abogados.

Bibliografía básica:

- Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Madrid, Civitas, 2005.
- Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.
 - *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, Madrid, CEPC, 2007.
- Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 2ª edición, Madrid, CEPC, 2009.
- Barak, Aharon, *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Estudios sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2005.

³⁶ Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, cit., p. 95.

- *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.
- Carbonell, Miguel (coordinador), *Argumentación jurídica*, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2012.
- *Los derechos fundamentales en México*, 5ª edición, Porrúa, CNDH, UNAM, 2012.
- *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2009.
- (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- y Salazar, Pedro (coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Porrúa, UNAM, 2012.
- Cárdenas, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, IJ-UNAM, 2005.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, número 9, México, julio-diciembre de 2003.
- “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos” en Méndez Silva, Ricardo (coordinador), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002.
- Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, M. A. Porrúa, ITAM, 2001.
- Courtis, Christian (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CELS, CEDALS, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2010.
- “Pasado y futuro del Estado de derecho” en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2009.
- *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011 (3 tomos).
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, Fundap, 2012.
- *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.
- y Carbonell, Miguel, *Compendio de derechos humanos*, 3ª edición, Porrúa, UNAM, 2012.
- Ferrerres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CECP, 1997.
- García Ramírez, Sergio, *La corte interamericana de derechos humanos*, México, Porrúa, 2007.
- y Del Toro Huerta, Mauricio, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, Porrúa, UNAM, 2011.
- y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, 2011.
- Gascón Abellán, Marina, “Interpretación conforme (con la Constitución)” en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, 3ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2009.
- Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.
- Posner, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

– “Jueces constitucionales” en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*)

(Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman Vs. Uruguay*)¹

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR²

*A la memoria de JORGE CARPIZO,
en su primer aniversario luctuoso*

SUMARIO: I. Introducción: importancia de la presente resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia. II. Incidencia de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 en el debido e integral cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman*. III. Eficacia de la sentencia interamericana y la autoridad de la cosa juzgada internacional: su proyección directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Partes de la Convención Americana (*res interpretata*). IV. Autoridad de la “cosa juzgada internacional” y “control de convencionalidad”.

¹ El presente texto reproduce el voto razonado a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*. La resolución puede verse en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.doc. La Sentencia del *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, de 22 de febrero de 2011 puede consultarse en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.doc.

² Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN DE SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA

1. Una de las competencias más importantes que actualmente ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) es la supervisión sobre el cumplimiento de sus propias decisiones, especialmente de las sentencias de fondo y reparaciones. Esta facultad deriva de sus atribuciones jurisdiccionales, teniendo una relación directa en la efectividad de los derechos humanos de los habitantes de nuestra región.

2. Considerando la importancia sobre esta cuestión, el Tribunal Interamericano ha implementado desde hace un lustro la realización de audiencias —públicas o privadas— de supervisión sobre el cumplimiento de sus fallos, particularmente cuando se involucran reparaciones múltiples, que implican actuaciones complejas y problemáticas para los Estados³. En las audiencias de supervisión de sentencias se analizan las posiciones del Estado y de las víctimas y sus representantes, así como se escucha el parecer de la Comisión Interamericana. Lo anterior constituye una práctica importante, en la medida en que ha permitido a la Corte IDH cumplir con la función jurisdiccional que le señala la Convención Americana y que no culmina hasta en tanto no se cumpla cabalmente y de manera íntegra con todos y cada uno de los aspectos ordenados en la sentencia respectiva. Las audiencias han contribuido a lograr la efectividad de las decisiones de la Corte IDH. No se trata de una mediación del fallo, sino de una actividad dinámica que permite contar con información reciente para que los jueces puedan realizar una adecuada valoración sobre el cumplimiento del fallo por el Estado concernido, a la vez de propiciar espacios de diálogo constructivo favoreciendo el entendimiento entre las partes y lograr el debido cumplimiento de lo decidido en la sentencia, particularmente sobre las diversas formas de reparación para las víctimas.

3. En el presente asunto se convocó a una audiencia privada de supervisión de cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte IDH en el Caso

³ Desde el año 2007 a la fecha se han celebrado 77 audiencias sobre supervisión de cumplimiento de sentencia. La práctica de celebrar este tipo de audiencias quedó incorporada en el artículo 69.3 del nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente desde el 1° de enero de 2010.

Gelman Vs. Uruguay (en adelante “la Sentencia”)⁴, la cual se llevó a cabo el 13 de febrero de 2013 durante el 98º periodo ordinario de sesiones en la sede del propio Tribunal Interamericano.

4. La audiencia fue especialmente importante para llegar al convencimiento del cumplimiento parcial de la Sentencia, respecto de lo ordenado en los puntos Resolutivos 12⁵, 13⁶, 14⁷ y 17⁸ de la misma. Así, con la información proporcionada por las partes, el Tribunal Interamericano consideró en la Resolución de supervisión que nos ocupa, parcialmente cumplido el fallo debido a determinadas acciones del Estado, que consistieron en (i) la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional sobre los hechos del caso, conducido por el Presidente de la República y realizado en el Palacio Legislativo en presencia de las víctimas Juan Gelman y su nieta María Macarena Gelman García Iruretagoyena; (ii) la colocación de una placa en el edificio del Servicio de Información de Defensa y que funcionó como cárcel clandestina (sede actualmente de la Institución Nacional de Derechos Humanos), “en memoria de María Claudia García de Gelman y de todas las personas víctimas del terrorismo de Estado que estuvieron privadas de su libertad en este edificio”; (iii) la publicación en el Diario Oficial, en diarios de amplia circulación nacional y en distintas páginas web oficiales, de la sentencia y del resumen respectivo; y (iv) el pago de las cantidades fijadas por concepto de indemnización—daño material e inmaterial— y por el reintegro de costas y gastos.

5. Las acciones anteriores emprendidas por el Estado uruguayo constituyen una manifestación clara de su compromiso para el cumplimiento de la Sentencia que debe resaltarse. Particularmente, respecto del acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en la que par-

⁴ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221.

⁵ “12. El Estado debe realizar, en el plazo de un año, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con el párrafo 266 de la Sentencia”.

⁶ “13. El Estado debe colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa (SID) con acceso al público, en el plazo de un año, una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar, de conformidad con el párrafo 267 de la Sentencia”.

⁷ “14. El Estado debe realizar, en el plazo de seis meses, las publicaciones dispuestas en el párrafo 271 de la Sentencia”.

⁸ “17. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, las cantidades fijadas en los párrafos 291, 293, 296 y 304 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, de conformidad con los párrafos 305 a 311 de la misma”.

ticipó la máxima autoridad de dicho país con una amplia difusión por los medios de comunicación y de la colocación de la placa, el Tribunal Interamericano en la presente Resolución de supervisión destacó que “satisface plenamente el objeto y propósito de la reparación dispuesta, en uno de los actos más destacables entre los que han sido realizados por los Estados en cumplimiento de medidas de reparación de esa naturaleza”⁹.

6. Asimismo, en la propia audiencia privada la Corte IDH tuvo conocimiento de otros actos del Estado uruguayo dirigidos de manera importante al cumplimiento del fallo, fundamentalmente: a) la promulgación de la Ley 18.831 de 27 de octubre de 2011, denominada “Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985”¹⁰; y b) el Decreto 323/2011 de 30 de junio del mismo año, mediante el cual revoca los actos administrativos y mensajes del Poder Ejecutivo “en aplicación del artículo 3° de la Ley de Caducidad, que consideran que los hechos denunciados estaban comprendidos en las disposiciones del artículo 1° de la referida Ley y en su lugar declárase que dichos hechos no estaban comprendidos en la citada norma legal”.

7. Estos actos de los Poderes Legislativo (Ley 18.831) y Ejecutivo (Decreto 323/2011) fueron valorados de manera positiva por el Tribunal Interamericano, al estar dirigidos al cumplimiento de la Sentencia del *Caso Gelman*, al estimar que tienen, aparentemente, la finalidad de remover el obstáculo principal que representa la Ley 15.848 (Ley de Caducidad)¹¹, declarada “sin efectos” en la Sentencia de la Corte IDH por su incompa-

⁹ Considerando 8 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁰ Los cuatro artículos de esta Ley 18.831 (ley interpretativa de la Ley de Caducidad) establecen:

“Artículo 1°.- Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1° de la Ley No 15.848 de diciembre de 1986.

Artículo 2°.- No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1° de esta ley.

Artículo 3°.- Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

Artículo 4°.- Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación por el Poder Ejecutivo”.

¹¹ Los Artículos 1° y 3° de la Ley No. 15.848 de 22 de diciembre de 1986 (Publicada D.O. 28 dic/1986 – N° 22.295): “Funcionarios militares y policiales. Se reconoce que ha cadu-

tibilidad con las obligaciones establecidas en la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Dicha normativa fue declarada incompatible con estos instrumentos internacionales¹². La Ley de Caducidad impidió la investigación, el juzgamiento y eventual sanción a los responsables de los hechos en el *Caso Gelman*, así como también los de otros casos de graves violaciones de derechos humanos acontecidos en Uruguay en esa época.

8. Sin embargo, nueve días después de celebrada la audiencia privada de referencia, se produjo un “hecho nuevo” que ha sido motivo de especial atención por la Corte IDH al resolver sobre la supervisión de cumplimiento de sentencia. En efecto, el Tribunal Interamericano tuvo conocimiento del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay de 22 de febrero de 2013¹³, en la que por mayoría de votos declaró parcialmente procedente la excepción de inconstitucionalidad y declaró inaplicables a los excepcionantes los artículos 2º y 3º de la Ley 18.831.

9. Ante este estado de cosas, la Corte IDH en la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, analizó las implicaciones y consecuencias que dicho fallo nacional tiene en el cumplimiento de la

cado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985”, establecen lo siguiente:

“*Artículo 1º*.- Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”.

“*Artículo 3º*.- A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1º de la presente ley. Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informe que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria. Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo”.

¹² *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párrafo 312, Punto Resolutivo 6, en relación con lo establecido en los párrafos 237 a 241 y 246.

¹³ Sentencia No. 20. IUE-2-109971/2011. Ministro Relator: Doctor Jorge O. Chediak González. Disidencia del Ministro Ricardo C. Pérez Manrique.

Sentencia del Tribunal Interamericano y concluyó que la resolución de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay afecta el debido cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman*; por lo que el Tribunal Interamericano se pronunció sobre varios aspectos de vital importancia para el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estas circunstancias motivan la necesidad de formular el presente voto concurrente razonado; en la inteligencia de que si bien el suscrito no integraba dicho órgano colegiado cuando se dictó la Sentencia de fondo y reparaciones en febrero de 2011, ahora como nuevo miembro del Tribunal Interamericano, al igual que mis pares, me encuentro no sólo facultado, sino obligado de velar por el debido cumplimiento de la misma.

10. De ahí que si bien comparto íntegramente los razonamientos y el sentido de la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, adoptada por unanimidad de votos, estimo conveniente, dada la importancia de las consideraciones que la contienen, agregar a la Resolución el presente voto concurrente razonado, con la finalidad de profundizar y destacar tres cuestiones cruciales que influyen en el buen entendimiento de la función jurisdiccional de la Corte Interamericana como aplicador e intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto, en la medida en que sus decisiones repercuten en la funcionalidad del Sistema Interamericano, particularmente en el debido cumplimiento y eficacia de sus sentencias. Así, se abordan a continuación tres temas: (i) la incidencia de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 en el debido e integral cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman* (párrs. 11-21); (ii) la eficacia de la sentencia interamericana y la autoridad de la cosa juzgada internacional: su proyección directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Partes de la Convención Americana (*res interpretata*) (párrs. 22-79); y (iii) la autoridad de la “cosa juzgada internacional” en relación con el “control de convencionalidad” (párrs. 80-100).

II. INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY DE 22 DE FEBRERO DE 2013 EN EL DEBIDO E INTEGRAL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH EN EL CASO GELMAN

11. La sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay incide de manera directa en el debido e integral cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, en tanto confronta el derecho de

las víctimas a la reparación integral amparadas en una sentencia internacional, que ha producido la autoridad de cosa juzgada.

12. En efecto, al declararse la inaplicabilidad de los artículos 2º y 3º de la Ley 18.831 en un caso similar al *Caso Gelman*, es decir, que versa sobre desaparición forzada de personas cuyos hechos acontecieron en el mismo periodo de dictadura militar, trae como consecuencia la prescripción de delitos que expresamente la Corte IDH en la Sentencia declaró como “imprescriptibles”, al constituir por su propia naturaleza una violación de normas *jus cogens*¹⁴. Lo anterior es de particular importancia, debido a que actualmente se lleva a cabo (según lo informado por las partes) el procesamiento de varias personas por el “homicidio” de María Claudia García de Gelman, sin que comprenda hasta ahora otras conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos, ni se estén investigando los hechos de la desaparición forzada por supresión de identidad, por lo que el criterio interpretativo del Alto Tribunal uruguayo incide potencialmente en la investigación de los hechos en el *Caso Gelman*, al establecer dicho fallo nacional que la vigencia de la Ley de Caducidad no afectaría los términos de prescripción de los delitos referidos a hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos¹⁵. En la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman Vs. Uruguay* de 2011 se expresó que “el proceso iniciado por Juan Gelman y reabierto en 2008 por gestiones de María Macarena Gelman, lo ha sido bajo la figura de homicidio, excluyendo otros delitos como la tortura, desaparición forzada y sustracción de identidad, con la que se hace posible que la causa sea declarada prescrita, por los tribunales nacionales”¹⁶. (Subrayado nuestro).

13. Si bien de conformidad con el derecho procesal constitucional uruguayo la sentencia de la Suprema Corte implica la desaplicación de las normas declaradas inconstitucionales para el caso particular —sin afectar la vigencia de la norma y otros casos judiciales—¹⁷, en realidad el efecto interpretativo de la norma se expande, al crearse un criterio jurisprudencial

¹⁴ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párrs. 99, 183, 225 y 254.

¹⁵ Considerandos 32 y 48 de la Resolución de 20 de marzo de 2013 de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁶ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 235.

¹⁷ El Artículo 259 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay establece: “El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado”.

del más alto valor en el ámbito nacional (al emitirse por el máximo órgano jurisdiccional nacional) y cuyas consideraciones difieren de las realizadas por la Corte IDH en la Sentencia del *Caso Gelman*; lo anterior provoca, evidentemente, que en la práctica los jueces nacionales que estén conociendo de violaciones graves de derechos humanos, tengan la falsa disyuntiva de aplicar de manera “directa” la interpretación que se deriva del fallo de la Corte IDH (que es lo que corresponde por la obligación derivada del artículo 68.1 de la Convención Americana) o bien la jurisprudencia de la Suprema Corte de su país.

14. En el *Caso Gelman*, la Sentencia de la Corte IDH calificó jurídicamente los hechos como “desaparición forzada de personas” que constituye una de las más claras y graves violaciones a los derechos humanos (con mayor razón cuando se realiza a través de un patrón sistemático por estructuras del Estado, calificado como “terrorismo de Estado”)¹⁸; y en el *Resolutivo 11* de la propia Sentencia refiere a que el Estado debe “garantizar” que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un “obstáculo” para la investigación, identificación y, si procede, sanción de los responsables. De ahí que derivado de este nuevo criterio interpretativo de la Suprema Corte de Justicia —que de seguirse por los jueces inaplicarían los artículos 2° y 3° de la Ley 18.831— existe en la práctica una real y potencial afectación a la obligación de investigar los hechos del presente caso y determinar las correspondientes responsabilidades, así como de la obligación del Estado de garantizar que la Ley de Caducidad (Ley 15.848), al carecer de efectos jurídicos, no vuelva a representar un obstáculo para esos efectos.

15. Así, a nuestro entender es clara la incidencia que el fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay tiene en el debido y efectivo cumplimiento de la Sentencia del *Caso Gelman*, toda vez que permite que la desaparición forzada, tortura o sustracción de identidad y otros hechos, como violaciones graves de derechos humanos cometidas en dicho contexto, resulten prescriptibles¹⁹; y, por consecuencia, representen un obstáculo real y potencial para que en el caso puedan realmente investigarse, identi-

¹⁸ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 99.

¹⁹ La sentencia de referencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay establece (pp. 18 y 19): “A esto corresponde añadir que, para los delitos cometidos durante la dictadura y amparados por la Ley de Caducidad, no se creó ninguna prescripción especial, sino que, simplemente, regían los mismos términos extintivos que para cualquier otro delito, por lo que, en la especie, no sería de aplicación la condena impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la remoción de las leyes de prescripción establecidas especialmente para esos casos, puesto que no se dictaron leyes de tal naturaleza.”

ficarse y, eventualmente, sancionarse a los responsables por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena, esta última como consecuencia de la sustracción, supresión y sustitución de su identidad de conformidad con lo establecido en la Sentencia. La Corte IDH en la Sentencia señaló: “Es necesario reiterar que este *es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno*. Como ya se ha establecido, *por tratarse de un delito de ejecución permanente*, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, *sin que ello represente su aplicación retroactiva*”²⁰. (Subrayado nuestro).

16. En este sentido, debe destacarse que el precedente interpretativo que permite la prescripción de dichas violaciones graves de derechos humanos, fue establecido por el máximo órgano jurisdiccional del Uruguay, lo que implica que puede ser simplemente reiterado sin más consideración a través del mecanismo de “resolución anticipada”²¹ o por nuevas decisiones similares²²; además, al ser jurisprudencia del máximo órgano judicial del país —si bien no constituye precedente obligatorio—, puede convertirse en la práctica en una guía interpretativa relevante para los jueces inferiores provocando que sigan la interpretación realizada por el máximo Tribunal uruguayo cuando conozcan de violaciones graves de derechos humanos, como lo es, por ejemplo, la desaparición forzada de personas; lo que llevaría a la inaplicación de los artículos 2º y 3º de la Ley 18.831 y, consecuentemente, provocaría la prescripción de los delitos de esa naturaleza, en clara discordancia con lo establecido en la sentencia internacional

²⁰ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 236.

²¹ El artículo 519 del Código General del Proceso establece:
Resolución anticipada.- En cualquier estado de los procedimientos y con prescindencia de la situación en que se encontrare el trámite respectivo, la Suprema Corte de Justicia podrá resolver la cuestión, acreditado que fuere uno de los siguientes extremos:
1º. Que el petitorio hubiere sido formulado por alguna de las partes con la notoria finalidad de retardar o dilatar innecesariamente la secuela principal sobre el fondo del asunto;
2º. Que existiere jurisprudencia en el caso planteado y se declarare por ese órgano judicial que mantendrá su anterior criterio.

²² Al menos en otros tres casos posteriores se ha seguido el mismo sentido y criterio interpretativo; *cfr.* Considerando 52 y nota 23 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto concurrente razonado.

derivada del *Caso Gelman Vs. Uruguay*, que dada su firmeza ha adquirido la autoridad de cosa juzgada internacional.

17. Además, en el supuesto en que los jueces que estén conociendo o que conozcan de las causas sobre violaciones graves a derechos humanos apliquen la Sentencia del *Caso Gelman* —incluyendo, evidentemente, las consideraciones interpretativas que fundamentan la decisión, que es lo que corresponde al tener obligatoriedad y eficacia directa para todas las autoridades del Estado uruguayo en todos los niveles, en términos del artículo 68.1 de la Convención Americana—; y llegaran las causas ante la instancia de la Suprema Corte por medio de las vías impugnativas correspondientes, existe en la actualidad un criterio interpretativo que permitiría que la vigencia de Ley de Caducidad continúe, en la práctica, teniendo efectos, al permitirse la prescripción respecto de los delitos que resultan imprescriptibles en términos de la Sentencia del Tribunal Interamericano; y, consecuentemente, la jurisprudencia nacional constituye al día de hoy un obstáculo real y potencial para la investigación de los hechos, juzgamiento y eventual sanción de los responsables, cuestión que genera una situación jurídica contraria a lo previsto en la Sentencia del *Caso Gelman*, al establecer que “*las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo*”²³. Sobre el particular, incluso, el propio Estado “reconoce que el reciente fallo del máximo órgano del Poder Judicial *podría generar dificultades a los pronunciamientos judiciales vinculados a las causas por violaciones a los derechos humanos ocurridos en el pasado*”²⁴. (Subrayado nuestro).

18. Por otra parte, la incidencia del fallo de la Suprema Corte de Justicia uruguaya también se advierte hacia el derecho de las víctimas de otras

²³ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 254.

²⁴ Informe CDH-12.607/176 suscrito por el Agente de la República Oriental del Uruguay, en relación al escrito presentado por CEJIL relativo a la presentación de la copia de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Uruguay de 22 de febrero de 2013. En el mismo informe, se señala que “El caso planteado ante la Suprema Corte de Justicia y donde recayera la sentencia que se menciona no refiere concretamente al caso Gelman sino a otro juicio pero *en el cual también se investigan hechos ocurrido en igual periodo dictatorial*. Si bien, por lo dicho, en cuanto al alcance al caso particular de la decisión de la SCJ no afectaría la causa Gelman, es dable señalar que *existen en este mismo momento otros numerosos casos presentados ante la Suprema Corte de Justicia, los que tratan también de denuncias de hechos ocurridos durante el periodo dictatorial, a la espera de pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia por iguales cuestionamientos en relación a la constitucionalidad de la ley 18.831*”. (Subrayado nuestro).

graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay, más allá de las víctimas concretas del *Caso Gelman*. En efecto, no debe pasar inadvertido que en la Sentencia del *Caso Gelman* se declaró “sin efectos” la Ley de Caducidad. Lo anterior implica que al carecer de efectos jurídicos esa norma general, consecuentemente tiene incidencia en otros casos donde sea aplicada o pueda tener efectos. En la Sentencia del *Caso Gelman* así se consideró, al señalar: “En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga [a la Ley de Caducidad], como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in ídem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”²⁵. (Subrayado nuestro).

19. Esta última consideración no sólo involucra a la investigación y eventual sanción de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos cometidas a las víctimas del *Caso Gelman*; en efecto, la Corte IDH estableció en la Sentencia que “el Estado deberá asegurar que aquélla [Ley de Caducidad], no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”²⁶. Esta última parte es clara y se refiere a que no se limita exclusivamente a las víctimas en el caso concreto, sino en general, se entiende referida a cualquier víctima derivada de la aplicación de la Ley de Caducidad al haberse declarado dicha ley “sin efectos”, precisamente para que no vuelva a constituir un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables por las violaciones graves a los derechos humanos que, como la desaparición forzada de personas, resulta imprescriptible. Lo anterior se corrobora con los párrafos 231 y 232 de la propia Sentencia:

231. La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables²⁷. (Subrayado nuestro).

²⁵ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 254.

²⁶ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 253.

²⁷ “Cfr. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, No. 153, párrs. 93 y 128; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C, No. 217, párrs. 61 y 197; y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*.

232. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la *Ley de Caducidad* que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos *carecen de efectos jurídicos* y, en consecuencia, *no pueden seguir representando un obstáculo* para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, *ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay*²⁸. (Subrayado nuestro).

20. Este criterio establecido con precisión y claridad en la Sentencia no es una novedad en la jurisprudencia interamericana. Así, desde el *Caso Barrios Altos* de 2001, la Corte IDH determinó en el fondo del asunto que en el caso peruano las leyes de amnistía *“carec[ían] de efectos jurídicos y no p[odían] seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos [del] caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni p[odían] tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.”*²⁹ Los alcances generales de esta declaratoria quedaron *claros en la resolución de interpretación* del mismo caso en donde el Tribunal Interamericano señaló que *“dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos t[enía] efectos generales”*³⁰. (Subrayado nuestro).

21. En definitiva, a nuestro entender el fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013, si bien parte de la aceptación y obligatoriedad de la Sentencia de la Corte IDH³¹, por su particular interpretación, consideraciones y efectos que produce, incide de manera

Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 137”.

²⁸ “Cfr. *Caso Barrios Altos. Fondo*, *supra* nota 288, párr. 44; *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162, párr. 175, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 16, párr. 174”.

²⁹ *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75, párr. 44.

³⁰ *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, No. 83, párr. 18.

³¹ Expresa la sentencia en uno de sus pasajes: “Por lo que viene de expresarse, no cabe duda que las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son actos jurisdiccionales producidos por dicho órgano internacional, cuya jurisdicción y competencia ha sido reconocida expresamente por Uruguay, en el momento del depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se deriva de ello que —en observancia de su obligación internacional— nuestro país, como Estado condenado, debe proceder de buena fe a dar cumplimiento a lo dictaminado por dicha Corte”. (Sentencia No. 20 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, de 22 de febrero de 2013, página 13, segundo párrafo).

directa y potencial en el debido cumplimiento de la Sentencia del *Caso Gelman*, al constituir una interpretación contraria no sólo a la Sentencia internacional que adquirió la autoridad de cosa juzgada, sino en general al Derecho Internacional y, particularmente, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que podría producir un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, y podría representar un instrumento de perpetuación de la impunidad y el olvido de esos hechos al permitir la prescripción de dichos delitos³²; siendo que las violaciones graves a los derechos humanos, como lo es la desaparición forzada de personas, constituye “por la naturaleza de los derechos lesionados, una violación de una norma *jus cogens*, especialmente grave por haber acontecido como parte de una práctica sistemática de ‘terrorismo de Estado’ a nivel inter-estatal”³³, y revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado establecidas por normas inderogables.

III. EFICACIA DE LA SENTENCIA INTERAMERICANA Y LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL: SU PROYECCIÓN DIRECTA HACIA LAS PARTES (*RES JUDICATA*) E INDIRECTA HACIA LOS ESTADOS PARTES DE LA CONVENCIÓN AMERICANA (*RES INTERPRETATA*)

1. Eficacia vinculante de la sentencia internacional

22. De conformidad con los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el fallo de la Corte IDH será “definitivo” e “inapelable” y los Estados Partes en la Convención se comprometen a “cumplir la decisión” en todo caso en que sean partes. Estos dispositivos convencionales constituyen el fundamento principal en el marco del Pacto de San José para otorgar a las sentencias del Tribunal Interamericano su carácter “firme” y “con eficacia vinculante” en sus términos, por lo que no

³² Cfr. Considerando 103 de la Resolución de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

³³ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 99.

procede ningún medio de impugnación³⁴ y, en consecuencia, no pueden ser revisadas en el ámbito nacional por ninguna autoridad³⁵.

23. La “eficacia vinculante” de las sentencias se corrobora, además, con el Artículo 68.2 del propio Pacto de San José, al señalar que la indemnización compensatoria “podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. Y también del Artículo 65, *in fine*, de la misma Convención³⁶, que señala la posibilidad de la Corte IDH de someter a la consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, dentro de su informe anual las recomendaciones pertinentes cuando “un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”. Es decir, en todo caso existe la obligación de los Estados de cumplir con el fallo internacional de manera directa, pronta, íntegra y efectiva, siendo la propia Convención Americana la que establece garantías para lograr su cumplimiento; en primer término, la posibilidad de que la Corte IDH supervise dicho cumplimiento derivada de su facultad jurisdiccional y, eventualmente, prevé la posibilidad del propio Tribunal Interamericano para someter a una instancia política el incumplimiento³⁷; sin que ello signifique que la Corte IDH deje de conocer de la supervisión

³⁴ Existe una instancia de interpretación de la sentencia, previsto en el artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que pueden presentar las partes dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo. Esta instancia, sin embargo, no constituye propiamente un recurso, ya que sólo tiene como finalidad aclarar el sentido o alcance de la resolución, sin que pueda en modo alguno modificar o cambiar su sustancia. Así lo ha entendido de manera reiterada la Corte IDH. Véase, por ejemplo, la Resolución de 15 de mayo de 2011, *Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México*, párrafo 11: “una solicitud de interpretación de sentencia no debe utilizarse como medio de impugnación de la decisión cuya interpretación se requiere. Dicha solicitud tiene como objeto, exclusivamente, determinar el sentido de un fallo cuando alguna de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive. Por lo tanto, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una solicitud de interpretación”.

³⁵ Artículo 31.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁶ En el mismo sentido se prevé esta posibilidad en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Interamericana.

³⁷ En el último informe de labores del Presidente de la Corte Interamericana correspondiente al año 2012, página 68, precisamente se hace del conocimiento de la Asamblea General de la OEA que: “La Corte Interamericana con fecha 23 de noviembre de 2012 emitió una resolución en donde estableció la negativa de Venezuela a dar cumplimiento a la sentencia de fecha 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*. De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la OEA que Venezuela, no ha dado cumplimiento a

de cumplimiento respectivo, por lo que “podrá seguir requiriendo al Estado que presente información relativa al cumplimiento de la Sentencia respectiva cuando lo considere pertinente”³⁸.

24. Como se enfatiza en la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, la obligación de acatar el fallo de la Corte IDH de conformidad con las disposiciones convencionales anteriores, derivan del principio básico sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldada ampliamente por la jurisprudencia internacional, que implica el cumplimiento de buena fe de los instrumentos internacionales (*pacta sunt servanda*), sin que puedan invocarse razones de orden interno —incluso una norma constitucional o decisión judicial— para dejar de asumir la responsabilidad internacional en términos de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Desde hace tiempo la Corte IDH así lo ha considerado, al establecer que:

Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone *deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno*. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, *aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional*, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. *Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*³⁹.

25. Una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes de conformidad con el artículo 69 del mismo Pacto, produce la “eficacia de la sentencia” y, por consecuencia, nace la obligación internacional del Estado que participó en el proceso internacional —donde tuvo la oportunidad procesal para su adecuada defensa—, de “cumplir la decisión de la

la sentencia mencionada, por lo que solicita que inste a dicho Estado a cumplir con la sentencia de la Corte”.

³⁸ Supervisión de cumplimiento de sentencia. *Caso Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Resolución de 23 de noviembre de 2012, Considerando 48.

³⁹ Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A No. 14, párr. 35. Asimismo, estas consideraciones han sido reiteradamente señaladas por el Tribunal Interamericano en casos contenciosos.

Corte” de manera pronta, íntegra y efectiva, dentro de los plazos señalados en el propio fallo. La obligación internacional de cumplir con “la decisión” comprende al Estado en su conjunto, es decir, a todos los poderes, órganos y autoridades nacionales⁴⁰.

2. *Autoridad de la cosa juzgada internacional de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (formal y material)*

26. La “cosa juzgada” constituye una institución procesal que consiste en “la autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y cuyos atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior”⁴¹.

27. En el ámbito del derecho internacional público, desde la más temprana jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, así como de la Corte Internacional de Justicia, se ha establecido que las decisiones de organismos de carácter jurisdiccional adquieren la fuerza de *cosa juzgada* y conllevan la obligación de ser cumplidas⁴². Asimismo, en su momento, se determinó que sería imposible atribuir facultad a una corte nacional de invalidar una decisión de una corte internacional y de negar la existencia de una violación al derecho internacional ya declarada a nivel internacional en un caso concreto⁴³.

28. En el ámbito interamericano la sentencia de la Corte IDH produce “autoridad de cosa juzgada internacional”. Esto implica que una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa hacia las mismas. En el supuesto de una sentencia esti-

⁴⁰ Cfr. *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución 5 de febrero de 2013, párr. 5; *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de noviembre de 1999, Considerando tercero; y *Caso Barrios Altos Vs. Perú, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte de 7 de septiembre de 2012, Considerando cuarto.

⁴¹ Couture, Eduardo J., voz “cosa juzgada”, en *Vocabulario Jurídico, Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*, 4ª ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Julio César Faira-Editor, Montevideo, 2010, pp. 211 y 212.

⁴² Cfr. International Court of Justice, *Corfu Channel case* (preliminary objection), 1948, p. 28; International Court of Justice, *Corfu Channel case* (compensation), 1949, p. 248; y *Nottebohm case* (preliminary objection), 1953, p. 123.

⁴³ Cfr. Permanent Court of Justice, *The Factory At Chorzow* (Claim for Indemnity) (The Merits), p. 84.

matoria de condena a un Estado, todos los poderes, órganos y autoridades del Estado condenado están obligados a cumplir con la sentencia, sin que se requiera algún procedimiento o interpretación interno o nacional para ello.

29. Así, las sentencias de la Corte IDH adquieren la “autoridad de cosa juzgada internacional” debido al carácter “inimpugnable” del fallo que establece el artículo 67 del Pacto de San José; es decir, al no ser sujeta a revisión posible por no preverse ningún medio de impugnación, lo que le da “firmeza” a la sentencia, como acto jurisdiccional que pone fin al proceso internacional —no así al procedimiento, que continúa la supervisión de la sentencia que deriva de la actividad jurisdiccional del Tribunal Interamericano hasta que se cumple de manera íntegra con la misma—.

30. Ahora bien, al producirse la “autoridad de la cosa juzgada internacional” (producto de la firmeza del fallo) deviene la “inmutabilidad” de la sentencia dictada por la Corte IDH, en tanto acto procesal y en cuanto a su contenido o substancia y sobre todos sus efectos. Así, la cosa juzgada internacional (formal y material) implica que ningún otro tribunal internacional o nacional —incluso la propia Corte IDH— en otro juicio posterior, puede volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso. Esta institución descansa en los principios generales del derecho de seguridad jurídica y de paz social, al permitir certeza a las partes —y a la sociedad en su conjunto—, al evitar que el conflicto se prolongue indefinidamente, elementos contenidos en los artículos 67 y 68 del Pacto de San José para coadyuvar al establecimiento de un orden público interamericano.

3. Eficacia de la sentencia interamericana como “cosa juzgada” (res judicata) con efectos inter partes y como “norma convencional interpretada” (res interpretata) con efectos erga omnes

31. La sentencia interamericana, en tanto adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega los contenidos y efectos de la sentencia en dos dimensiones: a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional; y b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana.

32. En el primer supuesto se produce una eficacia *inter partes*, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de los contenidos y efectos del fallo, que se

deriva como obligación de los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana.

33. En el segundo se produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no sólo “a las partes en el caso” sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” en términos del artículo 69 del Pacto de San José.

A) Eficacia subjetiva de la sentencia interamericana como “cosa juzgada internacional”: la vinculación directa “inter partes” implica la obligación del Estado de cumplir con la totalidad de la sentencia y no sólo con la parte dispositiva o resolutive

34. La eficacia vinculante de la sentencia que establece responsabilidad internacional a un Estado que fue parte material de la controversia, y en la que tuvo la oportuna y adecuada defensa en juicio, no sólo se proyecta hacia la parte “resolutiva” o “dispositiva” del fallo, sino que alcanzan los razonamientos, argumentos y consideraciones que fundamentan y dan sentido a la decisión. Sólo así se podría entender la buena fe del Estado de cumplir con lo que previamente y en uso de su soberanía se comprometió, esto es, a “cumplir la decisión de la Corte en todo caso” en que sea parte (artículo 68.1 de la Convención Americana); toda vez que no puede desvincularse la parte “dispositiva” o “resolutiva” de la “parte considerativa”, al implicar la sentencia un acto jurisdiccional que involucra, en general, “la decisión” como acto jurisdiccional decisorio.

35. La propia Convención Americana establece la obligación para la Corte IDH de “motivar” su fallo (Artículo 66), y es ahí donde se encuentran los “fundamentos de la sentencia”; es decir, el “conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial”⁴⁴. Constituyen las consideraciones jurídicas, de hecho y de derecho, aplicables al caso para su resolución. De esta ma-

⁴⁴ Couture, Eduardo J., voz “fundamentos de la sentencia”, en *Vocabulario Jurídico. Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*, 4ta. ed.,

nera, en la motivación se encuentra el *thema decidendum* que se refleja en los dispositivos o resolutivos de la sentencia y, por lo tanto, constituye “la decisión” un acto complejo del acto decisorio del tribunal. Así, las *rationes decidendi* constituyen un elemento fundamental y necesario que debe considerar el Estado que fue “parte material” para cumplir adecuadamente y de manera íntegra con los resolutivos y dispositivos de la sentencia.

36. Lo anterior, incluso, fue motivo de reflexión por parte del Tribunal Interamericano desde los primeros casos que conoció, entendiendo que el alcance respectivo tiene su fundamento en un principio general del derecho procesal. Así, en la resolución de reparaciones y costas, en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, se precisó que:

35. Aunque estas obligaciones no quedaron expresamente incorporadas en la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo, *es un principio del derecho procesal que los fundamentos de una decisión judicial forman parte de la misma*. La Corte declara, en consecuencia, que tales obligaciones a cargo de Honduras subsisten hasta su total cumplimiento⁴⁵. (Subrayado nuestro).

37. Un ejemplo de lo anterior por parte de una Alta Corte nacional, se advierte con motivo del cumplimiento de la sentencia en el *Caso Radilla Pacheco Vs. México*⁴⁶. La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *motu proprio* y sin que estuviera conociendo de un proceso judicial nacional, en cumplimiento de la sentencia interamericana, consideró que la misma le obliga en sus términos. En ese sentido, además de aceptar el “control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad”⁴⁷, consideró que “*las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de*

corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Julio César Faira-Editor, Montevideo, 2010, p. 364.

⁴⁵ *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, No. 7, párr. 35.

⁴⁶ *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209.

⁴⁷ En cumplimiento explícito al párrafo 339 de la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Radilla Pacheco Vs. México* relativo a la obligación de ejercer “control de convencionalidad *ex officio*”. Cfr: Expediente Varios 912/2010, resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2011, párrs. 22 a 36.

la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio⁴⁸. Resulta relevante el criterio interpretativo que sobre el particular adoptó la Suprema Corte de Justicia mexicana en la Tesis núm. LXV/2011⁴⁹:

“SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, *la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada*, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. *Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso.* Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. *Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos.* Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, *siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella*”. (Subrayado nuestro).

38. Ahora bien, el alcance de la vinculación de la *ratio decidendi* adquiere mayor certeza cuando en los propios dispositivos del fallo refieren de manera expresa a la parte considerativa que contiene los fundamentos jurídicos para la “decisión”, como suele ser una práctica reiterada por el Tribunal Interamericano y como aconteció en la Sentencia del *Caso Gelman*. En efecto, para los efectos que particularmente interesan, resulta relevante lo previsto en el *Resolutivo 11*⁵⁰:

“11. El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los

⁴⁸ Expediente Varios 912/2010, resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2011, párr. 19.

⁴⁹ Tesis del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobada el 28 de noviembre de 2011 y publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 556.

⁵⁰ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221.

responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, *de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia*" (subrayado nuestro)".

39. El "Resolutivo 11" hace referencia precisa a una parte medular de la motivación realizada en el epígrafe "Reparaciones" identificado en los párrafos 253⁵¹ y 254⁵² de la Sentencia; lo cual no implica que sólo a dichas consideraciones argumentativas se deba atender para una comprensión adecuada de los fundamentos jurídicos sobre la cuestión decidida, sino en general a las *rationes decidendi* sobre el *thema decidendum* que se contienen a lo largo del acto decisorio; es decir, se extienden al conjunto de razonamientos contenidos en la totalidad del fallo que sirvieron al Tribunal Interamericano para decidir sobre la cuestión planteada y debatida en el proceso internacional.

40. De ahí que la motivación que contiene el conjunto de razones y fundamentos de hecho y de derecho plasmadas en la sentencia interamericana, generan la certeza específica para cumplir con lo dispuesto por el Tribunal Interamericano en la Sentencia y, consecuentemente, para cumplir con la Convención Americana en términos del artículo 68.1.

41. En el caso particular, esta certeza sobre lo previsto en el "Resolutivo 11" de la Sentencia, refiere a las consideraciones expuestas a lo largo de la Sentencia y que implican la obligación del Estado de "garantizar" que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, identificación y, si procede, sanción de los responsables de las víctimas del *Caso Gelman y de otros casos de violaciones graves de*

⁵¹ "Para ello, dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay". *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 253.

⁵² "En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo". *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 254.

derechos humanos acontecidos en Uruguay en el periodo de la dictadura militar, al carecer de efectos jurídicos dicha norma general por contravenir el Pacto de San José y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando imprescriptibles dichas conductas por estar amparadas en normas de *jus cogens* y por tratarse la desaparición forzada de personas de un delito continuado o permanente⁵³; cuestiones abordadas en otras partes del fallo y específicamente en el acápite “VI.3. *Derechos a las garantías judiciales y protección judicial en relación con la obligación de respetar los derechos, el deber de adoptar disposiciones en derecho interno y las obligaciones sobre investigación derivadas de la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas*”, comprendidas en los *Considerandos 139 a 246 de la Sentencia*. Además de lo previsto en el acápite VII. *Reparaciones*, especialmente los *Considerandos 253 y 254* (a que expresamente se refiere el Resolutivo 11 de la Sentencia).

42. Es por ello que en la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia, la Corte IDH estimó que “la decisión” que emitió —dictada en un caso contencioso concreto, respecto de un Estado Parte en la Convención y que reconoció expresamente su jurisdicción—⁵⁴, no se limita en su efecto vinculante a la parte resolutive o dispositiva del fallo “sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos” del mismo⁵⁵; es decir, la sentencia es vinculante para el Estado concernido en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*, toda vez que “la obligación de los Estados Parte de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la

⁵³ El Considerando 221 de la Sentencia expresamente señala: “La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables”. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 221.

⁵⁴ La República Oriental del Uruguay es Estado Parte de la Convención desde el 19 de abril de 1985 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH en esa misma fecha. Asimismo, también es parte en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura desde el 10 de noviembre de 1992; en la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas desde el 2 de abril de 1996; y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer desde el 2 de abril de 1996. Tratados sobre los cuales se pronunció y tiene competencia la Corte IDH en términos del artículo 62.3 de la Convención Americana.

⁵⁵ Considerando 102 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

Corte es parte intrínseca de la obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos los poderes y órganos estatales”⁵⁶.

B) Eficacia objetiva de la sentencia interamericana como “norma convencional interpretada”: la vinculación indirecta “erga omnes” hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana implica aplicar el estándar interpretativo mínimo de efectividad de la norma convencional

43. La proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados Parte que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente en aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la “norma convencional interpretada” (*res interpretata*)⁵⁷; es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al *corpus juris* interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional. Lo anterior, al constituir precisamente el objeto del mandato y competencia del Tribunal Interamericano “la interpretación y aplicación” de la Convención Americana”⁵⁸, y “de otros tratados que le otorguen competencia”⁵⁹.

44. La eficacia interpretativa de la norma convencional debe entenderse como la posibilidad de lograr una efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable por todas las autoridades en el ámbito nacional. Lo anterior se deriva de los artículos 1.1⁶⁰ y

⁵⁶ Considerando 62, *in fine*, de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁵⁷ Considerandos 67, 69 y 72 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁵⁸ Artículos 62.1 y 3 de la Convención Americana y 1º del Estatuto de la Corte Interamericana. aprobado por la Asamblea General de la OEA en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

⁵⁹ *Cfr. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C, No. 217, párr. 199.

⁶⁰ “Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna o motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

2⁶¹ del propio Pacto de San José, en virtud de que existe la obligación de los Estados Parte de “respetar” y “garantizar” los derechos y libertades, así como la obligación de “adecuación” —normativa e interpretativa— para lograr la efectividad de los derechos y libertades cuando no estén garantizados. Esta última obligación de los Estados Parte es de singular importancia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y constituye uno de los aspectos fundamentales que lo distingue del Sistema Europeo⁶².

45. En efecto, el artículo 2º de la Convención Americana, que se inspira en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966⁶³, y también recoge el artículo 2º del Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988⁶⁴, ha sido considerado por la Corte IDH no como una obligación implícita de las de “respeto” y “garantía” previstas en el artículo 1º de la propia Convención, sino una *obligación específica* que complementa aquellas. Desde la Opinión Consultiva 7/86, el Tribunal Interamericano consideró que la obligación derivada del artículo 2º del Pacto de San José, constituye una “obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2, complementa, pero de ninguna manera

⁶¹ “Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio e los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁶² La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptada el 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa y en vigor desde 1953, no contiene una norma explícita de esta naturaleza.

⁶³ Asamblea General de la ONU, resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, vigente a partir del 23 de marzo de 1976: “Art. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

⁶⁴ Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988: “Art. 2. *Obligaciones de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1”⁶⁵.

46. El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligacional derivado del artículo 2º de la Convención Americana de “adoptar disposiciones de derecho interno” sean “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos” los derechos y libertades. Esto ha motivado una jurisprudencia interamericana amplia sobre diversas temáticas⁶⁶; por ejemplo, pueblos indígenas o tribales⁶⁷, libertad de expresión y acceso a la información⁶⁸, derecho del inculcado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en mate-

⁶⁵ Asimismo, se precisa por la Corte IDH que “se propuso la inclusión del actual artículo 2 en el Proyecto de Convención, en las observaciones del Gobierno de Chile al Proyecto de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos: ‘La argumentación de que la inclusión de esta cláusula en la Convención Interamericana podría justificar la alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos no contemplados en su legislación interna, no se sostiene dentro de los términos del proyecto; y menos aún si su alcance queda expresamente establecido durante la Conferencia’ (Actas y Documentos, supra 4, p. 38).” *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86* del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

⁶⁶ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional”, en von Bogdandy, Armin, Ugartemendia, Juan Ignacio, Saiz Arnaiz, Alejandro, y Morales-Antoniuzzi, Mariela (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2012, pp. 299-348.

⁶⁷ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005; *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006; *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, No. 214; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245.

⁶⁸ Cfr. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001 Serie C, No. 73; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135; *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C, No. 177; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preli-

ria penal⁶⁹, pena de muerte⁷⁰, fuero militar⁷¹, derecho laboral⁷², estabilidad e inamovilidad de jueces⁷³, y sobre leyes de amnistía⁷⁴. En esta última línea

-
- minar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C, No. 207.
- ⁶⁹ Cfr. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107; *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206.
- ⁷⁰ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, No. 94; *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, No. 126; *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 133; *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, No. 169; *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C, No. 204.
- ⁷¹ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52; *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C, No. 90; *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209; *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, No. 215; *Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216; *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220.
- ⁷² Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, No. 72; *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, No. 98, párr. 167 y 168; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158.
- ⁷³ Cfr. *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, No. 182; *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, No. 197; *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, No. 227.
- ⁷⁴ Cfr. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154; *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de

jurisprudencial sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistías, como sucedió en la Sentencia del *Caso Gelman*⁷⁵, expresamente se concluye en el *Resolutivo 6* que “El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana” y específicamente dentro de la motivación, se expresa⁷⁶:

“En particular, debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos en los términos antes indicados (*supra* párr. 232), ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”. (Subrayado nuestro).

47. Así, la expresión “o de otro carácter” contenida la obligación convencional del artículo 2º, implica cualquier medida en la que se incluyen, evidentemente, las “interpretaciones” que las autoridades y especialmente los jueces realizan al Pacto de San José para “hacer efectivos” los derechos y libertades del Pacto, que están obligados a respetar y garantizar en términos del artículo 1.1 de la Convención. En el *Caso La Cantuta Vs. Perú* se estableció:

“Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación,

febrero de 2011 Serie C, No. 221; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C, No. 252.

⁷⁵ La Corte IDH expresamente considera a la Ley de Caducidad como una ley de amnistía. El párr. 240 de la Sentencia señala: “Adicionalmente, al aplicar la Ley de Caducidad (que por sus efectos constituye una ley de amnistía) impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, se incumple la obligación de adecuar el derecho interno del Estado, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana”. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221, párr. 240.

⁷⁶ *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221, párr. 243.

*o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.*⁷⁷ (Subrayado nuestro).

48. Lo anterior es relevante para advertir que si una interpretación constitucional o legal en el ámbito interno no se ajusta al estándar interpretativo establecido por la Corte IDH para otorgar un mínimo de efectividad a la Convención Americana, existe un incumplimiento de la obligación de “adecuación” previsto en el artículo 2° del Pacto de San José, es decir, al existir una inadecuada actuación interna con la Convención; en cuanto limita la efectividad de la norma convencional al realizar una interpretación de menores alcances a la realizada por el Tribunal Interamericano, lo cual, además, prohíbe su artículo 29, al permitir que una práctica nacional limite los alcances de la norma convencional en perjuicio de la efectividad de un derecho o libertad. Como lo ha expresado la Corte IDH “la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención”⁷⁸.

49. La Corte IDH ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2° de la Convención, incluye la adopción de medidas para *suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza* que impliquen una violación a los derechos previstas en dicho instrumento internacional, así como la *expedición de normas y el desarrollo de prácticas* conducentes a la observancia efectiva de los mismos⁷⁹. Aquí la observancia de la “efectividad” cobra relevancia en términos del principio del *effet utile* “lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo esta-

⁷⁷ *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162, párr. 172.

⁷⁸ *Cfr. Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209, párr. 338. En el mismo sentido, véanse *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52, párr. 207; *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, No. 149, párr. 83; y *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, párr. 118.

⁷⁹ *Cfr. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, No. 68, párr. 137.

blecido en la Convención sea realmente cumplido”⁸⁰; por lo que la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que dicha obligación, por su propia naturaleza, constituye una *obligación de resultado*⁸¹.

50. En este sentido “la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la *efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos*”⁸². Así, la observancia a lo dispuesto en el artículo 2º del Pacto de San José trasciende el ámbito meramente legislativo, pudiendo y debiendo las autoridades administrativas y especialmente los jueces nacionales en todos los niveles, realizar interpretaciones que no limiten el estándar interpretativo establecido por la Corte IDH precisamente para lograr la efectividad mínima de la Convención Americana, cuyo compromiso los Estados se comprometieron a aplicar.

51. De ahí que la Corte IDH ha entendido que tiene dentro de sus competencias la posibilidad de supervisar un “adecuado control de convencionalidad” sobre la interpretación que realiza una alta jurisdicción nacional, como lo hizo en la Sentencia del *Caso Gelman*. En efecto, el Tribunal Interamericano estimó que la Suprema Corte de Justicia del Uruguay en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet* de 2009⁸³ (criterio reiterado por lo menos en dos casos posteriores)⁸⁴, había realizado “un adecuado control de convencionalidad” respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que:

“el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien

⁸⁰ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125, párr. 101.

⁸¹ *Cfr. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C, No. 123, párr. 93.

⁸² *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C, No. 218, párr. 286.

⁸³ Sentencia No. 365 de 19 de octubre de 2009. Caso “Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela – Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”.

⁸⁴ Por medio del mecanismo de “resolución anticipada” el criterio se reiteró en la causa “Organización de los Derechos Humanos” de 29 de octubre de 2010 y en la causa “fusilados de Soca” de 10 de febrero de 2011. *Cfr. Considerando 38 y nota 14 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto concurrente razonado.

común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”⁸⁵.

52. En todo caso las autoridades nacionales pueden válidamente ampliar la eficacia de la norma convencional a través de la interpretación más favorable en aplicación del principio *pro personae*, que además obliga al Estado debido a lo previsto en el artículo 29.b) del Pacto de San José, en la medida en que ninguna disposición de esta Convención puede ser interpretado en el sentido de que “limite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad *que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*”.

53. Lo anterior es de importancia para comprender que la eficacia interpretativa de la norma convencional, al constituir un estándar mínimo regional de aplicabilidad nacional *constituye una pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos*; de tal manera que pueden las autoridades nacionales (administrativas, legislativas o jurisdiccionales) de cualquier nivel (municipal, regional, estadual, federal o nacional) de los Estados Parte de la Convención, eventualmente apartarse del criterio interpretativo de la Corte IDH cuando se realice de manera razonada y fundada una interpretación que permita lograr un mayor grado

⁸⁵ *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 239. En la nota al pie 298 del propio fallo, se sostiene lo siguiente: “Suprema Corte de Justicia del Uruguay, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, *supra* nota 163:

[...] la ratificación popular que tuvo lugar en el recurso de referéndum promovido contra la ley en 1989 no proyecta consecuencia relevante alguna con relación al análisis de constitucionalidad que se debe realizar [...]

Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada ‘ab origine’ por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta. Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la ‘democracia sustancial’, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella [...] El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría [...]”.

de efectividad de la norma convencional a través de una interpretación más favorable de la “jurisprudencia interamericana” sobre el derecho humano en cuestión.

54. La eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana (*res interpretata*) deriva directamente de la obligación de los Estados Parte de la Convención del respeto, garantía y adecuación (normativa/interpretativa) a que se refieren los artículos 1º y 2º del propio Pacto, teniendo en consideración que conforme a la propia Convención Americana la “Corte [Interamericana] tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la *interpretación y aplicación* de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido”⁸⁶ y “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” cuando decida que hubo violación de los mismos⁸⁷. Así, la aplicación nacional del estándar interpretativo interamericano asegura el mínimo de efectividad de la norma convencional.

55. En otras palabras, la eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana deriva de la misma eficacia jurídica de este instrumento internacional, al desplegar sus efectos en un Estado por el sólo hecho de ser Parte del mismo⁸⁸; y, consecuentemente, para cumplir con su obligación convencional de respeto, garantía y adecuación (normativa/interpretativa) a que se refieren los artículos 1º y 2º se requiere una efectividad mínima de la propia Convención Americana, que sólo podría lograrse con la adecuación interpretativa mínima que las autoridades nacionales realicen de la norma convencional a la luz de la jurisprudencia interamericana. Lo anterior, debido a que es el propio Pacto de San José el que establece como único órgano competente de naturaleza “jurisdiccional” para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte de la Convención Americana, con competencia para “interpretar” y “aplicar” la Convención⁸⁹, y en caso de existir una violación garan-

⁸⁶ Artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual se corrobora con el propio Artículo 62.1 y el Artículo 33.b) del mismo Pacto de San José; además de los Artículos 1º y 2.1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este último instrumento internacional aprobado por la Asamblea General de la OEA.

⁸⁷ Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸⁸ Como se desprende de los Considerandos 69, 71 y 72 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁸⁹ Sin menoscabo de las importantes atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como uno los dos órganos de protección del Sistema Interamericana-

tice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado; es decir, la jurisprudencia de la Corte IDH condiciona el mínimo de efectividad de la norma convencional que deben aplicar las autoridades nacionales del Estado Parte para poder cumplir con sus obligaciones convencionales que derivan de los artículos 1º y 2º del Pacto de San José, relacionado también con el principio *pro personae* contenido en el artículo 29 de la propia Convención Americana.

56. Así, en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman*, a que se refiere el presente voto razonado, se explicita la obligación de los Estados Parte de la Convención Americana sobre la vinculación de la “norma convencional interpretada” (*res interpretata*) como una de las manifestaciones en que puede desplegarse el “control de convencionalidad” en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte material en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia interamericana⁹⁰. En ese sentido “por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, toda autoridad pública y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”⁹¹.

57. En el *Caso Gelman* no estamos en esta situación, debido a que al existir sentencia internacional con carácter de autoridad de cosa juzgada, produce una vinculación total y absoluta a la Sentencia, por lo que todas las autoridades del Estado uruguayo —incluyendo a sus jueces en todos los niveles— deben aplicar de manera “directa” los contenidos, fundamentos y efectos de la Sentencia (véase *supra* párrs. 34 a 42); siendo el “control de convencionalidad” un instrumento útil, efectivo y necesario para lograrlo

no, si bien su función principal es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, en términos del artículo 41 del propio Pacto de San José.

⁹⁰ Cfr. Considerandos 67, 69 y 72 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁹¹ Considerando 69 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

y de ahí la relación existente entre esta institución con la autoridad de la “cosa juzgada internacional” (véase *infra* párrs. 80 a 100).

58. Sobre la eficacia de la jurisprudencia interamericana, fueron motivo de reflexiones en el voto razonado que emitimos a una sentencia derivada de un caso contencioso anterior⁹²:

51. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del *corpus juris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad⁹³. Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del “control difuso de convencionalidad”, pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material”, equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

52. Así, la “fuerza normativa” de la Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como “intérprete última” de dicho Pacto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*, ya que en realidad las “normas convencionales” constituyen el resultado de la “interpretación convencional” que emprende la Corte IDH como órgano “judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación”⁹⁴ del *corpus juris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, “constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional”.

63. No pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en

⁹² Voto razonado emitido en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 51, 52 y 63.

⁹³ De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus juris interamericano* y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.

⁹⁴ Artículo 1° del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por resolución núm. 448 de la Asamblea General de la OEA, en la Paz, Bolivia (octubre de 1979).

que sean partes". Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiriera "eficacia directa" en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como "parte material", ya que al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, *sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional*. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como otros instrumentos internacionales). Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular *con efectos subjetivos*, y (ii) en establecer la eficacia general *con efectos de norma interpretada*. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser "transmitido a los Estados parte de la Convención"⁹⁵, para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de "intérprete última" del *corpus juris* interamericano.

59. En ese sentido, un tema sobre el cual seguramente el Tribunal Interamericano tendrá en el futuro que reflexionar consiste en determinar si la "norma interpretada" alcanza eficacia *erga omnes* más allá de los "casos contenciosos" donde se produce la autoridad de la cosa juzgada; por ejemplo, en las "opiniones consultivas" donde no realiza una función "jurisdiccional" en sentido estricto, emitiendo una opinión interpretativa de la norma convencional, de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos o incluso sobre la compatibilidad de leyes internas con aquéllos⁹⁶; con una amplia participación de todos los Estados de la OEA (y no sólo de la Convención Americana), incluso, con la posibilidad de realizar audiencias públicas, recibir *amici curiae* y aplicar por analogía las disposiciones del procedimiento escrito en casos contenciosos en lo que sean aplicables⁹⁷.

60. Por otra parte, no debe perderse de vista que la eficacia interpretativa de la norma convencional ha sido resaltada desde hace tiempo por la doctrina europea con la denominación de "cosa interpretada" o *chose interprétée*, que en términos generales alude a la eficacia *erga omnes* que producen las sentencias del Tribunal de Estrasburgo hacia todos los Estados

⁹⁵ Artículo 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹⁶ *Cfr.* Artículos 64 de la Convención Americana y 70 a 73 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁷ *Cfr.* Artículos 73 y 74 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Parte en la Convención Europea que no intervinieron en el proceso internacional, en la medida en que el criterio interpretativo, como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “sirve no sólo para decidir sobre los casos que conoce el Tribunal sino en general, para aclarar, proteger y desarrollar las normas previstas en la Convención” (*Caso Irlanda contra el Reino Unido*, de 18 de enero de 1978)⁹⁸.

61. Este “principio de solidaridad” —en los términos empleados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa— que se ha venido consolidando en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, fue incluso reconocido por aquel órgano en su importante resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 sobre la “Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”⁹⁹:

3. *El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración*

⁹⁸ En esta conocida sentencia se establece (§ 154): “Nevertheless, the Court considers that the responsibilities assigned to it within the framework of the system under the Convention extend to pronouncing on the non-contested allegations of violation of Article 3 (art. 3). The Court’s judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to *elucidate, safeguard and develop* the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19)” (Subrayado nuestro). Asimismo, véase la sentencia en el *Caso Opuz contra Turquía* de 2009 (§ 163): “...gardant à l’esprit qu’elle a pour tâche de donner une interprétation authentique et définitive des droits et libertés énumérés dans le titre I de la Convention, la Cour doit déterminer si les autorités nationales ont dûment pris en compte des principes découlant des arrêts qu’elle a rendus sur des questions similaires, y compris dans des affaires concernant d’autres Etats”. También véase la sentencia en el *Caso Rantsev contra Chipre y Rusia* (párr. 197): “Les arrêts de la Cour servent en effet non seulement à statuer sur les affaires dont elle est saisie, mais plus généralement à clarifier, sauvegarder et étoffer les normes de la Convention, contribuant ainsi au respect par les États des engagements pris par eux en leur qualité de Parties contractantes” (§ 197).

⁹⁹ Nota 38 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado. El texto original puede verse en <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=EN> “Execution of judgments of the European Court of Human Rights”: “[...] [‘3. The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention erga omnes (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice’]”.

las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas *en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales*. (Subrayado nuestro).

62. El “principio de solidaridad”, conjuntamente con la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo sobre la vinculación a sus propios precedentes (por ejemplo, véase el *Caso Mamatkoulov y Askarov contra Turquía*)¹⁰⁰, ha ido progresivamente generando convicción y práctica de los propios Estados sometidos a la jurisdicción del Tribunal a la hora de considerar obligatoria su jurisprudencia como parte de las obligaciones convencionales.

63. Incluso, el propio Tribunal de Estrasburgo se ha referido a la Convención Europea de Derechos Humanos como un *instrument constitutionnel de l'ordre public européen*¹⁰¹. De ahí que se hable —cada vez con mayor frecuencia— en el seno de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰²; incluso como una necesidad apremiante ante el incremento del número de casos desde que existe acceso directo al Tribunal de Estrasburgo al desaparecer la Comisión por el Protocolo 11 del Convenio Europeo.

64. En este sentido, cabe destacar el reciente voto concurrente del Juez Paulo Pinto de Albuquerque de Portugal, en el *Caso Fabris contra Francia* de febrero de 2013, donde reflexiona sobre *L'effet direct et erga omnes des arrêts de la Cour*¹⁰³:

¹⁰⁰ De febrero de 2005, § 121: “121. Sans que la Cour soit formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la prévisibilité qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents (voir, par exemple, mutatis mutandis, Chapman c. Belgique [GC], no 27238/95, § 70, CEDH 2001-I, et Christine Goodwin c. Belgique [GC], no 28957/95, § 74, CEDH 2002-VI). Cependant, il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoire. En outre, elle est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir, par exemple, Tyrer c. Belgique, arrêt du 25 avril 1978, série A no 26, pp. 15-16, § 31, et Christine Goodwin, précité, § 75)”.

¹⁰¹ *Cfr. Caso Loizidou contra Turquía, Grand Chambre*, 23 de marzo de 1995, excepciones preliminares, § 75.

¹⁰² Por ejemplo, *cfr. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Contribution to the Conference on the Principle of Subsidiarity, Skopje, 1-2 October 2010*: “Strengthening Subsidiarity: Integrating the Strasbourg Court's Case law into National Law and Judicial Practice”. Puede consultarse en www.assembly.coe.int/.../2010/20101125_skopje.pdf

¹⁰³ Grande Chambre, *Affaire Fabris c. France* (Requête no 16574/08), Sentencia de fondo, 7 de febrero de 2013, p. 28.

El efecto directo y *erga omnes* de las sentencias de la Corte. A primera vista, el Convenio establece que los efectos de las sentencias de la Corte se limitan a las partes en el caso, es decir, al solicitante(s) y al Estado o a los Estados demandados. Esta primera lectura es engañosa, y requiere de una correcta interpretación del artículo 46 leído conjuntamente con el artículo 1. A la luz de esas disposiciones, leídas conjuntamente, las sentencias de la Corte tienen un efecto directo y *erga omnes*.

65. En una de sus notas al pie de página del referido voto, se hace referencia a una cita del antiguo presidente del Tribunal de Estrasburgo, que señala que “la autoridad de la cosa interpretada por la Corte va más allá de la *res judicata* en sentido estricto”¹⁰⁴. Expresión sobre la “cosa interpretada” que el Tribunal de Estrasburgo en 2010 recoge en la sentencia del *Caso Taxquet contra Bélgica* citando a la *Cour de Cassation* belga¹⁰⁵.

66. No debe pasar inadvertido que en el Sistema Interamericano existe una obligación no prevista explícitamente en la Convención de Roma — claramente identificable en el Pacto de San José— como es la necesidad de “adoptar disposiciones de derecho interno” (medidas legislativas o de otro carácter) para lograr la efectividad de los derechos y libertades, que establece el artículo 2º de la Convención Americana en los términos analizados (véase *supra* párrs. 44-50).

C) Diferencia en los alcances y grado de vinculación entre la eficacia subjetiva de la sentencia “inter partes” y la eficacia objetiva de la sentencia “erga omnes”

67. En los epígrafes anteriores se analizó la eficacia de la sentencia en dos dimensiones: hacia las partes que intervinieron en el proceso internacional (*res judicata*); y hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*). En ambos casos se produce una “eficacia vinculante” si bien difieren cualitativamente.

68. Cuando existe una sentencia interamericana que involucra la responsabilidad internacional de un Estado en concreto, se produce una eficacia vinculante directa, completa y absoluta por parte de las autoridades nacionales de cumplir en sus términos con el fallo, incluyendo las *rationes*

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 29, nota al pie de página 6: “...L'autorité de la chose interprétée par la Cour va au-delà de la *res judicata* au sens strict. Une telle évolution ira de pair avec l'«effet direct» de la Convention en droit interne et avec son appropriation par les Etats. Cette idée, inscrite au point 4 c) de la Déclaration d'Interlaken, constitue la pratique des Etats parties (Avis de la Commission de Venise, précité, § 32)”. (Subrayado nuestro).

¹⁰⁵ Grande Chambre, *Affaire Taxquet c. Belgique* (Requête no 926/05), Sentencia de 16 de noviembre de 2010, § 33.

decidendi (véase *supra* párrs. 34-42), debido a lo establecido en los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana y de la “autoridad de cosa juzgada” (material y sustancial) que adquiere la sentencia.

69. En cambio, diversa eficacia de vinculación produce la sentencia interamericana para los demás Estados Parte que no intervinieron en el proceso internacional, al sólo limitarse a la “jurisprudencia interamericana”, es decir, a la “norma convencional interpretada” y no así a la totalidad del fallo. Esta eficacia interpretativa es “relativa”, en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden ampliar el estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana. Además, deben considerarse las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias en cada caso, si bien en esos supuestos la Corte IDH puede, eventualmente, pronunciarse sobre su validez y adecuada interpretación¹⁰⁶, como lo ha realizado en algunas ocasiones¹⁰⁷.

70. Para el debido cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman*, el Tribunal Interamericano consideró necesario explicitar el diverso grado de eficacia que producen las sentencias interamericanas, dependiendo si el Estado Parte de la Convención ha sido parte material en el proceso internacional¹⁰⁸. Lo anterior es fundamental para distinguir la “eficacia vin-

¹⁰⁶ La Corte IDH ha establecido que “una reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable debe ser considerado como incompatible con el objeto y el propósito de la Convención y, consecuentemente, incompatible con la misma. La situación podría ser diferente si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del derecho interno inderogable sin privar al derecho de su contenido básico” (*Caso Radilla Pacheco Vs. México*). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209, párr. 310. Al realizar esta determinación el Tribunal debe examinar si aun cuando la reserva sólo restringe algunos aspectos de un derecho inderogable, ésta impide darle pleno sentido y efecto útil al tratado. *Cfr. 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 No. 3, párr. 61; y *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, No. 1, párr. 30.

¹⁰⁷ *Cfr.*, por ejemplo, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209, párrs. 311 y 312.

¹⁰⁸ *Cfr.* Considerando 67 de la Resolución de supervisión de sentencia del *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

culante” que adquiere el fallo para el Estado uruguayo, que comprende la sentencia en su integridad —*res judicata*— (véase *supra* párrs. 34 a 42); de la diversa “eficacia vinculante” indirecta derivada de la misma Sentencia y proyectada hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana —*res interpretata*— (véase *supra* párrs. 43 a 66).

71. En la primera no existe posibilidad de interpretación de la norma convencional, en la medida en que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado del Uruguay quedan vinculados en su integridad por la Sentencia del *Caso Gelman*, precisamente porque el Estado uruguayo participó en calidad de “parte material” en la controversia internacional. Existe una eficacia vinculante directa, completa y absoluta de la sentencia internacional, incluyendo su parte considerativa como ya se estableció. De ahí que el Estado no puede invocar una norma o interpretación constitucional para dejar de cumplir con la sentencia internacional, debido a las obligaciones convencionales previstas en el artículo 68.1 de la Convención Americana, en relación con los preceptos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, incluso cuando conoce y resuelve un medio de “control de constitucionalidad”¹⁰⁹.

72. En cambio, la Sentencia del *Caso Gelman* produce una eficacia vinculante de la jurisprudencia interamericana hacia los demás Estados Parte de la Convención Americana. Eficacia que se proyecta sólo en cuanto al estándar mínimo de interpretación de la norma convencional para asegurar el mínimo de efectividad de la misma; lo cual, como ya se estableció (véase *supra* párr. 69), es una eficacia vinculante “relativa” en la medida en que puede diferir de la jurisprudencia de la Corte IDH cuando se efectivice la norma a través de una interpretación más favorable en sede nacional. En ese sentido, existe un “margen interpretativo nacional” que pueden realizar las autoridades para favorecer con la interpretación nacional la efectividad del derecho o libertad fundamental, siempre y cuando sea para potencializar la efectividad de la norma convencional; circunstancia que no aplica cuando un Estado fue “parte material” en el proceso internacio-

¹⁰⁹ La Suprema Corte de Justicia del Uruguay estimó que: “Por ello, lo sustentado en el fallo internacional referido [Sentencia del *Caso Gelman Vs. Uruguay*] no consigue alterar los parámetros preceptivos sobre los cuales corresponde resolver la cuestión de inconstitucionalidad de autos” (art. 256 a 259 de la Carta). Y se agrega que “Abundando en el tema, reiteran, en el caso a estudio la cuestión a resolver dice relación —exclusiva— con la comprobación o no de la adecuación de la norma legal a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Y sólo al órgano jerarca del Poder Judicial es a quien corresponde efectuar ese juicio de comprobación”. Sentencia No. 20 de 22 de febrero de 2013, pp. 18 y 19.

nal, quedando vinculado de manera íntegra al fallo en todos sus aspectos, debido a los alcances de la autoridad de la cosa juzgada internacional.

73. En el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos existe una obligación de los Estados Parte de cumplir con la sentencia. La “fuerza obligatoria y ejecución de sentencias” deriva de manera expresa del artículo 46.1 y 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹⁰. Aquí se advierte otra de las trascendentales diferencias con el Sistema Interamericano, en la medida en que no es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el encargado de hacer cumplir sus fallos, sino que lo es el Comité de Ministros, como órgano político, el que tiene la competencia de la supervisión de las sentencias. En ese sentido, el Comité de Ministros puede solicitar la intervención del Tribunal de Estrasburgo para que se pronuncie cuando exista un obstáculo en la ejecución de la sentencia definitiva derivado de un problema de interpretación del fallo¹¹¹.

74. Cuando la Corte IDH supervisa el cumplimiento de una sentencia, como lo está haciendo ahora en el *Caso Gelman*, puede también advertir que existen obstáculos en su cumplimiento debido a una inadecuada interpretación en sede nacional de la Convención Americana, de la propia Sentencia o, en general, del *corpus juris* interamericano. Pareciera que ese es el caso de la sentencia de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, que le imprime distintas interpretaciones y alcances al fallo de la Corte IDH; y es por ello que en la Resolución de supervisión a

¹¹⁰ “ARTÍCULO 46. Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución. 3. Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de dirigirse al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité. 4. Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1. 5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto.”

¹¹¹ *Cfr.* Art. 46.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

que se refiere el presente voto razonado, se precisan y enfatizan los alcances interpretativos de la Sentencia en el *Caso Gelman*, la manera en que el fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay constituye “un obstáculo para el pleno acatamiento de la Sentencia”¹¹², lo que podría producir “un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana y podría representar un instrumento de perpetuación de la impunidad y el olvido de esos hechos”¹¹³.

4. Eficacia objetiva de la sentencia como parte del sistema de “garantía colectiva”

75. También se produce una relación directa entre la eficacia de la sentencia (consecuencia de la cosa juzgada internacional) y el sistema de “garantía colectiva” derivada de la propia Convención Americana. Todos los Estados Parte del Pacto se encuentran obligados, en su conjunto, a lograr el cumplimiento y eficacia de los pronunciamientos que emite el Tribunal Interamericano en tanto que los Estados Parte de la Convención y, en general, todos los Estados que conforman la Organización de Estados Americanos, se encuentran interesados en coadyuvar en el establecimiento de un orden público interamericano que garantice el desarrollo democrático de los pueblos. La Convención Americana establece la posibilidad de garantizar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Interamericana en términos del artículo 65 del Pacto de San José.

76. En este sentido, cobran vigencia las acertadas palabras del antiguo presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, pronunciadas hace más de una década ante el Consejo Permanente de la OEA¹¹⁴:

¹¹² Cfr. punto Resolutivo 2 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹¹³ Considerando 102, *in fine*, de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹¹⁴ 17 de abril de 2012, reproducido dos días después en la Sesión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, celebrada el 19 de abril de 2012, con motivo de la presentación que como Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó en la reunión conjunta de la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Presentación denominada “Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.

El ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados Partes adoptaran previamente medidas positivas de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana. Es indudable que una sentencia de la Corte es 'cosa juzgada', obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es 'cosa interpretada', válida erga omnes partes, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención, en su deber de prevención. Sólo mediante un claro entendimiento de esos puntos fundamentales lograremos construir un ordre public interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos. (Subrayado nuestro).

77. En efecto, el Tribunal Interamericano ha señalado que los propios Estados Americanos han dispuesto un “sistema de garantía colectiva” que significa que los Estados Parte del Pacto de San José deben procurar todos los esfuerzos para que abonen al cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Así, ha señalado que¹¹⁵:

46. El importante rol de la noción de garantía colectiva para la implementación de las decisiones internacionales de órganos de derechos humanos ha sido resaltada en otros casos emitidos por esta Corte¹¹⁶, por el Comité de los Derechos Humanos¹¹⁷ y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁸. La noción de garantía colectiva

¹¹⁵ Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. *Venezuela*, Considerandos 46 y 47.

¹¹⁶ “Al respecto, en casos contenciosos como *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, *La Cantuta Vs. Perú*, y *Masacre de Mapirihán Vs. Colombia*, la Corte ha aplicado este concepto para establecer que los Estados Partes en la Convención deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas en estos casos, mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. En consecuencia, la Corte declaró que el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculaban a los Estados de la región a colaborar de buena fe en ese sentido, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos de dichos casos”.

¹¹⁷ “[T]odo Estado Parte tiene un interés jurídico en el cumplimiento por todos los demás Estados Partes de sus obligaciones. Esto se deduce del principio de que ‘las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana’ son obligaciones erga omnes y que, como se indica en el párrafo cuarto del preámbulo del Pacto, existe una obligación estipulada en la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 2.

¹¹⁸ “A diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por

también ha sido utilizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa al valorar el incumplimiento de algunas sentencias¹¹⁹ y constituye uno de los fundamentos de la enmienda del artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, establecida en 2009 con el objeto de fortalecer el mecanismo de supervisión e implementación de las sentencias a través de la asignación de nuevas facultades al Comité de Ministros y al Tribunal Europeo¹²⁰.

47. Al respecto, este Tribunal ha señalado que la Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, *se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados*, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes¹²¹. *Dicha noción de garantía colectiva se encuentra estrechamente relacionada con el efecto útil de las Sentencias de la Corte Interamericana*, por cuanto la Convención Americana consagra *un sistema que constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados Partes*. El interés de los Estados signatarios es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado, y si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por el único órgano jurisdiccional sobre la materia se está quebrantando el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir con las sentencias de la Corte. Por tanto, la labor de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos cuando se le presenta un incumplimiento manifiesto por

encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una ‘garantía colectiva’”. TEDH, *Caso Irlanda Vs. Reino Unido*, (No. 5310/71), Sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 239. En igual sentido, TEDH, *Caso Mamatkulov y Askarov Vs. Turquía*, (No. 46827/99 y 46951/99), Sentencia de 4 de febrero de 2005, párr. 100. Igualmente, en el caso *Soering Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo declaró que la Convención Europea debe ser interpretada “en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales. [...] De este modo, el objeto y fin de la Convención como instrumento de protección de seres humanos exigen interpretar y aplicar sus disposiciones de manera que dicha protección sea práctica y efectiva”. TEDH, *Caso Soering Vs. Reino Unido*, (No. 14038/88), Sentencia de 7 de julio de 1989, párr. 87. De igual forma, TEDH, *Caso İlhan Vs. Turquía*, (No. 22277/93), Sentencia de 27 de junio de 2000, párr. 51; *Caso Glasenapp Vs. Alemania*, (No. 9228/80), Sentencia de 28 de agosto de 1986, párr. 48, y *Caso Shamayev y otros Vs. Georgia y Rusia*, (No. 36378/02), Sentencia de 12 de abril de 2005. Final, 12 de octubre de 2005, párr. 302.

¹¹⁹ “TEDH, *Caso Loizidou Vs. Turquía*, (No. 15317/89), Sentencia de 23 de marzo de 1995 y Consejo de Europa, Comité de Ministros, Resolución [Res DH (2001) 80] respecto a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de julio de 1998 en el caso *Loizidou Vs. Turquía*, adoptada por el Comité de Ministros el 26 de junio de 2001”.

¹²⁰ “Los Estados Parte de la Convención tienen el deber colectivo de preservar la autoridad de la Corte —y por tanto la credibilidad y efectividad del sistema de la Convención— siempre que el Comité de Ministros considere que uno de los Estados Parte se rehúsa a cumplir, de manera expresa o a través de su conducta, con la Sentencia emitida por la Corte en un caso en el cual es parte”. Consejo de Europa, Comité de Ministros, Exposición de motivos del Protocolo 14 al Convenio Europeo. Disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>

¹²¹ “Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*, párr. 96”.

parte de uno de los Estados de una Sentencia emitida por la Corte Interamericana, es precisamente la de proteger el efecto útil de la Convención Americana y evitar que la justicia interamericana se torne ilusoria al quedar al arbitrio de las decisiones internas de un Estado. (Subrayado nuestro).

78. Evidentemente, no estamos en ese supuesto en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia que motiva el presente voto razonado. Por el contrario, la Corte IDH ha valorado el esfuerzo y las acciones realizadas por el Estado uruguayo en el cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman*¹²²; y ha dado por satisfactoriamente cumplidos aspectos muy importantes del fallo (véase *supra* párrs. 4 y 5)¹²³. Asimismo, ha considerado relevante “determinadas acciones dirigidas al cumplimiento de los puntos resolutivos 9 y 11 de la Sentencia” (véase *supra* párrs. 6 y 7)¹²⁴; advirtiendo también del “obstáculo” para el pleno cumplimiento de la Sentencia que supone el fallo de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay (véase *supra* párrs. 8 y 9)¹²⁵.

79. En ese sentido, debe destacarse la buena voluntad del Estado del Uruguay para cumplir sus obligaciones internacionales, lo cual se advierte, además, al haber admitido parcialmente la responsabilidad internacional durante el proceso internacional¹²⁶, teniendo “un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares”¹²⁷.

IV. AUTORIDAD DE LA “COSA JUZGADA INTERNACIONAL” Y “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD”

80. Cuando se produce autoridad de la cosa juzgada internacional debido a la firmeza de la sentencia de la Corte IDH —que implica su carácter “inmutable”— existe una eficacia directa y subjetiva de la sentencia (*res*

¹²² Considerandos 8, 12, 13, 27, 42, 43, 44, 45, 46, 103 y Punto Declarativo 2 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹²³ Resolutivo 1 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹²⁴ *Cfr.* Resolutivo 2 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹²⁵ *Cfr. Idem.*

¹²⁶ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párrs. 19-31.

¹²⁷ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 30.

judicata) hacia las partes en su integridad (véase *supra* párrs. 34 a 42); y una eficacia interpretativa objetiva e indirecta de la norma convencional (*res interpretata*) hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana (véase *supra* párrs. 43 a 66).

81. En la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, el Tribunal Interamericano realiza una distinción para efectos del adecuado ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional de la mayor trascendencia para el Sistema Interamericano “dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional”¹²⁸.

82. Esto implica dos manifestaciones distintas en el ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional que involucra directamente a las partes que intervinieron en el proceso internacional (*res judicata*); y de manera indirecta a todas las autoridades de los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*).

1. Res judicata y “control de convencionalidad”

83. Cuando en una sentencia de la Corte IDH se ha determinado la responsabilidad internacional de un Estado, la autoridad de la cosa juzgada produce, necesariamente, vinculación absoluta en la manera en que las autoridades nacionales del Estado condenado deben interpretar la norma convencional y, en general, el *corpus juris* interamericano aplicado en la sentencia que decide el caso. Esto significa que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado concernido —legislativas, administrativas y jurisdiccionales en todos los niveles—, se encuentran obligadas por la sentencia internacional en sus términos, incluyendo los fundamentos, consideraciones, resolutivos y efectos que produce.

84. En ese supuesto, el “control de convencionalidad” constituye una herramienta útil, adecuada y necesaria para lograr el cumplimiento y debida implementación de la sentencia internacional, en la medida en que esta institución permite aplicar no sólo el Derecho Internacional y particularmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también posibilita cumplir con la obligación internacional derivada de la

¹²⁸ Párr. 67 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

sentencia interamericana de conformidad con el artículo 68.1 de la Convención Americana. Lo anterior adquiere especial relevancia cuando el cumplimiento de la sentencia internacional implica “dejar sin efectos” una norma general, en tanto que todas las autoridades y con mayor razón las que realizan funciones jurisdiccionales —en todos los niveles— “tienen la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”¹²⁹.

85. De ahí se deriva la importancia que adquiere un adecuado ejercicio y entendimiento del “control de convencionalidad” para el debido cumplimiento de una sentencia interamericana. En la Sentencia del *Caso Gelman*, al haberse declarado por la Corte IDH “sin efectos” la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848)¹³⁰, todas las autoridades uruguayas —incluyendo sus jueces en todos los niveles— deben “garantizar” que dicha norma no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, juzgamiento y, si procede, sanción de los responsables de las víctimas del *Caso Gelman*, así como de *otros casos de violaciones graves de derechos humanos acontecidos en Uruguay en el periodo de la dictadura militar (1973-1985)*. Lo anterior, debido a que:

231. La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por *normas inderogables*¹³¹.

232. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos *carecen de efectos jurídicos* y, en consecuencia, *no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos*

¹²⁹ Párr. 73 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹³⁰ Por ser contraria a la Convención Americana y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En el Resolutivo 6 de la Sentencia se declaró que el Estado incumplió la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana (contenido en el art. 2, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma y con los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas), como consecuencia de la *interpretación y aplicación* que le ha dado a la ley de Caducidad Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos.

¹³¹ “Cfr. *Caso Goiburú y otros*, *supra* nota 23, párrs. 93 y 128; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 9, párr. 61 y 197, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 16, párr. 137”.

humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay¹³². (Subrayado nuestro).

86. Las autoridades y especialmente los jueces uruguayos que estén investigando las violaciones graves a los derechos humanos durante el periodo de dictadura militar (1973-1985), tienen la obligación, para poder cumplir con la sentencia interamericana, *de aplicar directamente las consideraciones que la fundamentan*. En este sentido, las *rationes decidendi* que fundamentan los puntos resolutive de la Sentencia del *Caso Gelman* resultan indispensables para su adecuado entendimiento y lograr el debido, efectivo e íntegro cumplimiento de la misma.

87. Lo anterior significa que para el adecuado ejercicio del control de convencionalidad *ex officio*, las autoridades y especialmente los jueces uruguayos de todos los niveles, deben considerar, en términos de la Sentencia internacional donde la República Oriental del Uruguay fue parte material y, por tanto, obliga en sus términos:

(i) que la Ley de Caducidad fue declarada “sin efectos jurídicos” por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos en el *Caso Gelman* y de otros casos de graves violaciones de derechos humanos ocurridos en Uruguay en el mismo periodo¹³³;

(ii) que los efectos de la Ley de Caducidad o de normas análogas, como las de prescripción, caducidad, irretroactividad de la ley penal u otras excluyentes similares de responsabilidad o cualquier interpretación administrativa o judicial al respecto, no se constituyan en un impedimento u obstáculo para continuar las investigaciones¹³⁴;

¹³² “Cfr. *Caso Barrios Altos. Fondo*, *supra* nota 288, párr. 44; *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162, párr. 175, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 16, párr. 174.”

¹³³ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párrs. 246, 253 y punto Resolutivo 11.

¹³⁴ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 254 y Considerando 104 de la Resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

(iii) que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 “constituye un obstáculo para el pleno acatamiento de la Sentencia” del *Caso Gelman*¹³⁵.

(iv) que las violaciones graves a los derechos humanos —como lo es la desaparición forzada de personas, entre otras— resultan “imprescriptibles” al constituir, por su propia naturaleza, una violación de normas *jus cogens*, amparadas en normas de derecho internacional de carácter inderogable¹³⁶;

(v) que la desaparición forzada de personas constituye un delito permanente o continuado¹³⁷;

(vi) que el *Caso Gelman* “es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva”¹³⁸;

(vii) que la desaparición forzada de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, resulta como consecuencia de la sustracción, supresión y sustitución de su identidad¹³⁹; y

(viii) que el deber de “garantizar” que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, juzgamiento y eventual sanción de las violaciones graves a derechos humanos, se refiere no sólo a los responsables de las víctimas del *Caso Gelman*, sino también de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay en el mismo periodo¹⁴⁰.

¹³⁵ Punto Declarativo 2 y Considerandos 54, 55, 56, 57, 90 y 103 de la Resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹³⁶ *Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párrs. 99, 183, 225 y 254.

¹³⁷ *Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párrs. 71, 72, 73, 78, 233, 236 y 240.

¹³⁸ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 236.

¹³⁹ *Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párrs. 60, 120, 13, 163, 230, 235 y 252.

¹⁴⁰ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párrs. 232 y 253.

88. El adecuado ejercicio del control de convencionalidad por las autoridades uruguayas resulta fundamental para el debido e integral cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman* y no puede quedar supeditado a la interpretación constitucional que realice un órgano nacional, ni siquiera invocando una norma constitucional o el ejercicio propio de su competencia al ejercer “control de constitucionalidad”. Lo anterior, debido al carácter vinculante que tienen las sentencias de la Corte IDH en los términos del artículo 68.1 y de las reglas previstas en los artículos 26¹⁴¹ y 27¹⁴² de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

89. Los principios de derecho internacional público de *buena fe* y *effet utile*, que involucra a su vez al principio *pacta sunt servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales y han sido reiterados de manera constante por la jurisprudencia del Tribunal Interamericano. La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido.

90. Eso implica que derivado del *Caso Gelman*, todas las autoridades uruguayas (incluyendo los órganos de administración de justicia y jueces en todos los niveles) quedan vinculadas directamente por la sentencia internacional, que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada en los términos analizados (véase *supra* párrs. 26 a 30). En consecuencia, todas las autoridades uruguayas deben, dentro de sus respectivas competencias, cumplir y aplicar de manera “directa” lo establecido expresamente en los *puntos Declarativos 2 y 3 de la Resolución de 20 de marzo de 2013 relativa a la supervisión de cumplimiento de Sentencia* a que se refiere el presente voto razonado; así como con los *puntos Resolutivos 9, 10, 11, 15 y 16 de la Sentencia del Caso Gelman Vs. Uruguay de 24 de febrero de 2011*, sobre los aspectos pendientes de cumplimiento, teniendo en cuenta, además, la parte considerativa que fundamenta dichos resolutivos. En este sentido, la obligación de ejercer adecuadamente “control de convencionalidad” en este caso donde existe cosa juzgada internacional resulta esencial para el debido cumplimiento de la Sentencia interamericana.

¹⁴¹ “Art. 26: *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

¹⁴² “Art. 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

2. *Res interpretata* y “control de convencionalidad”

91. En cambio, la segunda manifestación del ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional, se produce aplicando la jurisprudencia interamericana derivada del presente caso —incluyendo la de su cumplimiento— por los demás Estados Parte del Pacto de San José. En este sentido, adquiere eficacia interpretativa la norma convencional hacia los demás Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*). La eficacia vinculante de la “norma convencional interpretada” —como explícitamente se advierte de los considerandos 67, 69 y 72 de la presente Resolución de cumplimiento a que se refiere el presente voto razonado— constituye una obligación convencional derivada de los artículos 1° y 2° de la Convención Americana en los términos previamente analizados (véase *supra* párrs. 43 a 66).

92. La Corte IDH consideró en la Resolución de supervisión de cumplimiento a que se refiere el presente voto razonado, que el “control de convencionalidad” constituye “una obligación” de toda autoridad de los Estados Parte de la Convención de garantizar el respeto y garantía de los derechos humanos, dentro de las competencias y regulaciones procesales correspondientes¹⁴³. En este sentido, el fundamento de esta obligación deriva de la eficacia jurídica de la propia Convención, fundamentalmente de las obligaciones convencionales de “respeto”, “garantía” y “adecuación” (normativa/intrepretativa) previstas en los artículos 1° y 2° del Pacto de San José, en relación con el artículo 29 del mismo Pacto, con la finalidad de lograr la mayor efectividad del derecho humano involucrado.

93. Así, la segunda manifestación del ejercicio del “control de convencionalidad”, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, toda autoridad pública y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas¹⁴⁴, jueces y demás órganos vinculados a la administración de jus-

¹⁴³ Considerando 72 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁴⁴ “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es

ticia en todos los niveles, están obligados por el tratado, lo cual les obliga a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad, teniendo en cuenta el propio tratado y la interpretación que del mismo ha realizado la Corte Interamericana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, sea “en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos”¹⁴⁵.

94. La eficacia interpretativa de la norma convencional interamericana resulta relativa, en la medida en que en todo caso las autoridades nacionales podrán efectivizar la norma convencional mediante una interpretación más favorable de conformidad con el principio *pro personae* que establece el artículo 29 del Pacto de San José (véase *supra* párrs. 52 a 55).

95. No debe pasar inadvertido que la Corte IDH se ha pronunciado con anterioridad sobre la incompatibilidad a la Convención Americana respecto de leyes de amnistía o auto amnistía que involucran la responsabilidad internacional de otros Estados en particular¹⁴⁶. En esos supuestos concretos, evidentemente, estamos en la primera manifestación del “control de convencionalidad” al vincular directamente la sentencia interamericana a

decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley’. Otros tribunales nacionales se han ido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales” (Sentencia del *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 239).

¹⁴⁵ Considerando 69 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁴⁶ *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154; *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221; y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C, No. 252.

las partes que intervinieron en el proceso internacional, al adquirir el fallo la autoridad de la cosa juzgada.

96. Además, en más de veinte casos contenciosos el Tribunal Interamericano se ha pronunciado sobre diversos aspectos del “control de convencionalidad” en sentencias que involucran la responsabilidad internacional de trece Estados distintos: Argentina¹⁴⁷, Barbados¹⁴⁸, Bolivia¹⁴⁹, Brasil¹⁵⁰, Chile¹⁵¹, Colombia¹⁵², Guatemala¹⁵³, México¹⁵⁴, Panamá¹⁵⁵, Paraguay¹⁵⁶,

¹⁴⁷ *Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C, No. 238, párrs. 93, 94 y 113; y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C, No. 246, párrs. 303 a 305.

¹⁴⁸ *Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, No. 169, párr. 79.

¹⁴⁹ *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C, No. 217, párr. 202.

¹⁵⁰ *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, No. 219, párrs. 49 y 106.

¹⁵¹ *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, párr. 124; y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, No. 239, párrs. 282 a 284.

¹⁵² *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, No. 213, párr. 208, nota al pie 307; y *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C, No. 259, párrs. 142 a 144.

¹⁵³ *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C, No. 250, párr. 262; y *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C, No. 253, párr. 330.

¹⁵⁴ *Caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209, párr. 339 y nota al pie 321; *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, No. 215, párrs. 236 y 237; *Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216, párrs. 219 y 220; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, No. 220, párrs. 21 y 225 a 233.

¹⁵⁵ *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, No. 186, párr. 180; y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, No. 218, párr. 287.

¹⁵⁶ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, No. 214, párr. 311.

Perú¹⁵⁷, Uruguay¹⁵⁸ y Venezuela¹⁵⁹; lo que significa más de la mitad de los Estados Parte de la Convención que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Desde el *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* de 2010¹⁶⁰, la Corte IDH ha venido ejemplificando la manera en que tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región se refieren al carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Interamericano y la manera en que han recibido o aplicado el control de convencionalidad teniendo en consideración la jurisprudencia interamericana, como ahora se realiza en la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, a que se refiere el presente voto razonado, citando los casos de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Perú y República Dominicana¹⁶¹. Asimismo, el propio Tribunal Interamericano retoma jurisprudencia nacional para fundamentar y conceptualizar en sus resoluciones la violación de la Convención Americana¹⁶².

97. La Sentencia del *Caso Gelman Vs. Uruguay* de 24 de febrero de 2011, constituye un precedente de la mayor importancia para el Sistema Interamericano y en el carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana sobre la doctrina del “control de convencionalidad”, toda vez que con claridad explicitó que este tipo de control debe realizarse *ex officio* por todas las autoridades nacionales —incluyendo las instancias democráticas— “en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”¹⁶³. En esta misma línea se estableció en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs.*

¹⁵⁷ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158, párr. 128; *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162, párr. 173.

¹⁵⁸ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párrs. 193 y 239.

¹⁵⁹ *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 1° de julio de 2011. Serie C, No. 227, párrs. 164, 165 y 172; y *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C, No. 233, párrs. 226 a 28.

¹⁶⁰ *Cf. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, No. 220, párrs. 226 a 232.

¹⁶¹ Considerandos 74 a 86 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁶² Considerando 71 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁶³ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párrs. 193 y 239.

Colombia de noviembre de 2012, que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”¹⁶⁴.

98. Así, se ha generado un “control dinámico y complementario” de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades nacionales (que tienen la obligación primaria y fundamental en la garantía de los derechos y de ejercer “control de convencionalidad”) y las instancias internacionales —en forma subsidiaria y complementaria—¹⁶⁵; de modo que los criterios de decisión pueden ser conformados y adecuados entre sí¹⁶⁶, mediante el ejercicio de un control “primario” de convencionalidad por parte de todas las autoridades nacionales y, eventualmente, a través del control “complementario” de convencionalidad en sede internacional. En todo caso, no debe perderse de vista que el Estado “es el principal garante de los derechos de las personas” y tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos.

99. Lo anterior está produciendo un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos al concebirse ahora como un “sistema integrado”, debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana —Comisión y Corte IDH—, sino ahora comprende con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados Parte del Pacto de San José, al deber participar activamente en la garantía

¹⁶⁴ *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C, No. 259, párr. 142.

¹⁶⁵ *Cfr. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C, No. 259. En el Considerando 142 se expresa: *La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.* (Subrayado nuestro).

¹⁶⁶ Considerando 71 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional a manera de un “sistema integrado” de protección de derechos.

100. En definitiva, transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” —con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario—, lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.

Relaciones entre los Tribunales Constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Tribunales internacionales y transnacionales. III. El derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos. IV. Diversas funciones de los tribunales, cortes y salas constitucionales. V. La evolución de los instrumentos constitucionales para la protección de los derechos humanos en los tribunales, cortes y salas constitucionales en los ordenamientos latinoamericanos. VI. Jurisdicción constitucional latinoamericana y jurisdicción internacional. VII. Necesidad de procedimientos internos para regular el cumplimiento de los fallos y las recomendaciones aceptados de la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. Para comprender el tema complejo de las relaciones entre los tribunales constitucionales latinoamericanos es necesario previamente tener como punto de partida tres aspectos esenciales: a) las diferentes atribuciones que se encomiendan a los tribunales internacionales y a los de naturaleza internacional; b) la separación, en el ámbito supranacional, entre los organismos jurisdiccionales internacionales y los calificados como transnacionales; c) si se parte de la separación anterior, es preciso delimitar las atribuciones de los tribunales nacionales y los de carácter transnacional, que derivan, a su vez, de la separación entre los derechos internacional, por una parte, y el comunitario o de integración, por la otra.

2. A) En primer término, es indispensable delimitar la estructura y facultades de los tribunales internos y los de naturaleza internacional, ya que los primeros están conformados en varias instancias, desde la inicial hasta la

¹ Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; miembro de El Colegio Nacional

suprema, y sus atribuciones están dirigidas a resolver los conflictos que derivan de la aplicación de las normas nacionales, especialmente en cuanto al control de legalidad (organismos jurisdiccionales ordinarios). Por otra parte, ya sea que los organismos de solución de conflictos constitucionales se encuentren situados dentro del Poder Judicial, como fuera de éste, les está confiada la instancia final para cuestiones de constitucionalidad.

3. A lo anterior debe agregarse que en numerosos ordenamientos latinoamericanos se combinan, en materia de constitucionalidad, el sistema americano de control difuso como el europeo concentrado, en el cual existe un organismo jurisdiccional especializado, que como última instancia resuelve las cuestiones de constitucionalidad. Dentro del primer supuesto, existe una jerarquía judicial que asciende de los tribunales de primer grado, otro segundo conformado por los tribunales de apelación, y el último por las cortes o tribunales supremos.

4. En el sistema propiamente difuso todos los jueces y tribunales, con independencia de su jerarquía, tienen la facultad, y, en ocasiones la obligación, de desaplicar en los procesos concretos de su conocimiento las normas generales aplicables por considerarlas contrarias a la Constitución. Existen matices en los cuales sólo un sector de los tribunales poseen la atribución de desaplicar las normas que tienen aplicación en los conflictos que deben resolver (por ejemplo, en ciertos supuestos los tribunales federales mexicanos). En cuanto al régimen concentrado, los tribunales, cortes o salas constitucionales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, que en caso estimativo deben tener efectos generales. En este último sistema, también calificado como europeo occidental o kelseniano, únicamente los organismos jurisdiccionales especializados pueden conocer y decidir cuestiones de constitucionalidad, ya que los jueces ordinarios no pueden pronunciarse sobre esta materia en los procesos concretos de que conocen, pero pueden acudir a la llamada *cuestión de constitucionalidad*, la cual, si es aceptada por el tribunal especializado, suspende los juicios ordinarios en los cuales se interponga dicha instancia hasta que el organismo constitucional decida, con efectos generales, la cuestión planteada, y de acuerdo con este fallo, dichos juzgadores deciden en cuanto al fondo los procesos suspendidos. Pero en los ordenamientos latinoamericanos, como se ha señalado, no se oponen ambos regímenes, americano y europeo, sino que se combinan por medio de sistemas mixtos, en los cuales los jueces y tribunales ordinarios desaplican en los procesos concretos de que conozcan las normas generales que estiman contrarias a la ley suprema, y los especializados conocen exclusivamente de la cuestión

de constitucionalidad por medio de pronunciamientos de carácter general.

5. En relación con el derecho internacional, en particular el de los derechos humanos, los tribunales internos, inclusive en el ámbito latinoamericano, aplican normas de carácter internacional, pero no como tales, sino en cuanto *disposiciones nacionales de fuente internacional*, ya que han sido incorporadas a los ordenamientos internos por medio de tratados ratificados y aprobados por los órganos nacionales competentes.

6. Con respecto a los ordenamientos latinoamericanos, la instancia internacional está conformada en primer término por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante la cual se presentan directamente las quejas y reclamaciones por los particulares individuales o por los grupos sociales, organismo que una vez admitidas y tramitadas dichas quejas puede redactar recomendaciones dirigidas a los Estados que se consideraran responsables de la violación de los derechos fundamentales de los promoventes, recomendaciones que como su misma denominación lo señala, no tienen carácter obligatorio, pero adquieren este carácter si son aceptadas por dichos Estados. Los Estados pueden demandar a otros Estados por la violación de los derechos humanos de sus nacionales, pero este tipo de controversias no se han presentado en la práctica, por lo que en la realidad es la citada Comisión, si su recomendación no es cumplida por el gobierno a que se dirige, la única que tiene legitimación para interponer una demanda ante la Corte Interamericana, en contra del Estado que se considera responsable de dichas violaciones, si el mismo ha reconocido la competencia contenciosa del tribunal. Una vez que éste tramita el proceso pertinente, puede resolver el conflicto con una sentencia que es obligatoria para el gobierno respectivo.

7. Debe destacarse que los tribunales internos y los de carácter internacional tienen competencia diversa, pues los primeros deben resolver los conflictos de legalidad o de constitucionalidad de las normas nacionales, y los internacionales, exclusivamente la conducta de los Estados nacionales, cuando éstos han reconocido expresamente sus atribuciones jurisdiccionales, pero únicamente en relación con las normas contenidas en los tratados internacionales, en particular de los derechos humanos, que han sido suscritos y aprobados por dichos Estados. Sin embargo, existen sectores en los cuales se entrecruzan dichas esferas de competencia, nacional e internacional, particularmente en el supuesto de que los organismos jurisdiccionales internos interpreten normas nacionales de fuente internacional, situación en la cual ambos organismos jurisdiccionales pueden aplicar las

mismas disposiciones, pero con distinto enfoque, ya que los organismos jurisdiccionales internos lo hacen en el ámbito nacional, y los internacionales, en la esfera externa, pero en relación con los mismos derechos, las decisiones internas pueden influir en las resoluciones de los tribunales supranacionales, y a su vez, la jurisprudencia de estos últimos, y esto es lo más frecuente, trasciende al ámbito interno, en virtud de la especialidad en la materia de los organismos internacionales.

8. B) En segundo lugar, también deben tomarse en consideración las diferencias respecto a los tribunales internacionales en relación con los transnacionales, ya que los efectos de sus fallos son distintos. En efecto, las decisiones de los primeros son obligatorias, pero no imperativas, en el ordenamiento de los países sometidos a su jurisdicción, pero las de los últimos, como poseen el carácter de última instancia en el campo de las materias comunitarias o de integración, sus resoluciones son tanto imperativas como obligatorias de manera inmediata en la esfera jurídica de los países que integran la comunidad o unión respectiva.

9. C) En tercer término, y como consecuencia de las reflexiones anteriores, la distinción entre los diversos efectos de las resoluciones de los organismos jurisdiccionales de carácter internacional y los de naturaleza transnacional se apoya en la distinta situación en que se encuentran los organismos jurisdiccionales internos sometidos a su competencia. Respecto de los tribunales internacionales, éstos no pueden considerarse como una instancia superior respecto de los internos, ya que sus decisiones se apoyan exclusivamente en el derecho internacional, por lo que las mismas sólo tienen efecto en los ordenamientos internos, exclusivamente en los asuntos de los cuales han conocido, y por ello existen diferencias entre su carácter obligatorio y su ejecución directa en el ámbito nacional, que queda a cargo de los Estados que han sido considerados como responsables. Por ello, los organismos jurisdiccionales establecidos por los Estados que conforman comunidades o se unen por medio de los compromisos internacionales de integración deben considerarse como la última instancia respecto de los tribunales nacionales, ya que sus decisiones son imperativas exclusivamente en las materias de integración o de carácter comunitario, por lo que la interpretación que realizan de dichas normas es obligatoria para los organismos jurisdiccionales internos, debido a que los transnacionales poseen una jerarquía superior, pero debe repetirse, exclusivamente tratándose de las normas comunitarias, pues en las restantes materias son los tribunales nacionales los que tienen la primacía en el ámbito interno.

II. TRIBUNALES INTERNACIONALES Y TRANSNACIONALES

10. Como se ha destacado con anterioridad, la distinción entre estas dos categorías de organismos jurisdiccionales supranacionales es un presupuesto para determinar las relaciones entre los tribunales constitucionales y los de carácter internacional². En efecto, se puede afirmar que las decisiones de los tribunales internacionales tienen carácter subsidiario y complementario de los ordenamientos nacionales, y únicamente se puede acudir a ellos cuando no se ha logrado la reparación de las violaciones de los derechos humanos en el ámbito nacional y previo agotamiento de los recursos internos³, lo que tiene como consecuencia que los fallos de dichos organismos jurisdiccionales internacionales sean obligatorios, pero no imperativos. Como un ejemplo aplicable al tema que desarrollamos podemos citar lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el cual dispone claramente, en relación con las resoluciones definitivas de la Corte Interamericana, que: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. A su vez, el inciso 2 de dicho precepto establece: “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

11. Lo anterior significa que la parte del fallo en la cual se establezca una indemnización no se puede ejecutar directamente por la Corte Interamericana, sino que debe cumplimentarse de acuerdo con los procedimientos internos. Pero lo anterior se complica en cuanto la Corte determine compensaciones diversas de las pecuniarias, como la tendencia de las resoluciones de este tribunal lo indica, ya que es frecuente que dichas compensaciones se establezcan directamente por la Corte, y no se deje al criterio de las autoridades nacionales.

² Fix-Zamudio, Héctor, “Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales”, aparecido primeramente en la obra *Transnational Aspects of Procedural Law. International Association of Procedural Law. X World Congress on Procedural Law. Taormina, Italia, 17-23 Septiembre 1995. General Reports*, Milán, Giuffrè-Università di Catania, 1998, t. I, pp. 181-31, y posteriormente incorporada al libro del mismo autor, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, 3ª. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, esp. pp. 581-606.

³ Desde un punto de vista general, el trabajo publicado por el distinguido internacionalista brasileño Cançado Trindade, Antonio, *O esgotamento dos recursos internos no direito internacional*, Brasilia, Editorial Universidade de Brasilia, 1984, *id.*, “The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies”, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

12. Entre los tribunales internacionales podemos mencionar en el ámbito de las Naciones Unidas, en primer término a la Corte Internacional de Justicia⁴, y recientemente la Corte Penal Internacional, que ha entrado en funcionamiento en el año de 2005⁵. En la esfera regional podemos citar a la Corte Europea de Derechos Humanos⁶; la Corte Interamericana de De-

⁴ Aun cuando la bibliografía es muy amplia, únicamente se citan los fundamentales y clásicos estudios: Rosenne, Sabtai, *The Law and Practice of the International Court*, dos vols., Leyden, A. W. W. Sijhoff, 1965; *id.* *Documents on International Court of Justice. Documents relatifs a la Cour Internationale de Justice* (edición bilingüe en inglés y francés), Dordrecht, Martinus Sijhoff, 1991, y Carter, Barry y Trimble, Philip R., *International Law. Select Documents and New Developments*, Boston, Little Brown and Company, 1994, pp. 817-821.

⁵ Sobre la Corte Penal Internacional existe una amplia bibliografía, por lo que se citan sólo las obras más significativas: Cherif Bassioni, M. el principal promotor de la creación del mencionado organismo jurisdiccional, *The Statute of International Criminal Court. A Documentary History*, Ardsley, Nueva York, 1998; un minucioso análisis del citado tribunal y de su reglamentación jurídica puede consultarse en el libro editado por Roy S., Lee, *The International Criminal Court. Making the Rome Statute. Negotiations Results*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999. Más recientemente la obra muy documentada del notable jurista mexicano García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.

⁶ La Corte Europea de Derechos Humanos ha sido objeto de numerosos estudios publicados en libros y artículos, por lo que se hará referencia únicamente a los más recientes: Cohen Jonathan, Gerard, *La Convention Eruopéenne des Droits del'Homme*, Aix-en-Provence-Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Economica, 1989, pp. 31-154; García de Enterría, Eduardo y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 109-121; Buergenthal, Thomas, Grossman, Claudio y Nikken, Pedro, *Manual internacional de derechos. humanos*, Caracas-San José, Instituto Interamericano-Editorial Jurídica Venezolana, 1990; Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "The European System of Human Rights", en la obra editada por Federico Carpi y Chiara Giovannuchi, *Judicial Protection of Human Righths at the National e International Level*, Milán, Giuffrè, 1991, t. I, pp. 357-386; Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1991; t. I, Brage Camazano, Joaquín, "Sratsburgen Locutus, causa finita", "El 'amparo intereuropeo' ante el Tribunal de Estrasburgo, última instancia de tutela de los derechos fundamentales en Europa"; Fix-Zamudio, Héctor, "La Corte Europea de los Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional"; y Morenilla Allard, Pablo, "El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en la obra coordinada por Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 1035-1104; 1105-1155; 1157-1220, respectivamente; Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007 pp. 3-67.

rechos Humanos⁷, y la Corte Africana de Derechos Humanos⁸, esta última en periodo de consolidación, en cuanto su estatuto ya fue aprobado y se encuentra en trámite la designación de sus miembros. Debe mencionarse que a partir del 1º de noviembre de 1998 se suprimió la Comisión Europea de Derechos Humanos, y se estableció el acceso directo a la misma⁹. Pero se mantienen tanto la Comisión Interamericana como la Comisión Africana, ambas de derechos humanos, que se encuentran en funcionamiento, y son los organismos que reciben las reclamaciones individuales, realizan una investigación sobre las mismas, y formulan recomendaciones no obligatorias para los Estados a los cuales se les imputan las infracciones, y en determinados supuestos pueden plantear la demanda ante las Cortes respectivas¹⁰.

⁷ También la publicación de libros y artículos sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos es muy extensa, por lo que, de acuerdo con la nota anterior, cito únicamente las obras más recientes: Fix-Zamudio, Héctor, "Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos", en la obra coordinada por Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 165-224; García Ramírez, Sergio y Toro Huerta, Mauricio Iván del, "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra coordinada por el mismo autor, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª. ed., México, UNAM, 2006, t. II, pp. XI-LXXXII; *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005; García Ramírez, Sergio, "La protección de derechos y libertades en el sistema jurisdiccional interamericano. El amparo interamericano", en el libro colectivo *El amparo en el mundo*, cit. nota anterior, pp. 985-1033; Fix-Zamudio, Héctor, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra coordinada por José Ovalle Favela, *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, México, UNAM, 2006, pp. 463-522; Silva García, Fernando, trabajo citado en la nota anterior, p. 67.

⁸ Sobre la Corte Africana en vías de consolidación, entre otros, Odimba, Jean Cadet, "Protección de los derechos fundamentales en África", en la obra *El derecho de amparo en el mundo*, cit., nota 5, pp. 945-984, y *Protección regional de los derechos humanos. Comparado*, México, Porrúa, 2006, pp. 27-123.

⁹ La Comisión Europea de Derechos Humanos fue suprimida por el Protocolo 11 a la Convención Europea de Derechos Humanos, que entró en vigor el primero de noviembre de 1998, el que autorizó el acceso directo a la Corte Europea de las quejas y reclamaciones que anteriormente se presentaban primeramente ante la citada Comisión, a fin de que si ésta lo consideraba oportuno, después de admitirlas e investigarlas presentaba el caso ante dicho tribunal.

¹⁰ Sobre las comisiones Interamericana y Africana de Derechos Humanos se mencionan algunos de los análisis más importantes. Respecto de la Interamericana, *cf.* Vasak, Karel, *La Commission Iberoamericaine des Droits de l'Homme*, Paris, Librairie de Droit et de Jurisprudence; Uribe Vargas, Diego, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1972, y Sepúlveda, César, "La Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *La protección de los*

13. Otro aspecto que debemos destacar respecto de los tribunales internacionales es la situación en que se encuentran respecto de los nacionales, ya que no deben considerarse como instancias revisoras de los fallos de dichos tribunales internos; en primer lugar, en virtud de que la competencia de los primeros sólo radica en la conformidad del derecho interno con el internacional, y en segundo término, como ya lo hemos sostenido, los organismos jurisdiccionales de carácter internacional tienen carácter subsidiario y complementario, respecto de los organismos públicos internos.

14. De manera diversa, los tribunales supranacionales tienen un rango superior a los nacionales en las asociaciones o comunidades de Estado que las han creado. En esta dirección, es necesario distinguir entre las normas internacionales en sentido estricto que rigen las relaciones de los Estados que conforman la comunidad internacional, y recientemente también con la participación de personas físicas y grupos sociales, a los cuales se les reconoce personalidad de sujetos de derecho internacional, y por otra parte, un sector intermedio entre los ordenamientos nacionales y las normas de derecho internacional convencional o consuetudinario. Este último sector se puede calificar como derecho comunitario o de la integración¹¹, establecido por los tratados multilaterales que suscriben los Estados que se asocian, esencialmente por razones económicas (así se iniciaron las comunidades europeas), pero paulatinamente pueden ampliarse a otras materias políticas y sociales como actualmente la Unión Europea. Otras comunidades que se encuentran en un periodo de integración menos desarrollada, son las comunidades andina, centroamericana, y más recientemente el Mercosur.

15. Los tribunales creados por las comunidades o asociaciones de Estados, entre los cuales podemos citar los organismos jurisdiccionales encabezados por el Tribunal de la Unión Europea¹², tienen como objeto resolver

derechos del hombre. Alcances y perspectivas, México, UNAM, 1983, pp. 198 y ss. En cuanto a la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, puede consultarse el documentado estudio de Odimba, Jean Cadet, citado nota 7.

¹¹ Guerrero Mayorga, Orlando, "El derecho comunitario; concepto, naturaleza y caracteres", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, Montevideo, 2005, pp. 759-778, estudio dirigido esencialmente a la integración en América Latina y particularmente en Centroamérica.

¹² Sobre el Tribunal de la Unión Europea existe también una bibliografía muy extensa, por lo que únicamente se citan las que se consideran más recientes: Fix-Zamudio, Héctor, "Los organismos jurisdiccionales de solución de controversias jurídicas internacionales y comunitarias", en la obra *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber: Persona humana y derechos internacional. Personne humaine et droit international; Human Person and Interna-*

las controversias surgidas por la aplicación de las normas comunitarias, y asumen un carácter de mayor jerarquía respecto de los tribunales nacionales, en cuanto a dichas normas de integración, y por ello sus decisiones son imperativas para los organismos jurisdiccionales internos, en cuanto se consideran definitivas, y por ello las resoluciones de los tribunales internos pueden ser impugnadas ante dichos tribunales comunitarios, los que deciden en última instancia. Por lo que se refiere a los ordenamientos latinoamericanos, es evidente que han tenido una influencia importante del ejemplo de la integración europea, en la creación, primeramente de la Comunidad Andina y su organismo jurisdiccional, el Tribunal Andino¹³, creado por el Acuerdo de Cartagena de 1966, aprobado por un acuerdo suscrito por los Estados que integraban dicha Comunidad en 1979, y finalmente establecido al aprobarse sus Estatuto y Reglamento, en la ciudad de Quito, Ecuador, que es su lugar de residencia, el 9 de mayo de 1984¹⁴.

16. En esta misma categoría debemos citar la Corte Centroamericana de Justicia, creada por el artículo 12 del llamado Protocolo de Tegucigalpa, suscrito en la IX Cumbre de Presidentes Centroamericanos, por los gobiernos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, realizado en dicha ciudad el 13 de diciembre de 1991. El citado Protocolo reformó la Carta de la Organización de los Estados Centroame-

tional Law, Bruselas, Bruylant, 1997, vol. 1, pp. 362-366; Van Dijk, P., Rodière, René y otros, *Diritto delle Comunità Europee e diritto degli stati membri*, editada por G. Trevis, Milán, Ferro Edizioni, 1969; Pescatore, Paulo, *The Law of Integration*, Leyden, Sithoff, 1974; Cappelletti, Mauro y Cohen, William, *Comparative Constitutional Law. Law, Cases and Materials*, Indianápolis-Nueva York, Bobbs Merrill, 1979; pp. 113-145; Cartou, Louis, *L'Union europeenne, Traités de Paris, Rome, Maastricht*, Paris, Dalloz, 1994; Duff, Andrew *et al.*, *Maastricht and Beyond, Building The European Union*, Rutledge, 1994; Silvia de la Puerta, Rosario, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2ª. ed., Madrid, La Ley, 1993; Lasok, D., y Lasok, KPD, *Law and Institutions of the European Union*, 6ª. ed., London-Dublín, Butterwords, 1994; Hartely, T. C., *The Foundations of European Community Law*, 3ª. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 57-62.

¹³ Garrón Bozo, Rodrigo Javier, "Sistema jurisdiccional andino y europeo", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2005*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, t. II, pp. 739-758.

¹⁴ *Cfr.*, entre otros, los estudios del destacado jurista colombiano Sáchica, Luis Carlos, el primer presidente de dicho Tribunal, el primero intitulado *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985, esp. pp. 131-184; y el segundo, "Derecho comunitario andino y derecho constitucional", en la obra coordinada por Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 886-897.

ricos (ODECA), expedida en la ciudad de Panamá el 12 de diciembre de 1962, y además estableció el Sistema de Integración Centroamericana¹⁵.

17. Finalmente, es posible destacar un nuevo tribunal transnacional situado también en Latinoamérica. Nos referimos al sistema de resolución de controversias para la Comunidad de integración de países del llamado Cono Sur¹⁶, el cual se estableció en varias etapas, que se iniciaron con el calificado como el Protocolo de Brasilia, que fue aprobado en 1991, y entró en vigencia del 22 de abril de 1993, pero que no fue reglamentado hasta 1998. El citado protocolo estableció un sistema rudimentario llamado Tribunal Arbitral del Mercosur, formado inicialmente en cada controversia con tres árbitros, y que se perfeccionó con el Protocolo de Olivos, que entró en vigor el 2 de enero de 2004, por lo que actualmente se forma en cada ocasión, por tribunales arbitrales *ad hoc*, que se integran en cada ocasión por miembros de los dos países involucrados, y designados dentro del conjunto de doce árbitros de cada uno de los países integrantes de la comunidad, y un tercer árbitro proveniente en cada caso de los dos países no involucrados en la disputa¹⁷.

18. Este Protocolo de Olivos, perfeccionado posteriormente por el Protocolo de Ouro Prieto, aprobado el 17 de diciembre de 2004 y en vigor el 15 de diciembre de 2005, estableció un nuevo organismo jurisdiccional denominado Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, cuyo acto inaugural se efectuó en la ciudad de Asunción, Paraguay, el 13 de agosto de 2004, en su sede de Villa Rosalía, además de las atribuciones jurisdiccionales de dicho Tribunal permanente (que de manera incorrecta se

¹⁵ Giammattei, Jorge A., "El sistema de integración centroamericana", *El Tribunal Centroamericano. La Corte Centroamericana de Justicia*, Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 1995, pp. 19-42. *Id.*, "Los derechos fundamentales, la Corte Centroamericana de Justicia, y la protección del medio ambiente", *Memoria del VIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de las Salas Constitucionales y Cortes Constitucionales*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2002, pp. 41-57.

¹⁶ Respecto del Mercosur, también se advierte la influencia de la comunidad europea. *Cfr.* Ciuro Caldani, Miguel Ángel, "Razón e historia en el derecho de la integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, *cit.*, nota 13, t. II, pp. 719-738; Vázquez, Adolfo Roberto, "Soberanía, supranacionalidad e integración. La cuestión de los países del Mercosur", y Roque Midón, Mario R., "Tras diez años de Mercosur y más de cuarenta de integración, algunos caracteres del tipo asociativo en Latinoamérica", ambos trabajos publicados en la obra *Memoria del VIII Encuentro de los Presidentes y Magistrados de las Salas Constitucionales y Cortes Constitucionales*, *cit.*, nota anterior, pp. 99-112 y 59-71.

¹⁷ Fernández, Wilfrido, "El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, México, 2006, t. I, pp. 595-624.

consideran como fallos arbitrales, pero definitivos y con autoridad de cosa juzgada)¹⁸.

19. Posteriormente se aprobó por la citada comunidad el Protocolo de Olivos, que además de perfeccionar el sistema arbitral del panel de tres árbitros del original Tribunal del *Mercosur*, establecido en 2004 en Asunción, Paraguay, le otorgó facultades para resolver los conflictos que surgen en la aplicación de las normas de integración de dicha comunidad que se ha fortalecido de manera reciente en los últimos años. Integrada inicialmente por los Estados del Cono Sur, es decir, Argentina, Uruguay y Paraguay, ha recibido posteriormente el apoyo de la República de Chile, que inicialmente formó parte de la Comunidad Andina, de la que se separó posteriormente, y Venezuela, que también inicialmente formaba parte de esta última, pero que por decisión de su presidente, Hugo Chávez, ha decidido separarse de la mencionada Comunidad Andina y unirse al Mercosur¹⁹.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS

20. Podemos señalar la evolución que ha tenido el derecho internacional convencional en las Constituciones de nuestra región, ya que del rango secundario que se le otorgó tradicionalmente ha evolucionado hacia el reconocimiento de su nivel jerárquico superior al de las normas internas. En esta materia podemos destacar tres corrientes²⁰: a) en la primera se ha señalado a los tratados internacionales en general una situación jerárquica superior a las normas ordinarias, pero inmediatamente inferior a las

¹⁸ Sobre las distinciones entre el laudo arbitral y la sentencia jurisdiccional, Carnacini, Tito, *Arbitraje*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa América, 1961, esp. pp. 11-36.

¹⁹ Puciero Ripio, Roberto, "Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur"; Vigil Toledo, Ricardo, "El Tribunal de Justicia Permanente de la Comunidad Andina y el Mercosur"; "Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes". Los tres artículos aparecidos en la publicación *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2005, cit.*, nota 14, t. I, pp. 615-627; 629-651; y 651-666, respectivamente.

²⁰ Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2003.

normas constitucionales (y como ejemplo podemos citar la decisión de la Suprema Corte mexicana que modificó la jurisprudencia tradicional en 1999); c) un segundo sector académico que puede considerarse mayoritario otorga a los tratados de derechos humanos la misma jerarquía de las normas constitucionales, ya sea expresamente, como en la carta peruana de 1979; en la reforma constitucional argentina de 1994 y en la ley suprema venezolana de 1999, o en ocasiones de manera implícita, y c) finalmente se puede mencionar una corriente doctrinal que sostiene que dichas disposiciones internacionales poseen una categoría superior a la de los preceptos constitucionales internos. Debe destacarse que en la carta fundamental venezolana de 1999, además de establecer, como se ha dicho, que los tratados internacionales de derechos humanos tienen la misma categoría que las normas constitucionales, dispone además que en caso de conflicto con los derechos constitucionales internos se confiere primacía a las normas más favorables a los afectados ya sean nacionales o internacionales²¹.

21. Si bien la incorporación de los tratados así como de las costumbres internacionales en los ordenamientos nacionales se inició en Europa Occidental, inclusive en la primera posguerra, en cuanto que el artículo de la Constitución alemana de Weimar del 11 de agosto de 1919 disponía en su Artículo 4º que “Las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, forman parte del Reich (Estado) alemán”, y un precepto similar estaba regulado por el artículo 9º de la carta federal austriaca en su texto original de 1921. En la segunda posguerra se ha seguido la misma tendencia, inclusive con mayor vigor que en las cartas constitucionales europeas, y al efecto podemos citar el artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, que establece sobre esta materia, que “Las normas generales del derecho internacional público constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos de modo inmediato para los habitantes del territorio federal”.

22. Continúan en esta dirección otras cartas supremas, como la italiana de 1948, y la austriaca de 1929, que fue restablecida en 1945²², y esta

²¹ El artículo 26 de la Constitución Política de Venezuela establece que “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, *tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público constitucional*” (las cursivas son mías).

²² El artículo 10 de la Constitución de la República Italiana de 1947 dispone en lo conducente en su artículo 10: “El ordenamiento jurídico italiano se sujetará a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas...”. A su vez, el artículo 9º de

influencia del derecho internacional se ha extendido también a otros ordenamientos europeos, entre los cuales destacan dos países que sufrieron largas dictaduras, y que al restaurarse el sistema democrático se han incorporado a los ejemplos anteriores en sus textos constitucionales. Nos referimos a las cartas de Portugal (1976-1982) y de España (1978). El artículo 16 de la primera ley fundamental, en su inciso 2, dispone: “Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”²³. A su vez, el Artículo 1º inciso 2, de la Carta española, establece: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y *los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España*” (las cursivas son mías)²⁴.

23. En los ordenamientos latinoamericanos se ha efectuado una evolución similar, al tomar en cuenta el desarrollo europeo de incorporación interna de los tratados internacionales, como se ha señalado con anterioridad. Para destacar esta evolución se pueden citar varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos que han consagrado, con diversas modalidades, la jerarquía superior de los tratados de derechos humanos incorporados al derecho interno, respecto de las disposiciones legislativas nacionales, pero con algunas variantes en el nivel de los primeros respecto de las segundas.

24. a) En primer término, podemos mencionar el artículo 46 de la Constitución guatemalteca de 1985, el cual preceptúa: “Preeminencia del derecho internacional”. Se establece el principio general de que “*en materia de derechos humanos*, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”. b) A su vez, el artículo 7º, primer párrafo, de la carta fundamental de Costa Rica,

la Constitución austriaca de 1929, restablecida en 1945 y reformada varias veces con posterioridad, establece en la parte relativa de su artículo 9º “1. Se consideran parte integrante del ordenamiento federal las normas generalmente reconocidas del derecho internacional...”.

²³ Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, t. II, pp. 420-424.

²⁴ Fernández Segado, Francisco, *Manual de derecho constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 240-339; Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 2ª. ed., Madrid, Átomo Ediciones, 1998, t. I, pp. 231-234; Jiménez Blanco, Antonio et al., *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Arces, 1993, pp. 49-53.

de 1949, dispone: “Los tratados públicos, las convenciones internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, *autoridad superior a las leyes*” (en ambos preceptos las cursivas son mías). Respecto del segundo artículo mencionado, éste se refiere a los instrumentos internacionales en general, pero aun cuando no lo señala expresamente, la jerarquía superior de los mismos se aplica con mayor razón a los relativos a los derechos humanos, y todos ellos, pero especialmente estos últimos, se aplican constantemente por los tribunales costarricenses, en especial por la Sala Constitucional de ese país.

25. c) En la carta suprema de Colombia de 1991 se establece en el artículo 93, el siguiente precepto, cuya parte final se inspira en el principio establecido por los artículos 16 y 10, respectivamente, de las Constituciones de Portugal y de España, mencionados con anterioridad:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen *los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el derecho interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia* (las cursivas son mías).

26. d) La situación de predominio es todavía más evidente cuando se reconoce de manera expresa la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, como ocurre en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina reformada sustancialmente el 22 de agosto de 1994. En la primera parte de dicho artículo (que es bastante extenso y se refiere a las facultades legislativas del Congreso Nacional) se dispone, en principio, la naturaleza superior de los tratados internacionales y de los concordatos, pero confiere rango constitucional a algunos instrumentos sobre derechos humanos al señalar de manera precisa:

...en las condiciones de su vigencia tienen *jerarquía constitucional*, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución (que se refiere a los derechos humanos consagrados por dicha parte de la Ley Suprema), y deben entenderse *complementarios* de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo, previa aprobación de dos terceras partes de los miembros de las Cámaras. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos (no mencionados expresamente en dicho precepto), luego de ser aprobados por el Congreso requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para poder gozar de la jerarquía constitucional (las cursivas son mías)²⁵.

²⁵ Los instrumentos internacionales enumerados de manera expresa por el citada norma de la Constitución argentina son los siguientes: la Declaración Americana de Dere-

27. e) El artículo 105 de la Constitución peruana anterior de 1979 establecía de manera expresa: “*Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución*” (las cursivas son mías)²⁶. Sin embargo, en la carta fundamental vigente de 1993 se suprimió dicho precepto, y en su lugar se introdujo la disposición final cuarta, la cual dispone que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, norma que también se inspira en los mencionados artículos 16 y 10 de las cartas portuguesa y española²⁷.

28. f) En esta dirección, también debemos destacar la parte relativa del Artículo 5° de la Constitución chilena de 1980, reformada por el plebiscito del 30 de julio de 1989, y que conserva la modificación constitucional de 1995:

*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*²⁸ (las cursivas son mías).

29. g) Se advierte la propensión a conferir rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 142 de la Constitución de Paraguay de 1992, en la cual se establece que “Los tratados

chos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Protección y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997, t. I, pp. 99-297.

²⁶ García Sayán, Diego, “Constitución política y política exterior”, *La Constitución diez años después*, Lima, Constitución y Sociedad-Fundación Friedrich Naumann, 1989, pp. 205-221.

²⁷ Curlizza, Javier, “La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos”, *La Constitución de 1993. Análisis y comentario, II*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1995, pp. 56-83.

²⁸ Blanc Renard, Neville y otros, *La Constitución chilena*, Valparaíso, Universidad Católica, 1990, t. I, pp. 36-40.

internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución”. A nuestro modo de ver, lo anterior equivale a disponer de manera implícita que dichos tratados poseen un rango similar al de las normas fundamentales, lo que en cierta manera se asemeja a lo que disponía el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979 (véase párrafo 27), y establece actualmente el artículo 75, inciso 22, de la carta argentina reformada en 1994 (véase párrafo 26).

30. h) También debe destacarse lo dispuesto en el Artículo 5º, parágrafo LXXVII, inciso 2º de la Constitución brasileña vigente, de octubre de 1988, de acuerdo con el cual “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los *tratados internacionales en que sea parte la República del Brasil*” (las cursivas son mías). Lo anterior significa, en mi concepto, que los derechos consagrados en dichos tratados forman parte de manera implícita de los que tienen carácter fundamental y han sido consagrados expresamente por dicha ley suprema, en el supuesto de que los primeros amplíen y complementen a los segundos.

31. i) La carta fundamental de Venezuela de 1999 siguió el ejemplo de las Constituciones de Perú de 1979 y de la reforma constitucional argentina de agosto de 1994, pues reconoció de manera expresa la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos en su artículo 23, el cual preceptúa:

Los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de República, y son de aplicación directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (las cursivas son mías)²⁹.

32. Como puede observarse, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se advierte una tendencia cada vez más acentuada para otorgar a los tratados internacionales en general una jerarquía superior a las normas ordinarias, y específicamente a aquellos que consagran derechos humanos, una categoría equivalente a las disposiciones

²⁹ Brewer-Carías, Allan R., *La Constitución de 1999 comentada*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 161. El autor considera que el citado precepto transcrito debe considerarse como una de las grandes innovaciones de esa carta fundamental.

constitucionales (ya sea de manera expresa o implícita), o al menos inmediatamente inferior a la de las normas fundamentales³⁰.

33. En el ordenamiento constitucional mexicano no se ha iniciado todavía un desarrollo similar, ya que se había impuesto por muchos años en la jurisprudencia y en la doctrina tradicionales el criterio inspirado en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, precepto que casi literalmente se consagró en el artículo 126 de la Constitución Federal de 1857, y con ligeras variantes ese texto fue incorporado al artículo 133 de la carta fundamental vigente³¹. De acuerdo con esta norma, la Corte Federal de Norteamérica y la Suprema Corte mexicana establecieron interpretaciones similares, en el sentido de que una vez aprobados los citados tratados internacionales ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado, debían equipararse a las leyes federales³².

34. Sin embargo, en fecha reciente la Suprema Corte de Justicia modificó esta interpretación tradicional sobre la equiparación de los tratados a las leyes federales, y estableció una nueva tesis, en el sentido de que “los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano, respecto de la Constitución Federal”. Este nuevo criterio significa una apreciación más moderna del mencionado artículo 133 constitucional, y se apoya esencialmente, entre otros argumentos, en que los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto, y comprometen a todas las autoridades frente a

³⁰ Sobre esta tendencia a la jerarquía superior de los tratados internacionales, especialmente los que consagran derechos fundamentales, pueden consultarse, entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *The Modern World of Human Rights. El mundo moderno de los derechos humanos, Essays in Honor. Ensayos en honor, Thomas Buergenthal*, San José, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 1996, pp. 159-207; Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, cit., nota 19.

³¹ En su primer párrafo, el citado artículo 133 de la ley fundamental de México establece: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de la Unión...”.

³² Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, en su libro *Estudios de derecho constitucional*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 22-24, Fix-Zamudio, Héctor y Carmona Valencia, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 70-79.

la comunidad internacional; por lo tanto, en esta materia no existe limitación de competencias entre la Federación y las entidades federativas³³.

35. Considero en lo particular que una interpretación progresiva, en especial en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, puede conducir, aun sin modificar el citado precepto de la carta federal mexicana, hacia la incorporación de los derechos humanos consagrados por los tratados internacionales ratificados por nuestro país (que han sido muy numerosos en los últimos años), en los términos del citado artículo 133 constitucional, como partes integrante de los preceptos constitucionales que establecen derechos fundamentales, cuando no los contradigan o los limiten, sino por el contrario, los complementen y los desarrollen. En tales condiciones, y en mi concepto, los derechos de fuente internacional, pero integrados a nuestro ordenamiento interno, cuando impliquen condiciones más favorables para los gobernados respecto de los establecidos en nuestra carta federal, *deben considerarse al mismo nivel jerárquico de los preceptos de la Constitución mexicana que establecen los propios derechos fundamentales*.

IV. DIVERSAS FUNCIONES DE LOS TRIBUNALES, CORTES Y SALAS CONSTITUCIONALES

36. Debido a que dentro de esta categoría pueden comprenderse a las Cortes o tribunales supremos que han transitado del control de legalidad, como tribunales de casación, hacia el desempeño de la justicia constitucional, podemos usar el término genérico de *organismos jurisdiccionales encargados de la solución de los conflictos constitucionales*³⁴.

³³ Este criterio jurisprudencial se estableció por unanimidad de diez votos al resolver el Tribunal en pleno el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, tesis LXXVII/99, publicada en el *Informe de Labores de la Suprema Corte de Justicia, 1999*, pp. 841-843. Pueden consultarse los profundos comentarios sobre esta tesis realizados por los juristas mexicanos, Becerra Ramírez, Manuel; Carpizo, Jorge; Corzo, Edgar y López Ayllón, Sergio, en *Cuadernos Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 169-208.

³⁴ Fix-Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales", *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. coordinado por Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa, México, UNAM, 2002, pp. 201-238.

37. Los citados organismos desempeñan variadas funciones dirigidas esencialmente a transmitir y decidir sobre conflictos sobre la constitucionalidad de leyes generales y actos de autoridad, pero existen algunos campos en los cuales existen coincidencias, y es lo que trato de dilucidar en este apartado, y contar con una base para establecer las posibles relaciones con los tribunales internacionales de derechos humanos.

38. De acuerdo con los diversos ordenamientos constitucionales de nuestra época, los tribunales, cortes, salas constitucionales y algunos tribunales y cortes supremos con atribuciones predominantes para la decisión de cuestiones de constitucionalidad tienen encomendadas diversas facultades, entre las cuales se pueden mencionar la solución de conflictos electorales sobre la elección de los titulares de los órganos estatales de nivel más elevado; el control sobre la admisibilidad de las iniciativas populares y del referéndum; los conflictos de atribución entre los órganos constitucionales y aquellos de competencias de los gobiernos centrales y sus entidades regionales o federativas y también entre estos entes territoriales entre sí, así como la llamada justicia política, o sea, de las responsabilidades derivadas de las infracciones cometidas por los titulares de órganos estatales de mayor jerarquía, y que por tanto gozan de inmunidad procesal en el ejercicio de su encargo, entre otras³⁵.

39. Sin embargo, en un examen de conjunto se puede destacar que son dos las competencias esenciales de dichos organismos jurisdiccionales especializados; por un parte, sobre las controversias entre las facultades y atribuciones de los órganos del poder del Estado, así como entre el gobierno central y las comunidades autónomas o entidades federales, que podrían encuadrarse dentro de lo que se ha calificado por Mauro Cappelletti como *jurisdicción constitucional orgánica*, la que se traduce cuando se impugnan normas generales, en la declaración general de inconstitucionalidad o bien la interpretación conforme, y en segundo término, en relación con la protección de los derechos humanos establecidos tanto en el ámbito interno como en los tratados ratificados y aprobados por los Estados respectivos, materia que quedaría comprendida en el sector que el mismo jurista italiano denomina *jurisdicción constitucional de la libertad*³⁶.

³⁵ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, 2ª. ed., trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 581.

³⁶ Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UMAM, 1961; Cascajo, José Luis, "La jurisdicción constitucional de la libertad", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199, 1975, pp. 149-198; Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad. Teoría general. Argentina, México, Corte*

Este sector ha adquirido cada vez mayor importancia y desarrollo en la actualidad, y que abarcaría también la parte de la materia, que para seguir al referido notable jurista italiano, Mauro Cappelletti, la podemos calificar como *jurisdicción constitucional transnacional*, que es precisamente en la que se presenta la frontera común entre el derecho interno y el internacional (véanse párrafos 83 y 84)³⁷.

40. A) Aun cuando la declaración general de inconstitucionalidad o la interpretación conforme no está vinculada exclusivamente con la jurisdicción constitucional orgánica, ya que también puede aplicarse a la decisión de los organismos especializados, respecto de las normas generales que pueden infringir los derechos fundamentales, su utilización más frecuente es en los conflictos de competencia y de atribución de los órganos del Estado de mayor jerarquía.

41. *La declaración general de inconstitucionalidad y la interpretación conforme* se han establecido en algunos ordenamientos con anterioridad a la creación de los organismos jurisdiccionales especializados que se examinan, como por ejemplo por conducto de la llamada *acción popular de inconstitucionalidad*, que surgió en las Constituciones de Colombia y Venezuela a fines del siglo XIX y se perfeccionó en los primeros años del siglo XX³⁸, con antelación a la vigencia de las Constituciones de Checoslovaquia y de Austria de 1920; sin embargo, dicha declaración de inconstitucionalidad ha tenido una impresionante evolución con el establecimiento de los tribunales y cortes constitucionales, ya que éstos han desarrollado una jurisprudencia de gran significado y, además, han ampliado las diversas modalidades de la misma, respecto de las omisiones legislativas, el cual es uno de sus aspectos más complicados³⁹.

Interamericana de Derechos Humanos), México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.

³⁷ Cappelletti, Mauro, "La jurisdicción constitucional transnacional. El control de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional", trad. de Luis Dorantes Tamaño, *La justicia constitucional (estudios comparados)*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 1977, pp. 213-242.

³⁸ Fix-Zamudio, Héctor, "La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, 2001, pp. 100-104: *id.*, "La declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica y el juicio de amparo mexicano", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 96 y 97.

³⁹ La declaración general de inconstitucionalidad en las omisiones legislativas debe considerarse como una institución muy debatida, en particular respecto de sus alcances. Como una bibliografía esencial se pueden citar: Shapiro, Robert A., "The Legislative

42. Uno de los matices que ha asumido la jurisprudencia de los organismos especializados para atenuar los efectos de la declaración general de inconstitucionalidad, debido a que aun cuando ésta se utilice con prudencia provoca desajustes en el ordenamiento jurídico respectivo, se refiere a lo que se ha denominado *interpretación conforme*, que es la denominación que ha utilizado la doctrina alemana (*verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*), frase que puede traducirse al castellano como la interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución⁴⁰, instrumento que ha tenido una importante divulgación en la justicia constitucional contemporánea, ya que la declaración general de inconstitucionalidad implica la anulación de las disposiciones legislativas impugnadas, en la mayoría de los supuestos con efectos para el futuro. Esta nulidad legislativa puede producir una alteración al sistema jurídico, ya que es necesario llenar el vacío que deja el ordenamiento que se considera inválido, el que no siempre es posible sustituir por la legislación anterior, y requiere la intervención del legislador para subsanar las infracciones a la carta fundamental.

43. Como lo ha señalado acertadamente el destacado jurista español Eduardo García de Enterría, la interpretación conforme tiene su origen en

Injunction. A Remedy for Inconstitutional Legislative Inaction”, *The Yale Law Journal*, octubre de 1989, núm. 1, pp. 231-250; Fernández Rodrigo, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, y Valverde, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”; y Bazán, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones legislativas. Una visión de derecho comparado”; los tres estudios en la obra coordinada por Carbonell, Miguel, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003, pp. 18-64, 65-89 y 91-286, respectivamente; Ruiz Miguel, Carlos, “L’incostituzionalità per omissione”, *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, núm. 4, 2003, pp. 795-810; *idem*, “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, Madrid, pp. 159-177; Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión, ¿cauce o tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?; Fernández Rodríguez, José Julio, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la inconstitucionalidad por omisión”, y Miranda, Jorge, “A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no ordenamiento constitucional português”, los tres estudios en la obra coordinada por Víctor Bazán, *Inconstitucionalidad por omisión*, Santafé de Bogotá, Themis, 1997, pp. 113-151, 153-171, respectivamente.

⁴⁰ Haak, Volker, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzauslegung des Richters* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Bonn, Ludwig Rohsheid Verlag, 1963, pp. 184-213; Hesse, Honrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de derecho constitucional de la República Federal de Alemania), 16ª. ed., Heidelberg, C. F. Müller Juristische Verlag, 1988; del mismo autor *Escritos de derecho constitucional (selección)*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 53-57.

dos principios establecidos por la jurisprudencia norteamericana, es decir, el que todas las normas generales deben interpretarse *in harmony with the Constitution*, al que debe agregarse la regla que ha seguido la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos sobre la *presunción de constitucionalidad de las leyes*⁴¹. Agrega el mismo García de Enterría que de acuerdo con el último principio citado, una norma general no debe declararse inválida aun cuando lo sea con efectos particulares, como ocurre en el sistema americano, en el supuesto de que pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón si la declaración produce efectos generales, de acuerdo con el modelo europeo continental⁴².

44. Coincido con la profunda reflexión del destacado constitucionalista alemán Konrad Hesse, recientemente fallecido, en el sentido de que la interpretación conforme no plantea sólo la cuestión de la ley sometida a control, sino también la relativa al contenido de la Constitución, según la cual dicha ley ha de ser analizada, lo que exige *tanto la interpretación de la ley como de la propia carta fundamental*. Esto demuestra la estrecha interrelación entre la Constitución y la ley, de acuerdo con el principio de la unidad del ordenamiento jurídico⁴³.

45. Este instrumento ha adquirido una importancia creciente, y se ha adoptado con ese nombre u otros similares en numerosos ordenamientos constitucionales contemporáneos, ya que de acuerdo con el mismo, los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de los conflictos constitucionales sólo utilizan la declaración general de inconstitucionalidad cuando no es posible armonizar las normas generales impugnadas con el texto, los valores y los principios de la carta fundamental; es decir, cuando es insalvable la contradicción entre las disposiciones legislativas con la Constitución. Por ese motivo no se justifica el temor que en ocasiones produce la posibilidad de la anulación de las normas generales, ya que la interpretación conforme puede determinar la aplicación de las disposiciones impugnadas de manera que no contradigan la ley suprema. No es el momento ni la oportunidad de señalar las diversas modalidades que puede asumir la interpretación conforme, y únicamente en vía de ejemplo

⁴¹ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 163-213, expone sólidos argumentos sobre la justificación del principio de presunción de constitucionalidad de las disposiciones legislativas.

⁴² García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma jurídica, y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 95-103.

⁴³ *Escritos de derecho constitucional (selección)*, cit., nota 39, p. 57.

se puede mencionar, de acuerdo con la autorizada opinión del conocido constitucionalista francés Michel Fromont, *la interpretación conforme puede ser extensiva, restrictiva o simplemente modificatoria*⁴⁴.

46. Por ello es que este instrumento de interpretación constitucional se aplica de manera constante por los tribunales, cortes y salas constitucionales, aun cuando esta aplicación no sea consciente por parte de dichos juzgadores⁴⁵. Se pueden señalar al respecto las decisiones de la Corte Constitucional italiana, que asumen el carácter de sentencias *interpretative di rigetto*, ya que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia italianas, en dichos fallos se considera que las disposiciones normativas impugnadas no adolecen de vicios de constitucionalidad, pero sólo en el sentido de la interpretación de dicho tribunal, por lo que dichas normas no pueden ser aplicadas en un sentido diverso del señalado por la mencionada Corte Constitucional⁴⁶.

47. B) La segunda función de los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos de constitucionalidad, y tal vez la más significativa en la actualidad, es la relativa a la *protección procesal constitucional de los derechos humanos*. Al respecto, debemos señalar que una de las facultades que confirió la Constitución federal austriaca de 1920 a la Corte Constitucional introducida por dicha carta fundamental fue la tutela de último grado de los derechos fundamentales establecidos por la misma por conducto de una instancia (*Beschwerde*), que podía interponer el afectado ante dicho tribunal especializado, después de haber agotado los recursos ordinarios.

48. Esta función protectora de la Corte Constitucional austriaca sobre los derechos humanos fue importante desde los primeros años de funcionamiento, como lo señaló el discípulo de Hans Kelsen, el destacado jurista francés Charles Eisenmann en su clásico libro publicado en 1928⁴⁷.

⁴⁴ *La justice constitutionnel dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 89 y 90.

⁴⁵ Haak, Volker, *op. cit.*, nota 39, afirmó que desde los años sesenta en los que publicó su monografía, la interpretación conforme se utilizaba no sólo por el Tribunal Federal Constitucional alemán, sino también por las cortes constitucionales de Italia y de Austria, y por el Tribunal Federal de Suiza, pp. 12-98.

⁴⁶ Vergottini, Giuseppe de, *Diritto costituzionale*, 2ª. ed., Padua, Cedam, 2000; 5ª. ed., 2006, pp. 665 y 666; Crizafulli, Vezio, "Questioni in tema de interpretazione de la Corte Costituzionale nel confronti con l'interpretazioni giudiziaria", y "Sentenza interpretative di norme costituzionale e vincolo dei giudici", ambos en *Giurisprudenza costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1956, pp. 929 y ss., y 1976, pp. 1719 y ss.

⁴⁷ *La justice constitutionnel et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, prologado por el mismo Hans Kelsen, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928, pp.

Este autor menciona algunas decisiones significativas de dicho tribunal sobre la protección de varios derechos fundamentales de carácter individual, que habían sido consagrados en la ley del 21 de diciembre de 1867, ordenamiento que fue considerado como ley constitucional federal por el artículo 149 de la citada carta fundamental.

49. A partir de estas primeras experiencias, si bien las atribuciones de los organismos jurisdiccionales especializados, en relación con la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y los conflictos de competencia entre los gobiernos centrales y las provincias, Estados o regiones, o entre diversos órganos del poder del Estado (controversias constitucionales verticales u horizontales), conservan su trascendencia, estas atribuciones han sido superadas, cada vez con mayor vigor, por las relativas a la protección de los derechos humanos, lo que se advierte de manera objetiva en el incremento de las reclamaciones sobre dichos derechos, que superan de manera notoria los conflictos de carácter orgánico.

50. Como lo sostiene el destacado constitucionalista italiano Giancarlo Rolla, en un breve, pero muy agudo estudio comparativo, la justicia (en realidad jurisdicción en este sector) constitucional se ha transformado en una *instancia esencial de los derechos fundamentales*, y ello sin importar si se trata del sistema americano o europeo continental (y puedo agregar los de carácter mixto), si se toma en cuenta que las cortes supremas de Estados Unidos y de Canadá han concentrado sus decisiones en la protección de los derechos humanos, y lo mismo ha ocurrido con las cortes o tribunales especializados en Europa continental, América Latina, e inclusive en África⁴⁸.

51. Otro aspecto importante de esta evolución es el relacionado con los ordenamientos en los cuales no existen instrumentos procesales específicos para la tutela de los derechos humanos, como lo ocurrido en Italia, Portugal y el Consejo Constitucional francés, que no han establecido todavía un recurso judicial efectivo para la tutela de los derechos humanos, como lo requiere el artículo 13 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, y en vigor a partir del 3 de septiembre de 1953,

243-273. Edición facsimilar con una introducción de Georges Vedel, París, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986.

⁴⁸ Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, con un estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 133-180.

y que ha sido ratificado por los gobiernos de esos países⁴⁹; sin embargo, al decidir sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, una buena parte, por no decir la mayoría de sus decisiones sobre la anulación o armonización de aquellas en las cuales ya sea por su expedición o su aplicación, han violado o pueden infringir derechos fundamentales⁵⁰.

52. Como ejemplos del desarrollo de la tutela de los derechos fundamentales por medio de una instancia específica, pero que debe plantearse previamente ante los tribunales ordinarios por medio de procedimientos concentrados, puede citarse el *recurso de amparo* ante el Tribunal Constitucional español⁵¹, y la llamada *Verfassungsbeschwerde* (literalmente, queja constitucional), de que conoce el Tribunal Federal Constitucional alemán (y que se ha traducido por varios autores al español como recurso de amparo)⁵². Por la intensidad de sus actividades centradas esencialmente en la etapa final de protección jurisdiccional de los derechos humanos que rebasa notoriamente sus restantes atribuciones, pueden calificarse como *tribunales constitucionales de derechos humanos*⁵³.

⁴⁹ Dicho artículo 13 dispone: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene *derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*”. Cfr., entre otros, Harris, D. O’Boyle, M. Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres, Butterworths, 1995, pp. 443-465.

⁵⁰ Paladin, Livio, “La tutela delle libertà fondamentali offerta della Corte Costituzionali europee: spunti comparatistici”, editada por Lorenza Carlassare, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 1988, pp. 11-25.

⁵¹ Cfr., entre otras obras, la editada por Rubio Llorente, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995. *Anuario 2005*, número recursos de amparo.

⁵² Entre otros, cfr. Häberle, Peter, “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, traducido por Carlos Ruiz Miguel, en la obra coordinada por García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 223-283.

⁵³ Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, 2ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 1985, especialmente pp. 133-142, 185-199; *idem*, “Jurisdicción constitucional y protección de los derechos humanos en Latinoamérica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Caracas, CIEDLA-Konrad Adenauer Stiftung, 1995, pp. 45-112; *idem*, “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 226-229.

53. Lo anterior, por lo que respecta a las cortes y tribunales constitucionales europeos, pero también en Latinoamérica se advierte esta tendencia hacia el predominio de las funciones de tutela de los derechos humanos en su última instancia en los tribunales, cortes y salas constitucionales y en las transformaciones recientes de cortes y tribunales supremos, particularmente debido a la influencia europea continental o kelseniana, pero sin suprimir esa protección por medio del control difuso, que ha predominado en nuestra región debido al modelo que puede calificarse como americano, ya que ambos paradigmas (europeo y americano) se aproximan de manera irreversible y de manera creciente, por medio de “sistemas mixtos⁵⁴, duales o paralelos”.

54. En Latinoamérica la preeminencia de las funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la protección de los derechos humanos ha sido más evidente que inclusive en los ordenamientos europeos continentales que se han señalado anteriormente, debido a que durante una época muy amarga predominaron en nuestra región gobiernos autoritarios, varios de ellos de carácter castrense, que violaron sistemáticamente los derechos fundamentales, y si bien esa época parece superada en la actualidad, o al menos es lo que se desea, se pueden señalar algunas recaídas temporales en algunos de nuestros países. Con ese trágico recuerdo y la posibilidad del restablecimiento de regímenes autoritarios con apariencia democrática, es muy comprensible que en Latinoamérica dichos organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos constitucionales concentren su atención en la tutela de los derechos humanos.

55. En efecto, los tribunales, cortes y salas constitucionales, así como las cortes y tribunales supremos, en la actualidad se han convertido de manera preeminente en la última instancia de resolución de los instrumentos de tutela de los derechos humanos, los que se plantean previamente ante la jurisdicción ordinaria. Como consecuencia de este dinámico desarrollo se han perfeccionado los instrumentos, predominantemente procesales de protección de los derechos fundamentales y han aumentado paulatinamente su ámbito de protección, y por ello resuelven mayoritariamente en último grado los juicios, recursos o acciones de amparo y de hábeas corpus, y sus equivalentes, tales como el *mandado de segurança* brasileño, el recurso de protección chileno y la acción de tutela colombiana, así como otros

⁵⁴ García Belaúnde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional. La justicia constitucional a fines del siglo XX*, Huancayo, Perú, año VI, núm. 6, 1998, pp. 140-153.

procedimientos dirigidos a la tutela de derechos específicos, entre ellos las acciones populares y el hábeas data, que han sido adoptados recientemente por varios ordenamientos de nuestra región⁵⁵.

56. Para abordar este complejo tema haremos una breve descripción de estos organismos especializados de solución de conflictos constitucionales que se han establecido en Latinoamérica, y su preeminencia en cuanto a sus facultades, para la tutela de último grado de los derechos humanos⁵⁶.

57. A) El movimiento hacia el establecimiento de organismos jurisdiccionales especializados inspirados en el modelo europeo se inició en 1965, cuando la Constitución de la República de Guatemala, del 15 de septiembre de ese año, estableció la Corte de Constitucionalidad, específicamente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad planteados por órganos del Estado, y si sus fallos eran estimatorios, tenían efectos *erga omnes*. No era un tribunal permanente, sino que se formaba cada vez que se planteaba dicho recurso. El procedimiento estaba regulado por la Ley de Amparo, Hábeas Corpus y de Constitucionalidad, del 3 de mayo de 1966. Al carecer de una situación permanente y, además, debido a la situación de inestabilidad política y social de dicho país en esos años, el citado Tribunal tuvo una pobre y escasa actividad, y además fue suprimido formalmente

⁵⁵ Fix-Zamudio, Héctor, "Evolución y perspectivas del derecho de amparo mexicano y su proyección internacional", *Revista Jurídica de Macau*, en el número monográfico sobre *O direito de amparo em Macau e em direito comparado*, Macau, 1999, pp. 11-56; *idem*, "El juicio de amparo mexicano, su proyección latinoamericana y en los instrumentos internacionales", *Memoria de El Colegio Nacional, 1999*, México, El Colegio Nacional, 2000, pp. 53-114. Ambos estudios incorporados en el libro del propio autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª. ed., México, Porrúa-UNAM, pp. 795-846 y 847-912, respectivamente.

⁵⁶ La bibliografía sobre este tema es muy abundante, por lo que sólo cito algunas obras que parecen significativas: *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1995; el libro *Los procesos de amparo y de hábeas corpus. Un análisis comparado*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000, en el que se hace un cuidadoso análisis de los jueces y tribunales competentes para conocer de dichos procesos tutelares y su resolución final, ya sea por los tribunales constitucionales o por las cortes supremas; Eguiguren Praeli, Francisco, "Los tribunales constitucionales de la región andina: una visión comparativa", *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 4, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 43-92; Fix-Zamudio, Héctor, "Los tribunales y salas constitucionales en Latinoamérica", *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 59-74; Brewer Carías, Allan R., "La jurisdicción constitucional en América Latina", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, *cit.*, nota 51, pp. 116-161; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2002.

por alguno de los varios gobiernos militares que se apoderaron sucesivamente del gobierno⁵⁷.

58. Dicha Corte de Constitucionalidad fue restablecida por la carta fundamental del 31 de mayo de 1985, que sirvió de apoyo a la recuperación de la normalidad democrática. El artículo 268 de la mencionada Constitución introdujo nuevamente la Corte de Constitucionalidad, pero con carácter permanente, la cual posee jurisdicción privativa en materia constitucional, y conoce esencialmente en último grado de tres procesos, es decir: a) de exhibición personal o hábeas corpus; b) amparo constitucional, y c) declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas con efectos generales. Dicho precepto fue desarrollado por la Ley de Hábeas Corpus, de Amparo y de Constitucionalidad, del 8 de enero de 1986⁵⁸.

59. B) El Tribunal Constitucional chileno fue creado por la reforma promulgada el 21 de enero de 1970 al artículo 78, h, de la Constitución anterior de 1925, y se constituyó el 10 de septiembre de 1971, con apoyo en la regulación de los autos acordados de la Corte Suprema, publicados los días 29 de noviembre y 11 de diciembre del mismo año. Se apartó de los modelos de tribunales constitucionales italiano y federal alemán, ya que se inspiró esencialmente en el Consejo Constitucional francés, en cuanto conocía de manera preventiva de las leyes aprobadas por el Congreso, y además funcionaba como un tribunal de conflictos entre los órganos del Estado, y en esta atribución fue muy activo en la difícil época del gobierno del presidente Salvador Allende, que se encontró en controversia permanente con la oposición mayoritaria del órgano Legislativo⁵⁹.

60. Dicho Tribunal fue suprimido, como era de esperarse, por el gobierno militar, que dio un golpe de Estado contra el presidente Allende, pero la misma junta castrense presidida por el general Augusto Pinochet, de manera inesperada, restableció dicho Tribunal en la Constitución de 1980, expedida tras un plebiscito muy discutible, en sus artículos 81 y 83, reglamentados por la Ley Orgánica del Tribunal promulgada por el mis-

⁵⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Tribunales constitucionales y derechos humanos*, cit., nota 52, pp. 133-140.

⁵⁸ García Laguardia, Jorge Mario, *La Corte Constitucional (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y competencias. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, núm. 8, 1994; Fernández Segado, Francisco y García Belaúnde, Domingo, "La jurisdicción constitucional en Guatemala", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., nota 51, pp. 649-685.

⁵⁹ Silva Cimma, Enrique, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1976, pp. 63-220.

mo gobierno castrense el 12 de mayo de 1981, pero con facultades disminuidas, ya que se suprimieron las atribuciones relativas a los conflictos de competencia, y sólo se le otorgaron los de conocer de manera preventiva de las leyes aprobadas por el Congreso (entonces en receso), por lo que la actividad de dicho organismo jurisdiccional fue prácticamente nula.

61. Con motivo de un segundo plebiscito, realizado en 1989, éste sí auténtico, que restableció el gobierno constitucional y permitió el funcionamiento del Congreso, y además la introducción de pocas, pero muy importantes modificaciones al texto original de la carta de 1980, se normalizaron las facultades y las actividades de dicho Tribunal Constitucional, las cuales se centraron en el control preventivo de la inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional; de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional; de preceptos legales y con jerarquía de ley, así como del control obligatorio de las leyes interpretativas de la Constitución o de las llamadas leyes orgánicas, así como otras de carácter secundario. Por tanto, el Tribunal Constitucional chileno no encontraba dentro de su competencia el conocimiento y la decisión en último grado del llamado recurso de protección (similar al amparo, ya que con este nombre se conoce el hábeas corpus únicamente), conferido a la Corte Suprema (no obstante que tiene el carácter de tribunal de casación), competencia que fue objeto de severas críticas por la doctrina, y de intentos de reforma constitucional, que no se lograron aprobar entonces, por los resabios de la anterior dictadura⁶⁰.

62. Finalmente, al cambiar la composición del Congreso, expresamente del Senado, que era un obstáculo con los llamados senadores vitalicios, que fueron suprimidos (entre ellos se encontraba el general Pinochet, cuya investidura fue anulada con motivo de los diversos procesos que se le han seguido en Chile, durante los últimos años de la Presidencia de Ricardo Lagos, se logró la tan esperada reforma constitucional, que se promulgó el 18 y se publicó el 26 de agosto de 2005, y que logró superar un buen porcentaje de los restos de autoritarismo que quedaban).

63. Esta reforma constitucional es sustancial en varias materias, y continuó las que se habían realizado con motivo del plebiscito de 1989, que logró terminar con el gobierno de la junta militar presidida por el general Augusto Pinochet, pero quedaron varias disposiciones autoritarias en la Carta de 1980. Recuerdo un reporte periodístico publicado en 1988, cuan-

⁶⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, "La jurisdicción constitucional en Chile", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit.*, nota 6, pp. 542-561.

do se iniciaba la tramitación del citado plebiscito, esta vez sí auténtico, ya que en lo particular me mantenía informado de la actividad del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el que colaboró eficazmente en la preparación del personal que organizó dicha consulta popular.

64. En ese reportaje se relataba una entrevista de un reportero internacional al citado general Pinochet, sobre los posibles resultados de dicha consulta. El presidente de la junta le contestó con gran desfachatez, a la pregunta del citado entrevistador, que tenía la seguridad de obtener la victoria en el plebiscito, y que si bien de manera remota existía la posibilidad de que tuviera resultados negativos. El general Pinochet reconoció que existía esa lejana posibilidad, y pronunció una frase que se me quedó grabada: “No estoy preocupado por el plebiscito, ya que si lo gano me quedo (como presidente), pero si lo pierdo no me voy”, que fue lo que ocurrió, ya que el general se aseguró de que en el nuevo gobierno democrático se quedara con el cargo muy significativo de comandante del ejército, y además logró que se mantuvieran en la carta fundamental varios preceptos que le garantizaron por mucho tiempo prerrogativas a sus partidarios, como los cargos de senadores vitalicios, cargo para el cual fue designado cuando terminó su comisión militar, y del que fue privado debido a los juicios que se siguieron a las atrocidades que se cometieron durante el gobierno castrense que encabezó y que dio el golpe de Estado de 1973, que derrocó al gobierno del presidente Salvador Allende, quien perdió la vida en los enfrentamientos.

65. Se ha señalado con anterioridad, que con motivo del citado plebiscito de 1989 se lograron algunos cambios importantes en cuanto a la democratización de las estructuras y funciones de los órganos de gobierno, pero que no fueron suficientes para eliminar algunas disposiciones que fueron establecidas en la carta de 1980 por el régimen militar, en particular en cuanto al nombramiento y funciones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. Durante varios años los gobiernos democráticos pretendieron hacer reformas importantes que suprimieran los obstáculos establecidos astutamente por el gobierno castrense y sus partidarios civiles, que no eran pocos.

66. Finalmente, el presidente Lagos logró una modificación sustancial de la citada carta de 1980, por conducto de las modificaciones constitucionales contenidas en el decreto 100, publicado en el *Diario Oficial* del 22 de septiembre de 2005, el cual se concentró esencialmente en las funciones de justicia constitucional del organismo jurisdiccional especializado, que se reforzaron de manera sustancial (artículos 92 y 94 del nuevo texto).

67. En cuanto a la estructura y funciones del Tribunal Constitucional, se dio un gran avance, en cuanto se modificó el sistema anterior de nombramiento, establecido en la carta de 1980, en el cual estaba asegurada la participación del gobierno autoritario de entonces, en cuanto los siete magistrados de dicho Tribunal eran designados de la siguiente manera: tres ministros de la Corte Suprema electos por ésta por mayoría absoluta en votaciones sucesivas y secretas; un abogado designado por el presidente de la República; dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, con participación militar, y un abogado elegido por el Senado por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

68. Previamente a la reforma constitucional de 2005, además del sistema de designación de los miembros del Tribunal Constitucional mencionado en el párrafo anterior, dicho organismo jurisdiccional especializado poseía facultades de justicia constitucional limitadas, ya que podía conocer de conflictos de competencia y atribución entre los órganos del Estado, así como la decisión sobre la conformidad de las leyes orgánicas constitucionales, de manera obligatoria y con anterioridad a su promulgación⁶¹, estas últimas consideradas como ordenamientos reforzados para desarrollar normas fundamentales, y por ello varios ordenamientos latinoamericanos los han introducido en los últimos años⁶², si bien todavía existen

⁶¹ Las leyes orgánicas constitucionales, inspiradas en el modelo francés y español, son aquellas que requieren una mayoría calificada de los miembros de las Cámaras legislativas para su aprobación, y generalmente las Constituciones respectivas señalan las materias, relacionadas de desarrollo constitucional que deben sujetarse a dichos requisitos. *Cfr.* Fix-Zamudio, “Breve introducción a las leyes orgánicas constitucionales”, *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2003, pp. 479-514; Sepúlveda, Ricardo, *Las leyes orgánicas constitucionales. El inicio de una nueva constitucionalidad en México*, México, Porrúa-UNAM, 2006. Este autor estudia la posibilidad de establecer en México las leyes orgánicas constitucionales, y formula propuestas concretas para introducirlas con la denominación de “leyes de desarrollo constitucional”.

⁶² En los dos estudios mencionados en la nota anterior se mencionan como ordenamientos constitucionales iberoamericanos en los cuales se regulan las leyes orgánicas constitucionales: en Europa, Francia y España. En América Latina, por época de introducción: Venezuela (Constituciones de 1961), artículo 163; y carta fundamental de 1993, artículo 63); Chile (Constitución de 1980, reformada en 1989 y 2005, artículo 63); Brasil (Constitución Federal de 1988, artículos 59 y 68, calificadas como leyes complementarias); Colombia (Constitución de 1991, artículos 203 y 203, que son denominadas leyes estatutarias, pero que también comprenden a las leyes orgánicas, que sólo requieren una votación de mayoría absoluta); Argentina (Constitución Federal de 1853-1860, reformada esencialmente en 1994, en varios preceptos); Ecuador (Constitución de 1948, en su reforma de 1998, artículos 142 y 143).

resistencias entre los juristas que dudan de la eficacia de dichas leyes o las consideren como obstáculos autoritarios, al conservarse en el texto constitucional vigente en Chile⁶³. Además, la decisión final sobre los instrumentos protectores de los derechos humanos se conferirían en último grado a la Suprema Corte de Justicia, así como el recurso de aplicabilidad relativo a la impugnación de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas con efectos particulares.

69. Las citadas reformas de 2005 modificaron el sistema de nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional y ampliaron sustancialmente las facultades del citado organismo jurisdiccional especializado. En cuanto a la designación de dichos magistrados, cuyo número se elevó a diez, uno de los aspectos esenciales de las reformas de 2005 fue trasladar la competencia del recurso de inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, pero con la facultad de dicho organismo jurisdiccional de declarar la inconstitucionalidad de las normas legislativas con efectos generales; resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades político-administrativas y los tribunales de justicia, y pronunciarse sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, los tribunales de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones. Todas estas atribuciones son importantes, pero se debe destacar que actualmente dicho organismo jurisdiccional especializado carece de competencia para pronunciarse en último grado sobre los instrumentos básicos de protección de los derechos fundamentales (recurso de hábeas corpus, conocido como amparo, y el llamado recurso de protección, artículos 20 y 21 constitucionales), que en realidad pueden calificarse de acciones, no obstante su denominación oficial. Estos instrumentos pueden promoverse por los afectados en primera instancia ante los tribunales de apelación, pero contra sus decisiones puede apelarse ante la citada Corte Suprema⁶⁴.

⁶³ Muñoz León, Fernando, "Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, t. I, pp. 115-129.

⁶⁴ Cumplido Cereceda, Francisco, "Reforma constitucional en Chile", en la obra citada en la nota anterior, pp. 105-113. Este autor considera que con las facultades que le fueron otorgadas por la reforma de 2005, el citado Tribunal Constitucional ha adquirido el carácter de un "superpoder en el sistema político chileno", lo cual no parece totalmente correcto, ya que lo que sucede con los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de los conflictos constitucionales, con independencia de su encuadramiento en el Poder Judicial o como órgano de control constitucional, por sus funciones se convierten en *organismos constitucionales autónomos*.

70. De acuerdo con la citada reforma de 2005, el Tribunal Constitucional chileno asume nuevas competencias, además de las que se le habían conferido por la carta de 1980, reformada primeramente en 1989, pero resultaría muy complicado realizar un resumen, así sea apretado, de todas y cada una de las complejas facultades de justicia constitucional, debido al propósito de este sencillo estudio⁶⁵. La ampliación esencial de la citada modificación constitucional de 2005 radica en la traslación del llamado *recurso de inaplicabilidad*, de la Corte Suprema, en la que anteriormente estaba situado, para su decisión exclusivamente con efectos particulares para las partes, al Tribunal Constitucional, sólo que este medio de impugnación de carácter incidental contra disposiciones normativas le otorga actualmente la posibilidad de producir una decisión con efectos *erga omnes*, de acuerdo con la competencia que se otorga generalmente a los organismos especializados en la solución de conflictos constitucionales, pero además significa que el control incidental con efectos particulares no es incompatible, especialmente en América Latina, con la declaración general por conducto del control concentrado.

71. Este procedimiento incidental puede ser interpuesto por jueces, tribunales o funcionarios públicos o autoridades administrativas ante las cuales se desarrolla la tramitación para la aplicación de disposiciones legislativas sobre las cuales pueden tener dudas a cerca de su conformidad con la Constitución, por medio de lo que la doctrina y en ocasiones también la regulación de dicha instancia califica como *cuestión de inconstitucionalidad*⁶⁶, pero una vez que existe un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad con efectos particulares, el Tribunal Constitucional estaba facultado para otorgarle efectos generales, y por tanto, expulsar la norma del ordenamiento jurídico. Esta decisión puede realizarse por dicho organismo jurisdiccional, por dos instrumentos, o sea, por una parte una acción pública de inconstitucionalidad, y en segundo término de oficio por el mismo

⁶⁵ Un completo y minucioso estudio de todas las atribuciones encomendadas al Tribunal Constitucional chileno en la reforma constitucional de 2005 puede consultarse en el excelente trabajo de Nogueira Alcalá, Humberto, "La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 10, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 241-280; *idem*, "El derecho y acción constitucional de protección (amparo de los derechos fundamentales en Chile a inicios del siglo XXI", *El derecho de amparo en el mundo*, *cit.*, nota 5, pp. 150-211.

⁶⁶ Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Tribunal, pero en ambos casos la decisión requiere una mayoría de cuatro quintos de sus integrantes⁶⁷.

72. Finalmente, se puede afirmar que el Tribunal Constitucional chileno, si bien posee amplias competencias en cuanto a la inconstitucionalidad de las normas legislativas, carece de la facultad de pronunciarse, como la mayoría de los organismos judiciales de resolución de conflictos constitucionales latinoamericanos, de manera final y definitiva sobre los medios procesales de tutela de los derechos fundamentales, ya que continúan dentro de la esfera de facultades de la Corte Suprema. La doctrina ha resaltado la necesidad de establecer una instancia de protección de dichos derechos ante el citado Tribunal Constitucional, a fin de que este organismo jurisdiccional tenga en esta materia esencial, el pronunciamiento final sobre estos instrumentos (los llamados recursos de protección y de hábeas corpus o de amparo)⁶⁸.

73. C) La Corte Constitucional colombiana fue introducida por los artículos 229 a 245 de la carta fundamental del 7 de julio de 1991. De acuerdo con los citados preceptos, a dicha Corte le corresponde la guarda de la integridad y de la supremacía de la Constitución, por lo que conoce, por acción popular, de las cuestiones de constitucionalidad relativas a la reforma de la ley suprema (exclusivamente por vicios de procedimiento); de la inconstitucionalidad tanto de las leyes expedidas por el órgano Legislativo como de los decretos legislativos y los dictados con fuerza de ley por el Ejecutivo, competencias que anteriormente correspondían a la Corte Suprema de Justicia. A partir de dicha carta fundamental, a dicho organismo jurisdiccional especializado le corresponde conocer de la revisión de las decisiones judiciales sobre la acción de tutela (equivalente al amparo), para protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente. Los preceptos anteriores fueron desarrollados por el decreto 2067, del 4 de septiembre de 1991, en el cual se establece el régimen procedimental de los procesos que deben seguirse ante la citada Corte Constitucional⁶⁹.

⁶⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, "La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional", *cit.*, nota 65, pp. 250-255.

⁶⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, "La jurisdicción constitucional en Chile", *cit.*, nota 60, pp. 562-569.

⁶⁹ SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10a. ed. Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, pp. 130-135; Rey Cantor, Ernesto, *Introducción al derecho procesal constitucional. Controles de constitucionalidad y de legalidad*, Cali, Universidad Libre, 1994, pp. 45-84; Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de la constitucionalidad en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez,

74. D) Aun cuando la República de Ecuador estableció un organismo jurisdiccional especializado con la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales desde la carta de 1945, restablecido en las Constituciones de 1967 y 1978, su integración y funciones han sido ambiguas, por lo que en realidad puede afirmarse que sólo contó con plenas facultades en materia de control de la constitucionalidad, y se reguló con precisión en el texto codificado de la última de las cartas mencionadas, que entró en vigor el 11 de agosto de 1998, con el nombre de Tribunal Constitucional (artículos 275-279). En esencia, dicho organismo especializado conoce de un control abstracto de constitucionalidad de disposiciones legislativas; del control constitucional de actos administrativos; de la objeción de inconstitucionalidad que hace el presidente de la República respecto de un proyecto de ley aprobado por el Congreso; realiza un examen previo de la constitucionalidad de instrumentos internacionales; resuelve los conflictos de competencia o de atribución entre los órganos del Estado, y lo que es más importante, conoce de la última instancia de las acciones de hábeas corpus, de hábeas data y de amparo⁷⁰. El procedimiento para tramitar dichos instrumentos está regulado por la Ley del Control Constitucional publicada el 2 de julio de 1997.

75. En la Constitución peruana de 1979 se introdujo el Tribunal de Garantías Constitucionales (artículos 296-304), con facultades para conocer en última instancia de las acciones de hábeas corpus y de amparo, así como en forma directa de la acción de inconstitucionalidad, cuya decisión en caso de ser estimatoria producía efectos generales. Las citadas disposiciones fundamentales fueron reglamentadas por la Ley Orgánica del Tribunal, promulgada el 19 de mayo de 1982, y complementada por la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo, promulgada el 7 de diciembre del mismo año⁷¹. El citado tribunal tuvo pocos años de actividades, y además tenía defectos de organización y de funcionamiento, por lo que conoció de manera

1996, pp. Cifuentes Muñoz, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., nota 6, pp. 469-497.

⁷⁰ Salgado Pesantes, Hernán, "La jurisdicción constitucional en Ecuador", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., nota 51, pp. 573-590; *idem*, "La garantía de amparo en el Ecuador", *El derecho de amparo en el mundo*, cit., nota 5, pp. 305-331.

⁷¹ Eguiguren Praeli, Francisco José, "El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad", *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas, núm. 7, 1991, pp. 48-58; Valle Riestra, Javier, "El fracaso de la Constitución", *Lecturas constitucionalidades andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, pp. 20-23; Borea Odría, Alberto, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, Lima, Libros Peruanos, 1992, pp. 407-425.

muy restringida algunas acciones de inconstitucionalidad interpuestas por varios diputados sobre problemas de carácter electoral en relación con los votos preferenciales, nulos y en blanco⁷², pero la mayor parte de los asuntos que conoció se refirieron a la última instancia de las acciones de hábeas corpus y de amparo.

76. En virtud de que dicho Tribunal fue suprimido por el autogolpe del presidente Alberto Fujimori, del 5 de abril de 1992, se expidió una nueva Constitución aprobada en referéndum del 31 de octubre de 1993, la cual sustituyó dicho organismo jurisdiccional especializado por el Tribunal Constitucional (artículo 92), el que fue reglamentado por la Ley Orgánica de dicho Tribunal, del 27 de diciembre de 1994, y publicada el 10 de enero de 1995. Se conservaron las facultades del anterior organismo especializado en cuanto al conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad con efectos generales, de los conflictos de competencia constitucionales, y además, del *último grado de las tradicionales acciones de hábeas corpus y de amparo, a las que se agregaron nuevos instrumentos tutelares de las acciones de hábeas data, populares y de cumplimiento*, estos últimos introducidos en esa nueva carta fundamental. Dicho tribunal tuvo muchos problemas y obstáculos para su funcionamiento, si se toma en cuenta que para declarar la inconstitucionalidad de normas generales se requerían seis de siete votos. Además, por problemas políticos, tres de sus magistrados fueron destituidos de manera ilegal por el Congreso y tuvieron que ser reintegrados en cumplimiento de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷³. Con la renuncia forzada del ex presidente Fujimori, y el establecimiento de un gobierno de transición, se ha modificado la legislación a fin de que el citado Tribunal tenga una función equiparable con otros organismos especializados de la región.

77. Se han hecho reformas posteriores a la citada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y además muy recientemente se expidió el Código Procesal Constitucional, el cual unificó todos los procesos y procedimientos de control de la constitucionalidad, e implicó un cambio significativo en esta materia.

78. Haré una breve referencia a las cortes supremas latinoamericanas, que poseen entre sus funciones la decisión sobre cuestiones de constitucio-

⁷² Valle Riestra, Javier, *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso de los votos nulos y blancos*, Lima, Labusa, 1986.

⁷³ *Cfr.* fallo del 31 de febrero de 2001, caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano) contra Perú.

nalidad, aun cuando conserven también atribuciones en cuanto a la legalidad de los actos de autoridad. En esta dirección se pueden mencionar: A) el Tribunal Supremo de Brasil, y B) la Suprema Corte de Justicia mexicana.

79. A) Por lo que respecta al Tribunal Supremo Federal de Brasil, se puede afirmar que si bien en las cartas fundamentales anteriores (1934, 1946 y 1967-1969) se le atribuyeron facultades restringidas para decidir sobre normas generales contrarias a la ley suprema, siendo la Constitución del 5 de octubre de 1988 la que inició una evolución para conferir a dicho Tribunal, competencias amplias y crecientes para resolver sobre la conformidad de disposiciones legislativas con dicha carta suprema, que continuó en las sucesivas reformas de 1991, 1993 y 2004⁷⁴.

80. Las diversas competencias del citado Tribunal Supremo Federal en esta materia son muy complejas, pero la tendencia es la de otorgar predominio a sus atribuciones de justicia constitucional, y por ello se califica a dicho organismo jurisdiccional como *Guardián de la Constitución*. De manera sintética es posible enumerar dichas atribuciones: a) en primer término, dos acciones abstractas denominadas por el artículo 102, fracción I, inciso a), como *acción directa de inconstitucionalidad de normas legislativas o de actos normativos federales o locales* (en este sentido se entienden tanto las disposiciones generales propiamente dichas como otras normas generales, inclusive de autoridades administrativas), y *acción declaratoria de inconstitucionalidad de normas federales*, con inclusión de la *inconstitucionalidad por omisión legislativa* (pero con el efecto de comunicar al órgano respectivo dicha decisión). Respecto de dichas acciones, éstas se tramitan por conducto de un *control* concentrado, en cuanto conoce de ellas directamente dicho Tribunal Supremo. Aun cuando no lo señala expresamente dicho precepto constitucional, las decisiones de dicho organismo jurisdiccional supremo poseen efectos generales o *erga omnes*.

81. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103 de la citada carta federal del Brasil, están legitimados para interponer las acciones de inconstitucionalidad o de la declaratoria de inconstitucionalidad, el presidente de la República, las mesas directivas del Senado o de la Cámara de Diputados del Congreso Federal; las mesas directivas de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal; el procurador general de la República; el Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Brasil; un partido político con representación en el Congreso Nacional, así como confederaciones sindicales, o entidades de clase de ámbito nacional. Cuando

⁷⁴ Afonso da Silva, José, *Comentário contextual á Constituição*, São Paulo, 2005, pp. 534-558.

alguna de dichas acciones no es presentada por el procurador general de la República, éste debe ser oído previamente a la resolución de la misma, así como en todos los procesos de competencia del citado Tribunal Supremo. Además, el abogado general de la Unión debe ser consultado cuando el Tribunal Supremo conozca en abstracto de una norma legislativa o acto normativo, con el fin de hacer la defensa de las disposiciones impugnadas. Finalmente, cuando el mencionado organismo jurisdiccional declare la inconstitucionalidad por omisión de una disposición o acto normativo, dará cuenta al órgano competente para la adopción de las providencias necesarias, pero si se trata de un organismo administrativo debe cumplir dicho fallo en el plazo de treinta días (artículo 103 constitucional, párrafos primero a cuarto).

82. b) *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad* contra las decisiones de tribunales inferiores en única o última instancia, sobre la constitucionalidad de disposiciones legislativas o actos normativos aplicables en los procesos concretos de que conocen, lo que significa un control difuso, por lo que la decisión del Tribunal Supremo sólo tiene efectos particulares para las partes en los procesos en los cuales se plantea. Como ya se ha dicho reiteradas veces, en Latinoamérica no deben considerarse incompatibles el control concentrado con el difuso de inconstitucionalidad. También deben decidirse en esta vía la constitucionalidad de los tratados internacionales, y declarar la validez de una ley local que contraste con una de carácter federal (artículo 102 constitucional, fracción III).

83. c) *Recurso ordinario de inconstitucionalidad*, que tiene por objeto que el Tribunal Supremo Federal conozca y decida de manera definitiva y última sobre los instrumentos de protección de los derechos fundamentales, es decir, el hábeas corpus (para la tutela de los derechos de libertad y la integridad personales), y el *mandado de segurança* (que algunos autores han traducido al castellano como *mandamiento de amparo*, por su similitud con este último y que protege los restantes derechos humanos); *hábeas data* y *mandado de injunção* (estos dos últimos los explicaremos más adelante, véanse párrafos 120-127) cuando decidan sobre estos instrumentos tutelares de manera denegatoria en última instancia los tribunales superiores (artículo 102, fracción II). Sin embargo, el citado Tribunal conoce directamente y en única instancia de dichos instrumentos protectores, incluyendo el hábeas data, cuando se promueven contra actos o resoluciones del presidente o vicepresidente de la República; de las mesas directivas de las dos Cámaras del Congreso Federal; del Tribunal de Cuentas de la Unión; del procurador general de la República o del propio Tribunal Supremo (artículo 102, fracción I, inciso d).

84. Con acierto, el eminente constitucionalista brasileño, José Afonso da Silva, define a este sector, de acuerdo con la denominación adoptada por el ilustre jurista italiano Mauro Cappelletti, recientemente fallecido, como *jurisdicción constitucional de la libertad*⁷⁵. Desde mi punto de vista es la atribución de mayor significado que asume dicho Tribunal Supremo, como lo he sostenido en esta sección (artículo 102 de la carta federal, fracción segunda).

85. d) *Conflictos de competencia y atribución* entre la Unión y los estados o el Distrito Federal o entre unos y otros, o con un territorio (artículo 102 de la carta federal, fracción I, incisos e y f). También se ocupa dicho Tribunal de algunas causas penales de funcionarios de la mayor jerarquía (artículo 102, fracción I, inciso b)⁷⁶.

86. B) La Suprema Corte de Justicia de México, creada en 1825, bajo la Constitución Federal de 1824, siguió formalmente la estructura y funciones de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, de acuerdo con la Ley Judicial de 1789, pero la competencia original del organismo judicial estadounidense que se consagró en dicho texto constitucional no se aplicó en la práctica por la diversidad de desarrollo jurídico y cultural, y además por el peso de la tradición hispánica de tres siglos de dominio español, y en la realidad el más alto tribunal mexicano a partir de 1826, desempeñó la función de tribunal de apelación de los tribunales del Distrito Federal, hasta 1855, año en el cual se promulgó la Ley que estableció el Tribunal Superior del propio Distrito, y no fue sino con la consagración del juicio de amparo, introducido en el artículo 25 del documento fundamental denominado Acta de Reformas (a la citada carta federal de 1824), propuesto por el insigne jurista y político mexicano Mariano Otero, y consagrado definitivamente en los artículos 101 y 103 de la Constitución de 1857 (equivalentes a los artículos 103 y 107 de la carta federal vigente de 1917, pero

⁷⁵ En la obra citada en la nota anterior, pp. 551 y 552.

⁷⁶ Sobre las repercusiones de la enmienda constitucional número 45 del ocho de diciembre de 2004, en cuanto a las funciones de justicia constitucional del Tribunal Supremo de Brasil puede consultarse el documentado estudio de Barbosa Moreira, Juan Carlos, "A reciente reforma da Constituição brasileira e o Supremo Tribunal Federal", XX *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Problemas actuales del proceso iberoamericano. Ponencias y comunicaciones*, Málaga, Servicio de Publicaciones, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), 2006, vol. I, pp. 311-322. *Idem*, "El mandado de seguridad en Brasil", trad. del portugués por Adriana Lara Santana y Alejandro Anaya Huertas, en la obra *El derecho de amparo en el mundo*, cit. nota 5, pp. 123-157.

con un considerable desarrollo legislativo y jurisprudencial), cuando la Suprema Corte de México inició sus atribuciones de justicia constitucional⁷⁷.

87. Con la creación jurisprudencial por la Suprema Corte de Justicia de un nuevo sector del juicio de amparo a partir de 1869, considerándolo procedente contra todas las sentencias de todos los jueces del país, cuando se impugnaban por violaciones de la legalidad, con apoyo en una interpretación muy discutible del artículo 14 de la carta fundamental de 1857⁷⁸; dicho criterio del llamado amparo judicial fue acogido expresamente en los artículos 14 y 16 de la carta federal vigente. Este sector del amparo se convirtió en la práctica en un recurso de casación federal para el control de la legalidad de los citados órganos jurisdiccionales locales y federales, con lo cual la Suprema Corte mexicana se transformó predominantemente en un tribunal de casación, competencia que creó un gran rezago, que ha requerido numerosas reformas constitucionales y legales para abatirlo sin mucho éxito, como fue la creación de los tribunales colegiados de circuito en 1951, así como el creciente número de los mismos y el traspaso paulatino de la Corte a dichos tribunales de circuito, de asuntos judiciales que se consideraron de menor importancia en 1968. Como era previsible, este control de legalidad aumentó con el tiempo de manera excesiva, lo que produjo creciente rezago, ya que todos los asuntos judiciales del país se concentraron a partir de la mencionada jurisprudencia y hasta la introducción de los citados tribunales colegiados, en la Suprema Corte, situación que fue calificada en la primera década del siglo XX por el notable jurista mexicano Emilio Rabasa como la “imposible tarea de la Corte”⁷⁹. Este peso, que fue aumentado de manera incontenible, trajo como resultado que se oscureciera y limitara la esencial función de justicia constitucional de nuestro máximo tribunal, que por mucho tiempo se concentró de manera exclusiva al control de legalidad por medio del juicio de amparo⁸⁰. La misma Suprema Corte tenía, en teoría, el conocimiento de otro instrumento de

⁷⁷ Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte y el juicio de amparo”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., nota 51, pp. 467-575; Carrillo Flores, Antonio, “La Suprema Corte de Justicia mexicana y la Suprema Corte norteamericana. Orígenes semejantes, caminos diferentes”, *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, México, UNAM, 1987, pp. 215-286.

⁷⁸ Rabasa, Emilio, *El artículo 14. Estudio constitucional*, publicado originalmente en 1906, reproducido conjuntamente con el estudio del mismo autor, *El juicio constitucional*, México, Porrúa, 1955, pp. 95-102 y 313-322.

⁷⁹ Rabasa, Emilio, en la obra citada en la nota anterior, pp. 103 y 104.

⁸⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., nota 55, pp. 19-44.

control de constitucionalidad, calificado como *controversias constitucionales* (artículo 95 de la Constitución federal vigente de 1917)⁸¹, pero no se utilizó en la práctica, si se toma en consideración que solamente una sola controversia constitucional fue resuelta en cuanto al fondo en 1932⁸².

88. Después de varios intentos, que no cumplieron su cometido o lo hicieron parcialmente, se logró finalmente una reforma sustancial tanto constitucional como reglamentaria, que entró en vigor el 18 de enero de 1988, por medio de la cual se encomendó a la Suprema Corte de Justicia la facultad exclusiva de decidir las cuestiones de constitucionalidad, en particular el juicio de amparo contra normas generales, sin modificar la estructura del máximo tribunal, el cual continuó funcionando en cinco Salas de cinco ministros cada una, cuatro de ellas divididas por materias, y una de carácter auxiliar. En cuanto a las controversias sobre la legalidad de las resoluciones judiciales (amparo-casación), todas ellas se encomendaron a los tribunales colegiados de circuito, los que tuvieron un crecimiento acelerado tanto en número como en especialización, esto último en las principales ciudades del país. No obstante que el más alto tribunal conservó algunos aspectos casacionistas, desde el punto de vista material, se puede afirmar que se transformó esencialmente en un verdadero tribunal constitucional, si bien con atribuciones reducidas a los sectores del juicio de amparo en los cuales se plantearan controversias sobre constitucionalidad⁸³.

89. Esta evolución se perfeccionó con las reformas constitucionales y legales de 1995, ya que las mismas, en cuanto al control de la constitucionalidad, vigorizaron la labor de la Suprema Corte de Justicia en materia de justicia constitucional, inclusive en cuanto a su estructura, ya que se redujo el número de sus integrantes, de los veintiséis anteriores, a sólo

⁸¹ Artículo 105, controversias constitucionales en el artículo 105 de la carta de 1917, en su texto original, establecía; “Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como aquellas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la Ley”.

⁸² Fix-Zamudio, Héctor, “Presente y futuro de la casación civil a través del ajuicio de amparo”, y “El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos”, ambos en la obra citada en la nota anterior, pp. 237-284 y 619-666, respectivamente.

⁸³ *Cfr.*, entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional”, *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial de 1986-1987*, y *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, ambos publicados por Editorial Porrúa, 1987, pp. 345-390 y 495-541, respectivamente. *Id.*, “Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo mexicano”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *cit.*, nota 55, pp. 753-793.

once, número reducido que caracteriza a los tribunales, cortes y salas constitucionales en nuestra época⁸⁴. Además, en dicha reforma se extendió la competencia originaria del más alto tribunal en cuanto al conocimiento de las controversias constitucionales, las que se habían restringido en el artículo 105 original a los conflictos de competencia, para abarcar, a partir de dichas modificaciones, tanto a los municipios como legitimados para promoverlas, como también los llamados *conflictos de atribución* entre los diversos órganos del poder tanto de los estados, del Distrito Federal y del gobierno federal (excluyendo en estas últimas al Poder Judicial Federal encargado de resolver estos conflictos)⁸⁵. Esta norma fundamental fue desarrollada por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, publicada el 11 de mayo de 1995.

90. En esta reforma de 1995 se introdujo la llamada *acción (abstracta)*⁸⁶ *de inconstitucionalidad*, de origen europeo, con objeto de que las minorías parlamentarias (33% de cada Cámara Legislativa), pudieran impugnar las

⁸⁴ En general, los tribunales, cortes y salas constitucionales cuentan con un número más reducido de integrantes que los tribunales supremos de casación. El ejemplo lo ha proporcionado el sistema europeo de organismos jurisdiccionales autónomos especializados en la solución de conflictos constitucionales. Así, número limitado de los miembros de los tribunales constitucionales, la Corte Constitucional austriaca 14 titulares y 6 suplentes; Tribunal Federal Constitucional Alemán, es el más amplio con 16 miembros; Corte Constitucional italiana, 15; Consejo Constitucional francés, 9; Tribunal Constitucional español, 12; Tribunal Constitucional portugués, 13, y Tribunal de Arbitraje belga (que no obstante su denominación es jurisdiccional), 12. Por lo tanto, el número actual de los integrantes de la Suprema Corte mexicana, es decir, 11, posee una estructura similar, ya que como se ha señalado, materialmente se ha transformado en un verdadero tribunal constitucional. *Cfr.* Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. al castellano de Vicente Villacampa, Madrid, 1992, véase esp. cuadro sinóptico en las pp. 32 y 33.

⁸⁵ Sobre las controversias constitucionales se ha elaborado una copiosa bibliografía, por lo que nos limitamos a citar el estudio realizado por Fix-Zamudio, Héctor, en su libro *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 209-230 y los autores allí citados. También conviene referirse al estudio más reciente sobre esta materia, es decir, el de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La Suprema Corte de Justicia de México (de tribunal de casación a tribunal constitucional)", *Problemas actuales del proceso iberoamericano. Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Málaga, Servicio de Publicaciones del Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, 2005, t. I, *cit.* pp. 541-559. En cuanto a las controversias constitucionales, señala que a partir de 1995 hasta 2004 se habían presentado 873, p. 548.

⁸⁶ Sobre el carácter abstracto de la acción de inconstitucionalidad mencionada, puede consultarse el documentado estudio del joven y brillante jurista español Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000 (2ª. ed., 2004), pp. 51-59.

disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría tanto de las Cámaras del Congreso de la Unión como de las legislaturas locales. También se legitimó al procurador general de la República para interponer dicha acción. Una nueva reforma publicada el 22 de agosto de 1996, a la fracción I, del mencionado artículo 105 constitucional, otorgó legitimación a las dirigencias de los partidos políticos registrados para combatir las disposiciones legislativas en materia electoral, y finalmente, en una modificación constitucional muy reciente, publicada en 2006 al citado artículo 105 de la carta federal, también se facultó a la Comisión de Nacional de los Derechos Humanos para interponer dicha acción contra normas generales de carácter federal que en su concepto pudieran violar derechos fundamentales, y una atribución similar se confirió a las comisiones locales de derechos humanos para interponer dicha acción en sus respectivas esferas de competencia. Dicha acción fue desarrollada por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la carta federal, citada en el párrafo anterior (artículos 64-70)⁸⁷.

91. Es necesario señalar que las decisiones pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia en las controversias constitucionales y en las acciones de constitucionalidad, cuando son estimatorias y tengan la aprobación de ocho de los once magistrados que la integran, *tienen efectos generales para el futuro, y por ello no tienen carácter retroactivo, salvo cuando son favorables en la materia penal*, en el supuesto de que se impugnen normas generales (artículos 42-45, 72 y 73, respectivamente, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

92. Por el contrario, no obstante que la doctrina ha insistido desde hace bastante tiempo para que se le otorguen efectos generales al juicio de amparo contra disposiciones legislativas, como ya se ha impuesto en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos en relación con la im-

⁸⁷ También es extensa la producción bibliográfica sobre la acción de inconstitucionalidad, por lo que sería muy difícil citarla en esta oportunidad, y por ello también mencionaré únicamente el trabajo de Fix-Zamudio, Héctor, citado en el libro mencionado en la nota 85, con la bibliografía allí citada, pp. 231-246. En el estudio reciente de Ferrer Mac-Gregor, citado también en la nota anterior, se señala que se han interpuesto ante la Suprema Corte de 1995 a 2004, 222 acciones de inconstitucionalidad, p. 547. Consideramos útil citar el libro reciente de la ministra de la Suprema Corte de Justicia, Sánchez-Cordero y García Villegas, Olga, *Magistratura constitucional en México. Elementos de juicio*, México, UNAM, 2005.

pugnación de normas generales⁸⁸, este propósito todavía no se ha logrado, debido a que tradicionalmente se ha invocado la llamada “Fórmula Otero”, redactada por Mariano Otero en el artículo 25 del documento llamado “Acta de Reformas” de 1847 (a la carta federal de 1824), que a su vez se inspiró en el libro clásico de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América del norte*, en el capítulo relativo al Poder Judicial de los Estados Unidos, en el cual ha imperado el control difuso, de acuerdo con el cual todos los jueces, con independencia de su jerarquía, tienen la obligación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo VI de la carta federal, de desaplicar en cada caso concreto las disposiciones legislativas, cuando sean contrarias a la misma Constitución. Esta redacción fue incorporada a las Constituciones federales de 1857 (artículo 102) y a la vigente de 1917 (artículo 107, fracción II).

93. Si bien no se ha logrado su aprobación por parte del órgano de reforma constitucional (artículo 135 de la carta federal, aprobación de las dos Cámaras del Congreso de la Unión por mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes y la mayoría de las legislaturas de los estados), se ha presentado una iniciativa reciente por senadores de varios partidos, con apoyo en las modificaciones constitucionales y legales del proyecto aprobado por la Suprema Corte de Justicia en mayo de 2001, que

⁸⁸ Fix-Zamudio, Héctor, varios estudios, entre los que pueden mencionarse: “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98, y posteriormente incorporado al libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., nota 55, pp. 183-226; *idem*, “La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 11, septiembrediciembre de 1979, pp. 64-694, y posteriormente en el libro *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 439-493; *idem*, “Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”, en el libro del mismo nombre, México, UNAM, 1977, reproducido en la obra *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 131-154; *idem*, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, 2001, pp. 89-155; *idem*, “La declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo y el juicio de amparo mexicano”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 87-142; Castro, Juventino, V., *Hacia el amparo evolucionado*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1977, pp. 34-44; Vallarta Plata, José Guillermo, “El Poder Judicial y el sistema de la declaración de inconstitucionalidad”, *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, cit. en esta misma nota, pp. 169-186; Aguilar Álvares y de Alba, Horacio, *El amparo contra leyes*, México, Trillas, 1989, pp. 109-128; Castillo Soberanes, Miguel Ángel, “La declaración general de inconstitucionalidad como medio de depuración del sistema jurídico mexicano”, *Ars Iuris. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, núm. 6, 1991, pp. 49-72.

incluye una propuesta de nueva Ley de Amparo, reglamentaria de estos cambios, el principal de los cuales es, por supuesto, la largamente esperada declaración general de inconstitucionalidad, que como ya se ha expresado (véase párrafo 92), se ha establecido en las sentencias estimatorias de la Suprema Corte de Justicia en relación con las controversias constitucionales, cuando se impugnan normas generales y de la acción abstracta de inconstitucionalidad, pero ahora se aplicaría también en los juicios de amparo contra disposiciones legislativas.

94. En los proyectos tanto de reformas constitucionales como de una nueva Ley de Amparo no se proponen cambios sustanciales o al menos al nivel de numerosos ordenamientos contemporáneos, en los que es suficiente un solo fallo de constitucionalidad con efectos generales para que se produzca la invalidez de las normas legislativas que se estiman contrarias a la carta suprema. Debido a que ha sido tradicional y prolongada la aplicación absoluta de la llamada fórmula Otero, no se propone su supresión, sino exclusivamente su modificación, pero de manera prudente y moderada, y casi podríamos calificarla de conservadora, ya que no se cambia sustancialmente el régimen anterior.

95. Además, con el propósito de atenuar los efectos de la declaración general de inconstitucionalidad, en el proyecto de modificaciones tanto constitucionales como legales se propone la introducción del instrumento bien conocido en otros tribunales y cortes constitucionales de nuestra época con el nombre de *interpretación conforme*, de acuerdo con la cual antes de realizar la citada declaración general debe efectuarse el intento de armonizar las disposiciones generales impugnadas con la Constitución, y ello es posible, si se establece una interpretación obligatoria, de acuerdo con la cual la citadas normas pueden considerarse conformes con la carta fundamental, como lo expresé con anterioridad.

96. Como se ha afirmado con anterioridad, tanto las propuestas de modificaciones constitucionales como las del texto del proyecto de Ley de Amparo no pueden considerarse como de carácter radical, ya que el régimen que se pretende introducir tiene las siguientes modalidades (artículos 230 a 233 del Proyecto de Nueva Ley de Amparo):

97. a) En primer término, la declaración general de inconstitucionalidad únicamente procedería tratándose de lo que hemos calificado como *acción de inconstitucionalidad*; es decir, aquella que se interpone directamente contra los actos de expedición, promulgación y publicación de las normas legislativas y se señalan como autoridades demandas a aquellas que han intervenido en el procedimiento legislativo, el cual tiene dos instancias: la primera ante un juez de distrito, y la segunda por conducto del

calificado como recurso de revisión (en estricto sentido de apelación) ante la Suprema Corte, la que dicta la sentencia definitiva y firme, y por tanto no se aplicaría a las decisiones pronunciadas respecto de cuestión de inconstitucionalidad del llamado amparo directo o de una sola instancia contra resoluciones judiciales (que se puede calificar como recurso de inconstitucionalidad), cuya decisión final corresponde a los tribunales colegiados, que en ocasiones admiten una segunda instancia ante la Suprema Corte, debido a ello es posible concebir a este sector como recurso de inconstitucionalidad, por lo que respecto de dichos juicios contra resoluciones judiciales se mantendría la mencionada fórmula Otero, en cuanto a la des aplicación de normas generales en cada caso concreto y con efectos sólo entre las partes⁸⁹.

98. b) En segundo lugar, para que pueda tener efectos la declaración general de inconstitucionalidad se requiere que se integre jurisprudencia obligatoria por la Suprema Corte de Justicia. De acuerdo con el artículo 194 de la vigente Ley de Amparo, modificado por la décima quinta transitoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de mayo de 1995 (precepto que fue incorporado posteriormente en el actual artículo 192, segundo párrafo, de la misma Ley de Amparo, por la reforma publicada el 9 de junio de 2000), dicha jurisprudencia se integra con cinco resoluciones en el mismo sentido aprobadas por al menos ocho de once ministros. En esta dirección, la innovación respecto de la citada jurisprudencia obligatoria consiste en reducir de cinco a tres el número de resoluciones de la Suprema Corte, de manera que la declaración de inconstitucionalidad que produzca efectos generales debe pronunciarse en tres resoluciones aprobadas por al menos ocho ministros del tribunal en pleno en tres sesiones distintas.

V. LA EVOLUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS CONSTITUCIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS TRIBUNALES, CORTES Y SALAS CONSTITUCIONALES EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS

99. Como se ha destacado en los párrafos anteriores, en la actualidad la función de mayor trascendencia de los organismos jurisdiccionales espe-

⁸⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, cit., nota 85, pp. 267, 268, 294 y 295.

cializados en la solución de conflictos constitucionales en los ordenamientos latinoamericanos consiste en la protección de los derechos humanos tanto constitucionales como de fuente internacional. Es preciso señalar la dolorosa experiencia tanto histórica como reciente de la violación sistemática y generalizada de dichos derechos fundamentales, realizada por los caudillos que establecieron una tradición autoritaria durante el siglo XIX, así como por los gobiernos castrenses que predominaron en varios de los países de nuestra región durante los años sesentas a los ochentas del siglo XX, que con algunas recaídas parecen haber sido superados en la actualidad, con la consolidación mayoritaria de gobiernos tendencialmente democráticos. Para contrarrestar dichas violaciones se han establecido *numerosos instrumentos protectores* de los derechos de la persona humana, más elaborados que los que imperan en otras regiones del mundo.

100. Por ello, el carácter distintivo del sistema jurisdiccional constitucional latinoamericano se apoya en la creación de instrumentos procesales específicos para la protección de los derechos humanos, diversos del hábeas corpus (que tiene origen angloamericano), y entre ellos se debe destacar especialmente el *derecho de amparo*, que surgió en el derecho mexicano en el siglo XIX, pero que ha tenido una ostensible trascendencia en numerosos ordenamientos latinoamericanos, así como también en España, y además se ha consagrado en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos.

101. Si bien el recurso o acción de *hábeas corpus* tiene su origen en el derecho angloamericano, ya que surgió, como es sabido, en la Edad Media en Inglaterra y se desarrolló paulatinamente hasta culminar en la Ley de Hábeas Corpus de 1679, como instrumento procesal para la protección específica de la libertad de movimiento y de la integridad personales⁹⁰, este instrumento se trasladó a la legislación y jurisprudencia de las colonias inglesas en América, y de ahí a las Constituciones locales de Estados Unidos (con una breve referencia en la carta federal de 1787). Esta evolución, ya sea directamente de la legislación inglesa o de los ordenamientos norteamericanos, se incorporó paulatinamente a los países de Latinoamérica, con el nombre original, o bien como “exhibición personal” o “amparo de la libertad”. En nuestra región procede para combatir restricciones a la libertad física o la integridad de las personas detenidas por autoridades

⁹⁰ Holdsworth, sir William, *A History of English Law*, 6ª. ed., Londres, 1966, vol. 1, pp. 227 y 228; Sharpe, R. J., *The Law of “Habeas Corpus”*, Oxford, Oxford University Press, 1976, pp. 1-7.

administrativas, y excepcionalmente contra decisiones de carácter judicial⁹¹. También esta institución tutelar fue establecida con ese nombre en la Constitución española de 1978⁹².

102. De manera diversa, y también con el antecedente de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes del derecho norteamericano, pero además con influencia tanto española como francesa, el *derecho de amparo*, al cual nos hemos referido brevemente con anterioridad, es una creación latinoamericana, que se inició en el ordenamiento constitucional mexicano en tres etapas: a) la primera en la Constitución del estado de Yucatán, del 31 de marzo de 1841, cuyo proyecto fue elaborado por el ilustre jurista y político yucateco Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, considerado con toda razón como uno de los creadores de la máxima institución procesal mexicana, y también el primero en Latinoamérica que inició la consagración legal de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, y que mencionó expresamente haberse inspirado en el sistema norteamericano por conducto del clásico libro del pensador francés Alexis de Tocqueville, *La democracia en América del Norte*, que se divulgó en nuestra región por conducto de la traducción castellana de D. A. Sánchez de Bustamante, aparecida en París en 1836, obra bien conocida por los juristas latinoamericanos de esa época⁹³.

103. b) En el ámbito nacional, el amparo fue establecido en el documento denominado Acta Constitutiva y de Reformas, del 18 de mayo de 1847 (que introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824), documento que tuvo su origen en un voto particular, elaborado por el notable jurista mexicano Mariano Otero, al dictamen de la Comisión de Constitución del Constituyente de 1846-1847⁹⁴; c) la tercera y última fase se

⁹¹ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Hábeas corpus*, 2ª. ed., Buenos Aires, 1988, pp. 51-58; Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en América Latina", *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, pp. 19-24; García Belaúnde, Domingo, *El hábeas corpus en el Perú*, Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 1979, y Borea Odría, Alberto, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, Lima, 1992.

⁹² Gimeno Sendra, Vicente, *Hábeas corpus*, Madrid, Tecnos, 1995.

⁹³ El volumen publicado por la Suprema Corte de Justicia *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, 1960; Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos aspectos de la vida jurídica de Manuel Crescencio García Rejón", *Edición conmemorativa Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, 1991, pp. 488-501.

⁹⁴ La bibliografía al respecto es amplia, pero nos limitamos a citar el estudio de Fix-Zamudio, Héctor, *Acta Constitutiva y de Reformas de 1847*, Santa Fe de Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, 1967, pp. 46-60.

desarrolló en las discusiones del Constituyente de 1856-1857, en las cuales se citó con frecuencia la revisión judicial norteamericana y su divulgación por Alexis de Tocqueville. El juicio de amparo se consagró definitivamente en los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857, y de ahí pasó a los actuales artículos 103 y 107 de la vigente carta federal de 1917, el segundo precepto modificado en varias ocasiones posteriores.

104. La intención de los creadores del amparo fue trasplantar al ordenamiento mexicano la revisión judicial norteamericana, pero extendida a la tutela de los actos, y no sólo a la impugnación de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas. Sin embargo, al implantarse una institución angloamericana en un ordenamiento de tradición romanista, debido a tres siglos de dominación española, lo que en su origen era considerado como un principio, con independencia de la vía judicial en la que se planteara la cuestión constitucional, se transformó en un procedimiento específico⁹⁵.

Dicho procedimiento fue regulado en México por diversas leyes de amparo (1861, 1869, 1882), se incorporó posteriormente a los códigos de Procedimientos Civiles de 1897 y 1908, y con base en la carta federal vigente de 1917, se expidieron las Leyes de Amparo de 1919 y la actual de 1936, con numerosas reformas posteriores⁹⁶.

105. El juicio de amparo mexicano se convirtió con el tiempo en un conjunto de procesos, entre los cuales destaca la creación de un recurso de casación federal contra las resoluciones de todos los jueces y tribunales del país, que se concentró primeramente en la Suprema Corte de Justicia, lo que provocó un impresionante rezago, el cual trató de corregirse en las reformas constitucionales y legales de 1951 y 1968. Las de 1951 crearon los tribunales colegiados de circuito en materia de amparo, y las de 1968 traspasaron parte importante de dichos juicios de amparo de la Suprema Corte de Justicia a los citados tribunales, hasta que finalmente en las reformas constitucionales y legales de 1988 y 1995 se otorgó a la propia Suprema Corte la exclusividad en el conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad, y los juicios de amparo en los cuales se discuten violaciones de

⁹⁵ Fix-Zamudio, Héctor, "The Confluence of Common Law and Continental European Law in the Mexican Writ of Amparo", *The Mexican Forum-El Foro Mexicano*, Institute of Latin American Studies, The University of Texas in Austin, octubre de 1983, pp. 4-8; *idem*, "El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado", *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, Milán, Giuffrè, 1987, t. I, pp. 413-460.

⁹⁶ Cfr. el documentado estudio realizado por Soberanes Fernández, José Luis, *Evolución de la Ley de Amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994.

legalidad se encomendaron en su totalidad a dichos tribunales colegiados de circuito, cuyo número se ha aumentado de manera considerable, como se ha señalado anteriormente (véanse párrafos 87 a 89, con la bibliografía allí citada).

106. Pero la figura histórica del juicio de amparo mexicano que en sus comienzos tenía por objeto la impugnación ante los tribunales federales y en último grado ante la Suprema Corte de Justicia, de los actos y las disposiciones legislativas que infringieran los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, primero de carácter individual, y a partir de la carta fundamental vigente de 1917, también los de naturaleza social, ha tenido una gran influencia en numerosos ordenamientos latinoamericanos que han consagrado con la misma denominación (la que proviene de la tradición hispánica común a todos ellos), y posteriormente con nombres similares o equivalentes, instrumentos que tutelan los derechos humanos, en varios de ellos con exclusión de la libertad e integridad personales, protegidos por el hábeas corpus.

107. Una vez establecido en México el juicio de amparo en la citada Constitución Federal de 1857 en su versión original de instrumento tutelar de los derechos fundamentales contra actos o disposiciones legislativas de cualquier autoridad que violaran dichos derechos, incluyendo la libertad y la integridad personales (y por tanto abarcó desde sus inicios también al hábeas corpus), trascendió a varios ordenamientos latinoamericanos, primero en los de Centroamérica, ya que el primer país que introdujo el amparo de acuerdo con el modelo mexicano fue la República de El Salvador, en su Constitución y Ley de Amparo, del 13 de agosto de 1886, y lo siguieron Honduras y Nicaragua, en su carta y en la Ley de Amparo, respectivamente, ambas de 1894; Guatemala de acuerdo con la reforma constitucional del 11 de marzo, y Argentina, por conducto de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, del 13 de agosto, las dos de 1921; Panamá, en su ley suprema del 2 de enero de 1941; Venezuela, en su carta de 1961; Bolivia, Paraguay y Ecuador en sus Constituciones publicadas en 1967, si bien el último lo suprimió posteriormente, pero terminó por restablecerlo en sus reformas constitucionales de 1996 y 1998; Perú, en su carta fundamental de julio de 1979, y finalmente Uruguay en el decreto o acto institucional número 19, del primero de agosto de 1984, este último derogado con el restablecimiento de la carta fundamental de 1966, pero restablecido dicho instrumento posteriormente.

108. También se instituyó el amparo en las dos leyes fundamentales en las cuales se intentó restablecer la Federación Centroamericana (1824-1836) por medio de la Constitución Política de los Estados Unidos de Cen-

troamérica (Honduras, Nicaragua y El Salvador), promulgada en 1898, y en la carta de la República Centroamericana (Guatemala, El Salvador y Honduras), del 9 de septiembre de 1921, ambas con muy escasa vigencia.

109. Debe destacarse, además, que el amparo mexicano en su sentido original fue introducido en la Constitución republicana española de diciembre de 1931, debido a la labor de divulgación que sobre el primero realizó el jurista mexicano Rodolfo Reyes (entonces asilado en España), y cuyo conocimiento correspondía en última instancia al Tribunal de Garantías Constitucionales, y ahora restablecido por la carta democrática de 1978, si bien la institución procesal española también ha tenido la influencia del derecho de amparo alemán (*Verfassungsbeschwerde*, que puede traducirse literalmente como queja constitucional)⁹⁷.

110. El derecho de amparo es reconocido con el mismo significado de procedimiento sencillo y breve para la tutela de los derechos humanos, pero generalmente acompañado del hábeas corpus o exhibición personal respecto de la protección de la libertad y de la integridad personales, pero en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas se regula de manera independiente, así sea en el mismo texto reglamentario, se ha consagrado en las siguientes Constituciones latinoamericanas citadas por orden alfabético: Argentina (1853-1860, texto reformado sustancialmente en agosto de 1994), artículo 43, primero y segundo párrafos y además regulado por casi todas las Constituciones Provinciales en el ámbito local; Bolivia (1967 reformada en 1994), artículo 19; Costa Rica (1949, con modificaciones en 1989), artículo 48; Ecuador (1978, reformas de 1996 y 1998), artículo 95; El Salvador (1983, modificaciones de 1991), artículo 247; Guatemala (1985), artículo 265; Honduras (1982), artículo 183; México (1917, reformas de 1988, 1995 y 1996), artículos 103 y 107; Nicaragua (1987), artículo 188; Panamá (1972-1983), artículo 50; Paraguay (1992), artículo 128; Perú (1993), artículo 202; República Dominicana (jurisprudencia de la Corte Suprema, 1999)⁹⁸; Uruguay

⁹⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y en España. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 2000.

⁹⁸ "Creación jurisprudencial del *recurso de amparo* para la protección de los derechos humanos". *Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana de 24 de febrero de 1999*, en la publicación periódica *Diálogo Jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, núm. 1, julio-diciembre de 2006, pp. 41-60.

(1966), implícitamente artículos 70 y 72, Ley de Acción de Amparo de 19 de diciembre de 1988, y Venezuela (1999), artículo 27⁹⁹.

111. Pero además del derecho de amparo en sentido estricto se han establecido otros instrumentos similares o equivalentes de protección de los derechos fundamentales, que también de manera predominante excluyen la libertad e integridad personales tutelados por el hábeas corpus. Aun cuando utilizan otras denominaciones, que pueden considerarse como sinónimas de manera amplia, esos procedimientos pueden considerarse dentro del derecho de amparo¹⁰⁰.

112. Entre los que pueden considerarse como instrumentos equivalentes podemos señalar los siguientes: A) el llamado *mandado de segurança* (que algunos autores traducen al castellano como “mandamiento de amparo”), que fue introducido en la Constitución Federal de 1934, y actualmente está regulado por el Artículo 5º, parágrafo LXIX, de la vigente carta federal brasileña del 4 de octubre de 1988. Dicho precepto está todavía regulado por la ley 1533, del 31 de diciembre de 1951 (expedida bajo la vigencia de la Constitución Federal de 1946), reformada en varias ocasiones¹⁰¹.

113. A) El *mandado de segurança* o mandamiento de amparo procede esencialmente contra actos inconstitucionales o ilegales de autoridades administrativas y, en general, contra actos administrativos de cualquier autoridad, que afecten los derechos de los gobernados, y sólo de manera excepcional puede promoverse contra resoluciones judiciales. En principio tampoco puede interponerse directamente contra disposiciones legislativas que se consideren inconstitucionales, sino exclusivamente contra los actos o resoluciones administrativas que se apoyen en dichos ordenamientos.

⁹⁹ Brewer Carías, Allan R., *El amparo a los derechos humanos y las libertades fundamentales (una aproximación comparativa)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1983; Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo latinoamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

¹⁰⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “Amparo y tutela”, *Memoria de El Colegio Nacional*, 1996, México, 1997, reimpreso en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., nota 55, pp. 695-726.

¹⁰¹ La doctrina sobre este instrumento brasileño es muy amplia, por lo que citamos sólo algunos estudios recientes: Sidou, José Othon, “*Hábeas Corpus*”, *mandado de segurança, mandado de injunção, “hábeas data”, ação popular. As garantías activas dos direitos coletivos*, 5ª. ed., Río de Janeiro, Forense, 1998; Flkas, Milton, *Do mandado de segurança. Pressupostos de impetração*, Río de Janeiro, Forense, 1980; Afonso da Silva, José, *Curso di direito constitucional positivo*, 22ª. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pp. 451-455 *Id.*, *El mandamiento de seguridad del Brasil*, trad. del portugués por Adriana Laura Santana y Alejandro Anaya Huertas, *El derecho de amparo en el mundo*, cit., nota 5, pp. 123-157.

114. Al lado de la institución anterior la Constitución de 1988 estableció el instrumento que denomina *mandado de segurança coletivo*, consagrado por el Artículo 5^o, parágrafo LXX, de la citada carta federal brasileña, y que debe considerarse como una ampliación del mandamiento de amparo con ámbito individual, al que nos hemos referido en el párrafo anterior, el que como se ha dicho, únicamente puede interponerse por los afectados por la violación de sus derechos fundamentales. El nuevo instrumento protege derechos de carácter colectivo por medio del procedimiento breve y rápido que caracteriza el mandamiento de amparo individual, y puede ser promovido por partidos políticos con representación en el Congreso Nacional; por organizaciones sindicales; por entidades gremiales, o por asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento, que tengan cuando menos un año en defensa de los intereses de sus miembros o asociados¹⁰².

115. B) El llamado *recurso de protección* fue consagrado por el acta institucional 3, expedida paradójicamente por el gobierno militar chileno, y publicado el 13 de septiembre de 1976. Fue reglamentado por el auto acordado de la Corte Suprema, del 2 de abril de 1997. El mismo instrumento fue incorporado por el artículo 20 de la Constitución aprobada por plebiscito de septiembre de 1980, la que como, hemos dicho anteriormente, fue modificada primeramente en el plebiscito de 1989, y de nuevo en 2005, y de acuerdo con esta última reforma, establece la competencia para conocer en último grado dicho instrumento procesal por parte del Tribunal Constitucional, cuya decisión se había conferido a la Corte Suprema de Justicia, como se expresó anteriormente. De acuerdo con la legislación vigente, el citado recurso tiene por objeto proteger los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente contra los actos violatorios que provengan de autoridades públicas, con excepción de la libertad personal protegida por el hábeas corpus (el cual se conoce también como recurso de amparo), este último consagrado por el artículo 21 de la carta fundamental.

116. Como puede observarse, se trata en realidad de un proceso de amparo con una denominación equivalente, en virtud de que el término “derecho de amparo” se ha utilizado para designar al hábeas corpus, tal como

¹⁰² Fix-Zamudio, Héctor, “Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica”, *Memorias VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, t. II, pp. 805-858, reimpresso en el libro del mismo autor *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2^a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, pp. 413-454.

fue nombrado por el artículo 16 de la carta anterior de 1925¹⁰³, y posteriormente por el artículo 21 de la de 1980. El actual recurso de protección regulado por el artículo 20 de la mencionada ley fundamental de 1980, que fue encomendado en último grado a la Corte Suprema, a partir de la vigencia de la reforma de 2005, se encomienda al Tribunal Constitucional, por lo que se espera que dicho instrumento tendrá un desarrollo más firme y extenso¹⁰⁴.

117. C) La llamada *acción de tutela*, establecida por la Constitución colombiana del 7 de julio de 1991, posee funciones similares a las del amparo en el ámbito latinoamericano, y por este motivo se propuso la denominación de “derecho de amparo” en el proyecto presentado por el gobierno ante la Asamblea Constituyente¹⁰⁵. De acuerdo con el artículo 86 de la citada carta fundamental, ese instrumento

...puede hacerse valer por cualquier persona en todo momento y lugar ante los órganos jurisdiccionales, mediante un procedimiento preferente y sumario, con el objeto de obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando los mismos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de toda autoridad. Dicha acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, salvo cuando aquella se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La protección debe consistir en una orden para que aquel respecto de quien se solicite, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo será de inmediato cumplimiento y puede impugnarse ante juez competente, pero *en todo caso dicho juzgador deberá remitirlo a la Corte Constitucional para su eventual revisión* (las cursivas son mías)¹⁰⁶.

¹⁰³ El constitucionalista chileno Estévez Gasmuri, Carlos, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949, pp. 143-144, se refiere a esta institución calificándola de “amparo” o de “hábeas corpus”. Utiliza las mismas denominaciones Caffarena de Giles, Elena, *El recurso de amparo ante los regímenes de emergencia*, Santiago, 1957, pp. 152 y 187; Verdugo Marinkovic, Mario y otros, *Derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, t. I, pp. 330-337.

¹⁰⁴ Soto Klos, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989; Lira Herrera, Sergio, *El recurso de protección. Naturaleza jurídica, doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1990; Verdugo Marinkovic y otros, *Derecho constitucional*, citado en la nota anterior, t. I, pp. 337-346; Noriega Alcalá, Humberto, “El derecho y acción constitucional de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile a inicios del siglo XXI. La acción de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile”, *El derecho de amparo en el mundo*, cit., nota 5, pp. 159-211.

¹⁰⁵ *Proyecto de Acta Reformatorio de la Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Presidencia de la República, febrero de 1991, p. 203, “Derecho de amparo”.

¹⁰⁶ *Cfr.*, entre otros, Arenas Salazar, Jorge, *La tutela. Una acción humanitaria*, 2ª. ed., Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1993; Charry J. M., *La acción de tutela*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992; Monroy Torres, Marcia y Álvarez Rojas, Fernando, *Jurisprudencia de la Corte Constitucional. La acción de tutela*, Santa Fe de Bogotá, Juris Editores,

118. Este precepto constitucional fue desarrollado por el decreto 2951, del 19 de noviembre de 1991, que a su vez fue reglamentado por el decreto presidencial 306, del 19 de febrero de 1992; pero también debe tomarse en cuenta para la tramitación de la revisión de la acción de tutela ante la Corte Constitucional, el decreto 2067, del 4 de septiembre de 1991, que regula el régimen procedimental de los juicios ante la Corte Constitucional, y el acuerdo de la Sala Plena de la propia Corte, del 15 de octubre de 1992, que contiene el Reglamento Unificado de la Corte Constitucional (artículos 49-55)¹⁰⁷.

119. Además de los instrumentos procesales señalados con anterioridad, es preciso referirse ahora a aquellos que pueden considerarse como *equivalentes* al derecho de amparo, es decir, los que tienen la misma finalidad tutelar de los derechos humanos, pero que su ámbito de protección se reduce sólo a un sector determinado de los mismos. En esta dirección, se deben mencionar: A) *habeas data*; B) *mandado de injunção*, y C) *acción de cumplimiento*. Las dos primeras tuvieron su origen en la Constitución brasileña de 1998.

120. A) Como se señaló en el párrafo anterior, el *habeas data* fue introducido en el Artículo 5º, fracción LXXII, de la carta fundamental brasileña de octubre de 1988, la que fue muy imaginativa al crear varios instrumentos de tutela de los derechos fundamentales, entre ellos el *mandado de segurança coletivo* (mandamiento de amparo colectivo). Este procedimiento procede para lograr el conocimiento de las informaciones concernientes al promovente, y que pueden causarle un perjuicio, cuando dichos datos consten en registros electrónicos pertenecientes a entidades gubernamentales o de carácter público, o bien para obtener la rectificaciones de dicha información cuando el afectado no prefiere hacerlo por conducto de un proceso reservado, ya sea judicial o administrativo. Como puede observarse, dicho instrumento tiene por objeto proteger a los gobernados contra las posibles afectaciones por conducto de la información electrónica, que se ha extendido de manera notable en nuestra época, y que puede lesionar gravemente a los particulares. Con toda razón la doctrina ha estimado que tanto en el caso de esta institución como de otras establecidas por vez

1993, vols. III y IV; Ortiz Gutiérrez, Julio César, "La acción de tutela en la carta política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia", *El derecho de amparo en el mundo*, cit., nota 5, pp. 213-256.

¹⁰⁷ Estos documentos pueden consultarse en el apéndice legislativo del libro de Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Ricardo Ibáñez, 1996, pp. 237-385.

primera en la carta brasileña, aun cuando no se expidieran de inmediato las normas reglamentarias respectivas, deben aplicarse directamente a los particulares. Para facilitar dicha aplicación, el anterior Tribunal Federal de Recursos (actualmente denominado Tribunal Federal Superior), expidió el auto (acordado), en el que estableció las directrices del procedimiento tanto del hábeas data como del *mandado de injunção*, y les otorgó preferencia sobre todos los actos judiciales, con exclusión del mandamiento de amparo y del hábeas corpus (amparo)¹⁰⁸.

121. Debido a los problemas que puede generar la informática en los derechos de los gobernados, el hábeas data ha tenido, con esa denominación, una amplia repercusión en los ordenamientos posteriores a la carta brasileña de 1988, que creó dicha institución, y así fue consagrada en las Constituciones de: a) Paraguay de 1992; b) Perú de 1993; c) en la reforma constitucional argentina de 1994, y d) en el texto de la ley fundamental de Ecuador en sus revisiones de 1996 y 1998,

122. a) El artículo 135 de la carta fundamental de Paraguay, de junio de 1992, establece al respecto:

Del hábeas data. Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre la misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización de la rectificación o la destrucción de aquellos, si fueren erróneos o afectaran ilegalmente sus derechos.

123. b) El artículo 200, inciso 3, de la Constitución peruana de 1993, inspirándose en la institución brasileña, establece como garantía constitucional la: "...acción de *habeas data* que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenaza los derechos a que se refiere al Artículo 2º, incisos 5, 6) y 7) de la Constitución". Sin embargo, mediante ley 26,470, del 12 de junio 1995, se suprimió de la protección del hábeas data lo dispuesto en el inciso 7 del artículo 20 de dicha carta, por lo que los preceptos que quedan comprendidos en dicha tutela disponen en lo conducente, que:

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho: ...5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de

¹⁰⁸ Sidou, Othón, J. M., "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: *mandado de injunção* y hábeas data", y Afonso da Silva, José, *Mandado de injunção e hábeas data*, pp. 179-186 t 53-69, respectivamente; *idem*, *Curso de direito constitucional positivo*, todos citados en la nota 101, pp. 451-455.

seguridad nacional... 6) A que los servicios informáticos computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

124. Como lo señala correctamente el constitucionalista peruano Víctor Julio Ortecho Villena, el objeto de este procedimiento es la exigencia de que los registros, archivos y centros de información contengan datos verdaderos, actualizados y dignos de credibilidad, y además, la protección del honor, la buena reputación, así como la intimidad personal y familiar¹⁰⁹. Se consideró tan importante este nuevo mecanismo tutelar, que el mismo Congreso Constituyente expidió el 2 de mayo de 1994, una ley provisional para establecer el procedimiento que debía seguirse al tramitarse este instrumento, y en su Artículo 3º dispuso la aplicación supletoria de la Ley de Amparo y de Hábeas Corpus¹¹⁰.

125. c) El tercer ordenamiento que acogió esta institución de origen brasileño lo fue la carta federal argentina en su texto reformado en agosto de 1994. Al respecto, establece el penúltimo párrafo del artículo 43 constitucional:

Hábeas data. Toda persona podrá imponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registro o banco de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

126. La doctrina considera que dicho instrumento (que es un sector del derecho de amparo que regula dicho precepto fundamental) tutela esencialmente el derecho a la intimidad frente al desarrollo vertiginoso de la informática. Aun cuando se estima que debe expedirse una ley reglamentaria de la disposición constitucional transcrita (y al respecto se han presentado varias iniciativas al Congreso Nacional), pero en tanto que esto no ocurra, la doctrina sostiene que después de hacerse las gestiones previas

¹⁰⁹ *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, Trujillo, Perú, Fondo Editorial de la Universidad Atenor Orrego de Trujillo, 1988, p. 193.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 191-206; Rodríguez Domínguez, Elvito, *Manual derecho procesal constitucional*, 3ª. ed., Lima, Grijley, 2006, pp. 371-389; Abad Yupanqui, Samuel B., "Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales. Dos nuevos procesos constitucionales", *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, I*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 265-272.

para solicitar la información o las rectificaciones pertinentes, si no se obtiene una reparación satisfactoria, puede acudirse a la acción de amparo¹¹¹.

127. d) En la Constitución ecuatoriana, de acuerdo con el texto codificado de 1998, en el capítulo 6, relativo a las garantías de los derechos, sección primera, sección segunda, artículo 94, dispone:

Del hábeas data. Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos o informes que sobre sí misma o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional¹¹².

128. B) En la citada Constitución brasileña de 1988 fue introducido un instrumento novedoso, que recibe la denominación equívoca de *mandado de injunção*, debido a que esa institución no tiene similitud con el *writ of injunction* del derecho angloamericano, ya que este último tiene un significado diverso, inclusive contrario, pues significa un mandato prohibitivo, ya sea provisional o definitivo. Por el contrario, la institución brasileña regulada por el Artículo 5º, fracción LXXI, constitucional, procede cuando la ausencia de una medida reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales o de las prerrogativas que se refieren a la nacionalidad, la soberanía y a la ciudadanía, lo que implica que se trata de un mecanismo para lograr que se supere la omisión en que incurre una autoridad con facultades legislativas para dictar disposiciones reglamentarias¹¹³.

129. Ésta es una institución que plantea problemas complicados, ya que en principio supone la existencia de la llamada *inconstitucionalidad por omisión*, la que resulta de difícil aplicación, como lo han demostrado en su

¹¹¹ Ekmedjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero, hijo, *Habeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 95-115; Sagüés, Nestor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, 3, *Acción de amparo*, 4ª. ed., Buenos Aires, 1995, capítulo XXVII, pp. 663-687; Seisdedos, Felipe, "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma de 1994", Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, t. 1, pp. 445-448.

¹¹² Salgado Pesantes, Hernán, "La jurisdicción constitucional en el Ecuador", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., nota 6, pp. 586 y 587.

¹¹³ Sidou, José Othon, "Las nuevas figuras del derecho procesal brasileño", y Afonso da Silva, José, *Mandado de injunção y hábeas data; idem, Derecho constitucional positivo*, cit., nota 101, pp. 445-451.

jurisprudencia los tribunales y cortes constitucionales europeos, los que han admitido con ciertas limitaciones cuando el legislador incurre en una omisión que afecte derechos fundamentales de los gobernados cuando aquéllos no pueden tutelarse sin la reglamentación legislativa, que el juez constitucional puede integrar la norma faltante sin perjuicio de que el mismo legislador cumpla con su deber normativo¹¹⁴. Los dos ordenamientos constitucionales que regulan de manera expresa la declaración de inconstitucionalidad por omisión son las cartas portuguesas de 1976-1982, y la citada brasileña de 1988. La primera dispone en su actual artículo 283, que el Tribunal Constitucional, cuando no se hubieran expedido las disposiciones legislativas necesarias para lograr el cumplimiento de las normas constitucionales, podrá recomendar a los órganos legislativos que las expidan en un plazo razonable¹¹⁵.

130. Por su parte, el artículo 103, parágrafo 2, de la ley suprema brasileña, establece que declarada la inconstitucionalidad por omisión de las disposiciones necesarias para hacer efectiva una norma constitucional, se comunicará al poder competente para que tome las providencias necesarias, y cuando se trate de un órgano administrativo, debe adoptarlas en un plazo de treinta días. Esa norma constitucional fue complementada por la reforma a dicho precepto, número 3, del 17 de marzo de 1993, al introducir la *acción directa de inconstitucionalidad*, en el sentido de que cuando se considere fundada (por el Tribunal Supremo Federal), la declaratoria respectiva tiene efectos generales, inclusive para los demás órganos del Poder Judicial y para el Poder Ejecutivo. Esta nueva disposición fundamental ha sido reglamentada por las leyes 9,869 y 9,982, del 10 de noviembre y 3 de diciembre de 1999, respectivamente¹¹⁶.

¹¹⁴ La doctrina *constitucional*, al referirse a la Corte Constitucional italiana, señala que sus sentencias pueden ser *additive, substitutive o legislative* cuando establece disposiciones normativas que debieron ser expedidas por el legislador. Cfr. Martínez, Temístocles, *Diritto pubblico*, 2ª. ed., Milán, Giuffrè, 1992, pp. 439-440; Vergottini, Giuseppe de, *Diritto costituzionale*, 4ª. ed., Padova, Cedam, 1997, pp. 643-645 (5ª. ed., 2006).

¹¹⁵ Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1990, t. 1, pp. 507-527.

¹¹⁶ Afonso da Silva, José, "O controle de constitucionalidade das leis no Brasil", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., nota 6, pp. 404-405; Gonçalves Ferreira Filho, Manoel, "O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis No. 9,809 de 10 novembro e No. 9,982 de 3 de dezembro de 1999)", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 3, 2001, pp. 105-124.

131. El nuevo instrumento procesal brasileño tiene su apoyo indirecto tanto en el modelo portugués como en el de su propia carta fundamental en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad por omisión, así como en la jurisprudencia de otros tribunales o cortes constitucionales europeos, pero resulta complicada su aplicación porque significa el ejercicio de facultades legislativas, así sea de manera indirecta. Debe señalarse que recientemente ha trascendido a otros ordenamientos latinoamericanos, no siempre de manera expresa¹¹⁷.

132. D) Se hace una breve mención de la llamada *garantía de cumplimiento*, que como garantía constitucional fue establecida por el artículo 200, fracción 6, de la Constitución peruana de 1993, de la siguiente manera: “La acción de cumplimiento que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”. Este instrumento procesal fue reglamentado conjuntamente con la acción de *hábeas data* (véase párrafo 124), por Ley 26,301, del 2 de mayo de 1994, con aplicación supletoria de la Ley de Amparo y Hábeas Corpus¹¹⁸.

133. Esta institución posee cierta similitud con el llamado *writ of mandamus* del derecho angloamericano, en el que significa la petición de una orden judicial dirigida a una autoridad remisa para que ésta cumpla con una obligación legal¹¹⁹. No se debe pasar por alto que el clásico fallo dictado en el asunto *Marbury versus Madison*, resuelto en 1803, que inició el

¹¹⁷ La doctrina iberoamericana sobre la inconstitucionalidad por omisión es bastante amplia, por lo que nos limitaremos a los trabajos más recientes: Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, y Villaverde Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”; Bazán, Víctor, respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. “Una visión de derecho comparado”, todos estos estudios en la obra coordinada por Miguel Carbonell, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003, pp. 18-64 y 68-89, y 115-120, respectivamente.

¹¹⁸ Ortecho Villena, Víctor Julio, *Jurisdicción constitucional*, y Rodríguez Domínguez, Evito, ambos citados, nota pp. 207-210 y 117-134, respectivamente. Rey Cantor, Ernesto y Rodríguez, María Carolina, *Acción de cumplimiento y derechos humanos*, 2ª. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998.

¹¹⁹ Allen, Richard B., “Mandamus, quo warranto, prohibition and ne exeat”, *The University of Illinois Law Forum*, primavera de 1960, pp. 205-210 y ss.; Lawson, F. H., *Remedies of English Law*, Middlesex, Inglaterra, 1972, pp. 205-210.

desarrollo definitivo de la revisión judicial norteamericana, se dictó con motivo de la petición de una orden de *mandamus*¹²⁰.

134. E) A los anteriores instrumentos paralelos al derecho de amparo debemos agregar las *acciones populares*, que como mecanismos de garantía constitucional han asumido diversos significados en los ordenamientos de Latinoamérica. En una visión panorámica y de resumen se pueden señalar tres categorías de esos instrumentos: a) como medio para ejercer una acción abstracta de inconstitucionalidad; b) como una acción para reclamar la inconstitucionalidad o ilegalidad de reglamentos, normas o disposiciones generales de carácter administrativo, y c) como instancia para tutelar derechos e intereses difusos o transpersonales. Es este último sector el que tiene similitud con el derecho de amparo, y por ello me refiero a él de manera exclusiva, y no a los otros dos sectores que hemos señalado.

135. La citada tercera categoría de acciones populares constitucionales se integra con las consagradas expresamente en los ordenamientos de Brasil y de Colombia, y de cierta manera comprendidas en el derecho de amparo argentino con motivo de la reforma constitucional de agosto de 1994. Estos instrumentos están dirigidos a tutelar de manera específica los llamados *intereses difusos* o *transpersonales*, que asumen cada vez más importancia en esta época de intenso desarrollo económico y tecnológico, en el que con frecuencia se afecta la esfera jurídica de un número indeterminado de personas, las que no pueden ser protegidas por medio de los instrumentos procesales de carácter tradicional¹²¹.

¹²⁰ Garraty, Jhon A., "The case of the Missing Comissions (Marbury versus Madison, J. Crancg 137)", en el libro colectivo editado por este autor, *Quarrels that shaped the Constitution*, Nueva York, Harper and Row, 1966, pp. 1-14; Nelson, William E., *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Kansas, University Press of Kansas, 2000. Una traducción al castellano de dicho fallo puede consultarse en la *Revista Mexicana de Derecho Público*, t. I, núm. 3, enero-marzo de 1947, pp. 315-343.

¹²¹ Las obras colectivas *Le azione a tutela di interessi collettivi*, Padova, Cedam, 1976; *La tutela degli intrasse difussi nel diritto comparato con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e del consumatoria*, Milán, Giuffrè, 1976. A los anteriores debe agregarse el estudio relativo a "La protección de los intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el proceso civil" (*Der Schutzz diffusiver kollektiver Intereseen in Zivilprozessrecht*), presentado en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal efectuado en Würzburg, República Federal de Alemania, y cuya ponencia estuvo a cargo de los profesores Mauro Cappelletti y Brian Garth, Este trabajo fue publicado en la obra colectiva editada por Walter J. Habscheid, *Effective Rechtschutz und Rechtsvermässige Ordnung. Effectiviness on Judicial Protection and Contitutional Order*, Bielefeld, Giessiking Verlag, 1984; Lozano Higuero y Pinto, Manuel, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983; Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo, Pablo, "El derecho procesal constitucional y la protección de los

136. a) En primer término se puede hacer referencia a la acción popular en el ordenamiento constitucional brasileño, que fue introducida por la Constitución Federal de 1946, se conservó en la de 1967, y reglamentada por la Ley 4717, del 29 de junio de 1965, que todavía se encuentra vigente, pero con modificaciones posteriores. Este último ordenamiento amplió la esfera de las disposiciones fundamentales para comprender la tutela de los intereses difusos de los sectores sociales no organizados. En la actualidad la institución se encuentra regulada en el Artículo 5º, fracción LXXIII, de la carta fundamental vigente, de octubre de 1988, el cual establece:

Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretende anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando el actor obligado a cubrir las costas, salvo las de carácter procesal para el vencido¹²².

137. La Constitución colombiana de 1991 regula la acción popular constitucional de una manera más amplia en su artículo 88, de acuerdo con el cual La Ley Regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares¹²³.

138. b) Aun cuando no corresponde a este sector de las acciones colectivas el artículo 43 de la Constitución argentina, reformado en agosto de 1994, recogió esta evolución *de la tutela de los intereses difusos*, pero en lugar de encomendarla a un proceso específico comprendió dicha protección expresamente en la *acción de amparo*, ya que el segundo párrafo de dicho precepto dispone claramente:

Podrán interponer esta acción (de amparo) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al

intereses colectivos y difusos”, *Derecho procesal constitucional*, 5ª. ed., México, Porrúa, 2006, t. III, pp. 2717-2776.

¹²² Barbosa Moreira, José Carlos, “Legitimación para la defensa de los intereses difusos”, *Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981, t. II, pp. 1240-1288; Neves, Celso, “Legitimação processual e a Nova Constituição”, *Revista de Processo*, núm. 56, octubre-diciembre de 1989, pp. 1-40; Afonso da Siva, José, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., nota 101, pp. 400-408.

¹²³ SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo derecho constitucional colombiano*, cit., nota 69, pp. 213-222.

usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización.

139. Esta vía no legitima a cualquier persona, como ocurre con las acciones populares que hemos señalado anteriormente, establecidas en los ordenamientos de Brasil y Colombia, pero se extiende dicha legitimación al *Ombudsman* y a las asociaciones que defienden dichos derechos colectivos. Por este motivo, la doctrina considera que se ha creado un *amparo colectivo*¹²⁴.

140. c) No obstante el desarrollo considerable del derecho internacional de los derechos humanos, nuestro juicio de amparo se circunscribía formalmente a la protección de los derechos establecidos directamente en nuestra carta fundamental, por lo que aun cuando en estricto sentido no era indispensable, debido a que los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos ya han sido incorporados a nuestro derecho interno al ser ratificados y aprobados por el gobierno federal, era importante hacer referencia a estos últimos derechos, que como se ha dicho reiteradamente, son también internos, pero de fuente internacional, a fin de que no existiera duda de que pertenecen a nuestro ordenamiento jurídico nacional y pudieran ser invocados por los gobernados por conducto del juicio de amparo y aplicados por los tribunales federales, lo que todavía no ocurre sino de manera esporádica. Estos instrumentos internacionales de carácter general, que estaban mencionados específicamente en el anteproyecto de la Comisión, son los siguientes: las declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre (estas dos últimas se han considerado imperativas, aun cuando no tengan el carácter de tratados multilaterales), pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²⁵.

141. En el proyecto de reformas constitucionales y de Nueva Ley de Amparo aprobado por la Suprema Corte de Justicia en un anteproyecto elaborado por un grupo de expertos, entre ellos magistrados de circuito y

¹²⁴ Gozaíni, Osvaldo A., *El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional*, 2ª. ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 86-100; Natale, Alberto, *Comentario sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 66-69.

¹²⁵ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una Nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2004, pp. 26-40.

ministros de la propia Corte y aprobado por la misma en mayo de 2001, el cual fue convertido en iniciativa en 2004 por senadores federales de varios partidos políticos, se introducen varias reformas sustanciales que pretenden modernizar la legislación del citado instrumento procesal, entre las cuales destaca la relativa a la legitimación para interponer el juicio de amparo, el cual se extiende de manera ostensible al superar el proyecto que se analiza, el criterio de la jurisprudencia tradicional, de acuerdo con el cual para interponer el juicio de amparo debía existir en el promovente un *interés actual y directo apoyado en la existencia de un derecho subjetivo*, pues si bien en algunos momentos la propia jurisprudencia adoptó un criterio de mayor flexibilidad, este último es también restrictivo para nuestra realidad actual.

142. Con el concepto estricto de derecho subjetivo se dejan sin protección las afectaciones que derivan de situaciones que afectan la esfera jurídica de los gobernados, y para superar estas restricciones, en el Artículo 4º, fracción I, del proyecto¹²⁶, se utiliza la noción del *interés legítimo*, plenamente desarrollada en la actualidad, en particular en el derecho administrativo, la que establece una fase intermedia entre el interés simple que fundamenta la acción popular y el derecho subjetivo, el que requiere de una violación actual y directa¹²⁷. Por ello, el interés legítimo permite la protección de la esfera jurídica de los particulares, que son afectados en sus derechos colectivos, incluso aquellos que se conocen con la denominación de *intereses difusos o transpersonales* (véase párrafo 134)¹²⁸.

143. Es muy difícil precisar un concepto abierto como el de interés legítimo, el que debe ser delimitado por la jurisprudencia, como ha ocurrido en otros ordenamientos en los cuales se ha consagrado. Al respecto, el

¹²⁶ Este precepto dispone en lo conducente: “Artículo 4º. Son partes en el juicio de amparo: I. *El quejoso*, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o *de un interés legítimo individual o colectivo*, siempre que alegue que el acto reclamado viola las garantías o los derechos previstos en el artículo primero (de dicha Ley Reglamentaria), y con ello se afecte su esfera jurídica, *ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico*. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de autoridades judiciales, administrativas y del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa”. (Las cursivas son mías).

¹²⁷ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op. cit.*, nota 125, pp. 55-64.

¹²⁸ Además de las obras señaladas *supra* nota 121, se deben mencionar a los siguientes autores y obras: Lujosa Vadel, Lorenzo Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995; Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendencia em ações coletivas*, São Pulo, Editora Saraiva, 1995; la obra colectiva por Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003.

citado Artículo 4º, fracción I, del proyecto, señala que puede interponer la demanda de amparo aquel que resulte afectado en su esfera jurídica: "...ya sea de manera directa o *en virtud de su especial situación frente al ordenamiento jurídico...*" (las cursivas son mías).

144. Con la introducción del interés legítimo se moderniza nuestro derecho de amparo, ya que con esta institución se puede tutelar un sector importante de los derechos colectivos, y no exclusivamente los de carácter gremial, como sucede actualmente, sino también los de los grupos no organizados, y en general de aquellos que no pueden alegar la violación de derechos subjetivos, sino de situaciones jurídicas que los favorecen o los afectan, con lo cual podrá configurarse un derecho *de amparo colectivo*¹²⁹.

145. Un tercer sector en el cual los ordenamientos latinoamericanos han ampliado la esfera de aplicación de los instrumentos protectores de los derechos se refiere a la tutela de tales derechos, no sólo respecto de las autoridades públicas, sino también respecto de los llamados *poderes privados* o *grupos sociales en situación de predominio*, por conducto de un sector de dicha institución, que se conoce con el nombre impropio de *amparo contra particulares*, de acuerdo con el precedente jurisprudencial que estableció el clásico fallo dictado por la Corte Suprema de Argentina en el caso *Samuel Kot* resuelto el 5 de septiembre de 1958, en un momento en que no había regulado el amparo ni en la Constitución ni en el ámbito nacional a nivel legislativo (aun cuando se había establecido en numerosas cartas fundamentales de las provincias argentinas), sentencia en la cual se decidió que el propio derecho de amparo, considerado como una garantía constitucional implícita, procedía no sólo contra actos de autoridades públicas, sino también respecto de la conducta de particulares, aun cuando en realidad la instancia se había presentado en contra de un grupo social, es decir, un sindicato de trabajadores.

146. De acuerdo con dicho precedente, se desarrolló una jurisprudencia muy dinámica, aun cuando uno de los gobiernos militares que ha padecido Argentina expidió la Ley Nacional sobre Acción de Amparo el 18 de octubre de 1966, de carácter muy restrictivo, pues además de otros aspectos limitó dicho instrumento tutelar únicamente a los particulares contra la conducta de autoridades públicas. Sin embargo, la protección contra grupos sociales se incorporó al artículo 321 del Código Procesal Civil y

¹²⁹ Cabrera Acevedo, Lucio, *El amparo colectivo, protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, México, Porrúa, 2000, y el libro coordinado por José Ovalle Favela, *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos o de grupo*, México, UNAM, 2004.

Comercial de la Nación, del 20 de septiembre de 1967, con el carácter de juicio sumarísimo.

147. En la reforma de agosto de 1994 a la carta federal Argentina no sólo se elevó el derecho de amparo a nivel constitucional (artículo 43), sino que se estableció de manera expresa que procedía también contra la conducta de *particulares* violatoria de los derechos fundamentales. El ejemplo del derecho de amparo argentino que se ha extendido a los grupos sociales en situación de predominio tuvo una amplia repercusión en otros ordenamientos latinoamericanos, aun con la denominación equívoca de *amparo contra particulares*. Como dichas legislaciones son numerosas, me limitaré a proporcionar una visión sintética de esta tendencia, la que se incrementa de manera paulatina, si tomamos en cuenta, por otra parte, la globalización, la apertura de las economías nacionales, además de otros aspectos, entre los cuales se puede destacar como ejemplo el incremento de las privatizaciones de algunos servicios públicos que anteriormente estaban en manos de las autoridades, y que ahora son objeto de concesión a empresas particulares, por lo que los destinatarios de dichos servicios requieren de una protección más rápida y eficaz que la que proporcionan los instrumentos procesales ordinarios. Desde un punto de vista genérico, la doctrina europea, y en particular los autores alemanes, han desarrollado el concepto de *Drittwirkung der Grundrechte*, que significa la eficacia inmediata o indirecta de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, el que ha tenido repercusión en la jurisprudencia de los tribunales y cortes constitucionales¹³⁰.

148. Así sea en las cartas fundamentales o en las leyes ordinarias, se ha admitido la procedencia del amparo o de otras instituciones equivalentes, y con diversas modalidades, además de Argentina (ámbitos nacional y provincial), en los ordenamientos de Bolivia, Brasil (de manera incipiente en

¹³⁰ Cfr. el clásico estudio del notable constitucionalista italiano, Lombardi, Giorgio, *Potere privato e diritti fondamentale*, Torino, Giappichele Editores, 1970; Cuadra Salcedo, Toas, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981; Herdegen, Mathias, “La tutela contra privados: instrumento certero para implantar la normatividad en la realidad social”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericana*, Caracas, CIEDLA-Konrad Adenauer, Stiftung, 1997, pp. 183-190; Vega, Pedro de, “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”; y Estrada, Julio Alexei, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano”, ambos en la obra *Derecho procesal constitucional*, cit., t. III, pp. 2315-2334 y 2443-2469.

la doctrina y la jurisprudencia), Chile (recurso de protección); Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela¹³¹.

149. En el derecho de amparo vigente no ha existido sino de manera esporádica el interés de la doctrina para explorar este tema de la protección por medio de nuestro instrumento procesal, y la jurisprudencia tampoco ha tomado en cuenta este problema. Sin embargo, en el Proyecto de reformas constitucionales y de la Nueva Ley de Amparo mencionados en párrafos anteriores se ha hecho el intento de actualizar el derecho de amparo con objeto de que le sea posible proteger los derechos de los particulares en sus relaciones con los grupos sociales en situación de predominio, que también se conocen como *poderes privados*, si se toma en consideración, entre otros aspectos, que son numerosos los servicios públicos que se han privatizado, y por lo tanto que se prestan por empresas privadas.

150. En esta dirección, el texto del proyecto de la citada Ley de Amparo propone un cambio sustancial en el concepto de la llamada *autoridad responsable*, que en mi opinión es una denominación equívoca, pues en estricto sentido procesal debe considerarse como *autoridad demandada*, ya que la responsabilidad, si existe, se determinará en la sentencia definitiva en la cual se establezca si dicha autoridad ha incurrido en violación de los derechos del demandante o quejoso.

151. Por lo que se refiere al concepto de autoridad para el efecto de la procedencia del amparo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha sido variable, si se toma en cuenta que en alguna época se llegó a estimar como tal a la persona que ejercitaba una potestad de hecho, al disponer de la fuerza pública para imponer sus mandatos, pero se impuso

¹³¹ Brewer Carías, Allan R., *El amparo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, cit., nota 99, pp. 87-92; Cifuentes Muñoz, Eduardo, *La eficacia de los derechos humanos frente a particulares*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica-UNAM, núm. 26, 1998; Estrada Alexei, Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Escobar Fornos, Iván, *Los derechos humanos y el control del poder privado*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado de Colombia, 2001; Fernández Segado, Francisco, "La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo-agosto de 1995, excelente estudio en el cual no sólo se hace referencia a la situación europea, sino también a la de América Latina, pp. 600-603; Sarmiento, Daniel, "A vinculação dos particulares a os direitos fundamentais e no Brasil", en el libro colectivo coordinado por este mismo autor con el título *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2ª. ed., Editorial Renovar, 2006, pp. 193-284.

el criterio sostenido actualmente de un concepto abstracto y tradicional de considerar exclusivamente como autoridad a la que forma parte de la administración central y dispone de la fuerza pública, y se excluyó de tal situación a los organismos descentralizados, con excepción de aquellos a los cuales se les confiriera expresamente el carácter de organismos fiscales autónomos, no obstante que es evidente que dichos organismos forman parte de la administración pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 de la carta federal, que por otra parte de manera incorrecta comprende a los propios organismos dentro de la categoría imprecisa de sector paraestatal, que en sentido estricto únicamente debía abarcar a las empresas y a los fideicomisos públicos¹³².

152. En tal dirección, el Artículo 4º, fracción II, del Proyecto de Nueva Ley de Amparo, dispone en su parte relativa que como autoridad para efectos del amparo debe considerarse aquella que: “...*con independencia de su naturaleza formal dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas u obligatorias, u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas*”¹³³ (las cursivas son mías).

153. En la exposición de motivos, al hacer referencia al concepto de autoridad propuesto en la nueva redacción del invocado Artículo 4º, fracción II, del proyecto de una nueva Ley de Amparo, no destaca expresamente que la redacción propuesta extienda de manera directa e inmediata la protección del derecho de amparo contra actos provenientes de los poderes privados, pero el carácter abierto que se otorga a la institución permite que

¹³² En efecto, en su parte relativa dicho precepto constitucional dispone: “La Administración Pública *será centralizada y paraestatal* conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estará a cargo de la Secretarías de Estado y de los Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación...” (las cursivas son mías). Resulta un contrasentido dividir la administración pública en dichos sectores, ya que sólo podrían concebirse formando parte de la misma a los organismos centralizados y descentralizados, y únicamente como una tercera categoría el sector calificado como *paraestatal*, que por su misma denominación no puede considerarse como parte de dicha administración, y por ello únicamente puede comprender empresas y fideicomisos de carácter público. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales”, *Noveno Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Memoria*, México, UNAM, 1984, pp. 135-152.

¹³³ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una Nueva Ley de Amparo*, cit., nota 125, pp. 73-79.

la jurisprudencia se extienda paulatinamente para otorgarle esos efectos. En la parte relativa de dicha exposición de motivos se señala:

...En el proyecto se propone dar la prioridad —como lo hizo la Suprema Corte a principios del siglo XX— a la naturaleza propia del acto reclamado, por encima del carácter formal de quien lo emite. En este sentido se consideraría como autoridad para efectos del amparo, a quien emite el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria, al margen de la naturaleza formal del emisor. El derecho administrativo moderno presenta múltiples casos en los que organismos descentralizados e inclusive *personas particulares*, realizan funciones que originariamente prestaba el Estado y que en su actividad pueden afectar la esfera jurídica de los particulares. Es necesario, entonces, que las violaciones a los derechos fundamentales de los gobernados sean reparadas sin importar de donde vienen. El proyecto propone un *concepto abierto* que permita su actualización a través de la interpretación jurisprudencial... (las cursivas son mías).

154. Es evidente que con ese concepto abierto de autoridad podrían ser consideradas como tales no únicamente todos los organismos descentralizados de la administración, sino también empresas y fideicomisos, tanto públicos como privados, cuando ellos tengan la posibilidad legal de imponerse sobre los particulares de manera unilateral y obligatoria, como ya ocurre tratándose de grupos sociales, no sólo empresariales, que actualmente prestan algunos servicios públicos, sino todos aquellos que actúan en condición de predominio, como son los sindicatos, las cámaras empresariales, así como otras corporaciones particulares que tengan una situación de predominio, y como tales tengan la posibilidad legal de lesionar los derechos fundamentales de los particulares.

VI. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA Y JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

155. Uno de los sectores en los cuales se advierte una evolución dinámica en la actividad de los organismos jurisdiccionales especializados es el relativo a la creciente y concurrente relación entre dichos organismos y los de carácter internacional¹³⁴. No debe perderse de vista que los organismos internacionales sólo poseen una *función complementaria y subsidiaria* respec-

¹³⁴ Fix-Zamudio, Héctor, "Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales", aparecido originalmente en la obra *Transnational Aspects of Procedural Law*, International Asociación of Procedural Law. X World Congress of Procedural Law, Taormina, Italia, 17-23 September 1995, *General Reports*, Università di Catania, Milán, Giuffrè Editores, 1998, t. 1, pp. 181.311; reproducido en la obra del mismo autor, *Jus-*

to de la protección jurídica de los derechos fundamentales por parte de los Estados nacionales, los que tienen encomendada esencialmente la protección y desarrollo de los propios derechos. Por otra parte, los tribunales internacionales no pueden decidir sobre la constitucionalidad de los actos o de las normas generales de los ordenamientos internos, ya que esa función corresponde de manera exclusiva a los organismos jurisdiccionales nacionales, en cuanto los primeros sólo tienen la facultad de decidir si dichos actos o normas generales están de acuerdo, o por el contrario, infringen las disposiciones de los instrumentos internacionales que han sido ratificados por los Estados respectivos.

156. Al respecto, la doctrina ha señalado que las decisiones de los organismos jurisdiccionales de carácter internacional no sólo influyen en los casos concretos de los cuales conocen y que deben ejecutarse en el ámbito interno¹³⁵, sino que la trascendencia más importante se refiere a la jurisprudencia de dichos tribunales, la cual se ha aplicado cada vez con mayor frecuencia por los organismos jurisdiccionales internos en los casos similares a los resueltos por los primeros, ya que éstos deben tutelar no sólo los derechos fundamentales consagrados por los ordenamientos constitucionales, sino también los establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por los Estados correspondientes¹³⁶.

ticia constitucional, Ombudsman y derechos humanos, 2ª. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, pp. 622-636.

¹³⁵ Ruiz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997; Buergenthal, Thomas, "International Tribunals and National Courts. The Internationalization of Domestic Adjudication", *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin-Heilderberg, 1995, pp. 687-703.

¹³⁶ Cançado Trindade, Antonio, "Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos", *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de las Comunidades Europeas, 1993, pp. 233-270. Inclusive la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha sido renuente a la utilización de precedentes judiciales extranjeros o internacionales, e inclusive algunos de sus magistrados han acudido al reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, como se observa en algunos fallos recientes, de acuerdo con lo que señala el jurista norteamericano Fine, Toni M., "El uso de precedentes jurisprudencia de origen extranjero por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América", trad. de Rodolfo Béjar, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 327-367; Silva García, Fernando, en su libro *Derechos humanos*, cit., nota 5, quien hace un amplio análisis de la influencia de las resoluciones de los organismos jurisdiccionales internacionales de carácter regional en el ámbito nacional, ya que dicha documentada obra tiene como subtítulo la denominación de *Efectos de las sentencias internacionales*, pp. 130-199, y un amplio capítulo, el cuarto, deno-

157. Si nos concentramos en la jurisdicción constitucional latinoamericana, se puede afirmar que todos los gobiernos de nuestra región han reconocido expresamente, de manera general y permanente, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si se toma en consideración, por otra parte, que ni los Estados Unidos ni Canadá han ratificado la Convención Americana, y están muy lejanos de hacerlo, y con mayor razón a la competencia contenciosa del citado Tribunal, por lo que con toda razón podemos calificarla como *Corte Latinoamericana de Derechos Humanos*. Por este motivo, se puede afirmar que la jurisprudencia del mencionado organismo jurisdiccional internacional, en primer término, y en segundo, los criterios sustentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se aplican de manera constante y cada vez con mayor frecuencia por los organismos que ejercen la jurisdicción constitucional latinoamericana, en su creciente labor de proteger los derechos fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales que han sido ratificados por los Estados de la región¹³⁷.

158. En la actualidad, veintiún países de los veinticinco que han ratificado la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos han reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana, los que se citan por orden alfabético y el año de ese reconocimiento: Argentina (1985); Barbados (2000); Bolivia (1993); Brasil (1998); Colombia (1985); Chile (1990); Costa Rica (1980); Ecuador (1995); El Salvador (1995); Guatemala (1987); Haití (1998); Honduras (1981); México (1998); Nicaragua (1991); Panamá (1990); Paraguay (1993); Perú (1981); República Dominicana (2000);

minado "Tribunales constitucionales y jurisdicción regional sobre derechos humanos: jurisprudencia constitucional inconvencional", pp. 254-321.

¹³⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999; *idem*, "Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, *cit.*, nota 6, pp. 163-224; *idem*, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", coordinada por José Ovalle Favela, *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, México, UNAM, 2006, pp. 463-522; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional"; García Ramírez, Sergio, "El futuro del sistema interamericano de protección de derechos humanos", y Hitters, Juan Carlos, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos (veinte años de vigencia)", los tres estudios aparecidos en la obra *Derecho procesal constitucional*, *cit.*, nota 51, t. II, pp. 1571-1585; 1587-611; y 1647-1683, respectivamente, y Brewer Carías, Allan R., "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden jurídico interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, núm. 6, 2006, pp. 29-78.

Suriname (1987); Uruguay (1985); y Venezuela (1985). Debe hacerse la aclaración de que Trinidad y Tobago se había sometido a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana en 1981, pero denunció la Convención Americana el 26 de mayo de 1998 y, después de haber transcurrido el año que establece el artículo 78 de la citada Convención, actualmente ha quedado sin efecto ese reconocimiento¹³⁸.

159. La doctrina ha hecho mención de la tendencia creciente en los ordenamientos latinoamericanos para la aplicación de la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos en el ámbito interno, de manera preferente la establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³⁹, pero también debe tomarse en consideración que la propia Corte Interamericana ha tomado en cuenta el derecho interno de los ordenamientos latinoamericanos para las decisiones y opiniones que ha pronunciado¹⁴⁰, lo que significa, como se ha señalado con anterioridad, que existe una influencia constante y recíproca entre los tribunales nacionales y la jurisdicción internacional, especialmente la interamericana¹⁴¹.

¹³⁸ *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (actualizado a junio de 2005)*, San José, Secretaría de la Corte Interamericana, 2005.

¹³⁹ La jurisprudencia actual de la Corte Interamericana tanto en opiniones consultivas como en decisiones jurisdiccionales de fondo es considerable, y al respecto puede consultarse el documentado estudio coordinado por el destacado jurista mexicano Sergio García Ramírez, actualmente presidente del propio tribunal, intitulado *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2 vols. el primero aparecido en 2002, pero actualizado, en la segunda edición, México, UNAM, 2006, que contiene los criterios sustentados por ese tribunal internacional desde el inicio de sus funciones a finales de 1979 hasta diciembre de 2005. En dicha obra también puede consultarse el cuidadoso análisis realizado por el mismo García Ramírez y Toro Huerta, Mauricio Iván del, "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia", vol. II, pp. XI-LXXXII, También es muy útil la consulta de la obra colectiva *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo (1979-2004)*, que contiene estudios elaborados por los jueces de dicho tribunal, y publicado por el mismo en San José, Costa Rica, 2005. El extenso análisis por materias de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, de acuerdo con las materias respectivas, "Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1979-2004", pero se le agregaron al final los propios criterios hasta junio de 2005, pp. 523-1228.

¹⁴⁰ En cuanto a las segundas, debe tomarse en cuenta el excelente estudio realizado por el distinguido internacionalista, que también fue presidente y juez del citado tribunal, Gros Espiell, Héctor, "Algunas cuestiones relativas al derecho interno en la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm., 3, 1999, pp. 349-371.

¹⁴¹ *Cfr.* el minucioso estudio del conocido jurista venezolano Ayala Corao, Carlos M., quien fuera miembro y presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Hu-

160. Aun cuando no con la misma intensidad, podemos señalar que también han tenido influencia en los organismos jurisdiccionales internos de Latinoamérica los criterios establecidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ya que son numerosos los países de nuestra región, México entre ellos, que han ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y por tanto se han sometido a las recomendaciones de dicho comité, inclusive en cuanto a las reclamaciones individuales, y además deben destacarse los criterios generales que en varios aspectos ha establecido dicho organismo¹⁴², que si bien no puede considerarse como jurisdiccional en sentido estricto, sí posee funciones parajudiciales de instrucción, en cierta manera similares a las de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a su atribución de formular recomendaciones¹⁴³.

161. Sería complicado realizar un estudio minucioso de los numerosos ejemplos que se acrecientan progresivamente, de sentencias pronunciadas por los tribunales internos, particularmente los especializados, en la solución de conflictos de constitucionalidad, que invocan los criterios de la Comisión y la jurisprudencia de la Corte interamericanas de Derechos Humanos, para fundamentar sus decisiones. Por ello nos limitaremos a proporcionar algunos ejemplos significativos, y podemos afirmar que entre los principales países que han seguido esta práctica destacan Argentina,

manos, "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional". Con un planteamiento similar puede consultarse el análisis del jurista mexicano Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)", ambos trabajos publicados en la obra *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 130. El primero publicado en el vol. II de dicha obra, pp. 1471-1531. Además debe tomarse en cuenta el minucioso y exhaustivo estudio elaborado por el conocido constitucionalista chileno Nogueira Alcalá, Humberto, "Los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del derecho: doctrina y jurisprudencia", *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, núm. 12, 2006, pp. 67-104.

¹⁴² Una transcripción en castellano de criterios generales del Comité de Derechos Humanos establecido por el Protocolo Opcional del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas puede consultarse en la obra compilada por Carbonell, Miguel et al., *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, pp. 255-344.

¹⁴³ Cfr. entre otros, Steiner, Henry J., "Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for Human Rights Committee?", *The Future of Human Rights Treat Monitoring*, editada por Philip Alston y James Crawford, Oxford University Press, 2000, pp. 15-53.

Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica¹⁴⁴, Guatemala¹⁴⁵, Perú y Venezuela, entre otros.

162. Por lo que se refiere a los tribunales mexicanos, se han quedado rezagados en esta aplicación, aun cuando recientemente la Suprema Corte de Justicia ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los criterios de la Comisión. Sin embargo, se advierte la preocupación del más alto organismo jurisdiccional mexicano por incrementar esta práctica por parte de los jueces y magistrados federales, y con la colaboración de la Corte Interamericana, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ha organizado varios cursos dedicados a los juzgadores federales sobre el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en el ámbito interamericano, para lograr un mayor conocimiento entre ellos de esta importante materia, por lo que es de esperar que en un tiempo corto se incremente la utilización de tales criterios y jurisprudencia interamericana por parte de los jueces mexicanos.

163. Constituye un elemento muy significativo la importancia que asume la aplicación de criterios de la Corte y la Comisión Interamericanas, así como las de otros organismos internacionales, pero con menos fuerza, en los derechos internos de los países de nuestra región. Dentro de esta evolución debe destacarse la muy reciente aparición de la publicación periódica *Diálogo jurisprudencial*, que lleva el subtítulo *Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*¹⁴⁶, que contiene el análisis de varias sentencias significativas en las cuales varios tribunales internos latinoamericanos, la mayoría de ellos especializados en la solución de conflictos constitucionales, han aplicado dichos criterios, inclusive algún fallo de la Corte Suprema de Barbados. Todo ello nos indica el creciente interés de la doctrina y la jurisprudencia latinoamericanas en esta esencial materia, por lo que es factible que aumente en un futuro próximo la aplicación de la jurisprudencia y los precedentes

¹⁴⁴ Navarro de Valle, Hermes, *Derechos humanos y Sala Constitucional*, San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1996. En el índice analítico, el autor señala los numerosos preceptos de los instrumentos internacionales que han sido aplicados directamente hasta ese momento por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

¹⁴⁵ Colmenares, Carmen María de, "Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de Guatemala", *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, núm. 5, pp. 67-90.

¹⁴⁶ México, núm. 1, julio-diciembre de 2006, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Konrad Adenauer Stiftung.

de los organismos que integran el sistema interamericano, por parte de los jueces y tribunales de nuestra región.

164. La doctrina latinoamericana ha invocado para considerar obligatorias tanto la jurisprudencia de la Corte como los precedentes de la Comisión Interamericanas, el texto del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por todos los países de nuestra región, según lo hemos dicho con anterioridad, precepto que dispone¹⁴⁷:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1º (que se refiere a la obligación de los Estados a respetar los derechos y libertades constados por dicha Convención) no estuviese ya garantizado por medidas legislativas o de otro carácter, los Estados se comprometen a adoptar, con arreglo a sus disposiciones constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas y de otro carácter (en esta última frase quedaría comprendida la jurisprudencia y los precedentes de la Corte y la Comisión), *que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades* (las cursivas son mías).

165. No es aventurado estimar que en un tiempo corto se convierta en actividad constante de los organismos jurisdiccionales especializados en la decisión de conflictos constitucionales, la utilización de la jurisprudencia de la Corte y los precedentes de la Comisión Interamericanas en sus resoluciones, en virtud de que como se ha reiterado en el curso de este breve ensayo, tanto los órganos internos como los interamericanos deben resolver sobre la constitucionalidad, los primeros, y sobre el carácter internacional, los segundos, respecto de la tutela de los mismos derechos, si bien lo hacen con un enfoque diverso, pero sobre la misma materia.

VII. NECESIDAD DE ESTABLECER PROCEDIMIENTOS INTERNOS PARA REGULAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS Y LAS RECOMENDACIONES ACEPTADAS DE LA CORTE Y LA COMISIÓN INTERAMERICANAS DE DERECHOS HUMANOS

166. Debe destacarse que los ordenamientos latinoamericanos, con pocas excepciones, no han expedido normas internas específicas para regular el cumplimiento de las recomendaciones aceptadas de la Comisión Inte-

¹⁴⁷ Cfr. entre otros, Ayala Corao, Carlos, "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional", *cit.*, nota 141, pp. 624-636.

americana (que al ser aceptadas se convierten en obligatorias para los Estados respectivos), así como las resoluciones de la Corte Interamericana, que son imperativas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 61.1 de la Convención Americana, el cual establece que “*Los Estados Partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes...*” (las cursivas son mías). Lo anterior significa que los gobiernos a los cuales se dirigen las sentencias condenatorias de la Corte deben cumplir de la manera más expedita posible los fallos del citado tribunal, así como las reparaciones correspondientes, que no sólo implican actualmente indemnizaciones pecuniarias, sino también otros medios o instrumentos de reparación, de acuerdo con la evolución que ha tenido esta materia por la jurisprudencia de la propia Corte¹⁴⁸.

167. Si se pasa una revista a la legislación latinoamericana, podemos señalar que son muy escasas las normas en esta fundamental materia, pero en cuanto a estas disposiciones legislativas se pueden destacar: a) Perú, país en el cual se ha desarrollado con mayor amplitud esta materia; b) Colombia, y c) muy recientemente el ordenamiento mexicano.

168. a) Por lo que respecta a Perú, se deber tomar en consideración que el artículo 205 de su carta fundamental vigente de 1993 (que tiene su antecedente en el artículo 305 de la Constitución anterior de 1979) dispone que “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados o convenios de los que Perú es parte”.

169. Originalmente el mencionado precepto fundamental de la Constitución de 1993 estaba reglamentado por los preceptos de la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo, publicada el 8 de diciembre de 1982, con fundamento en la carta de 1979, y que sufrió varias reformas con motivo de la actual carta fundamental de 1993, ordenamiento legislativo que estuvo vigente hasta hace poco tiempo. El título V de dicha ley, intitulado “De la

¹⁴⁸ Aguiar A., Asdrúbal, “La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, núm. 17, enero-junio de 1993, pp. 9-46; Fix-Zamudio, Héctor, “La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, pp. 205-242. Más recientemente, García Ramírez, Sergio, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, cit., nota 139, pp. 1-85.

jurisdicción internacional”, contenía varias disposiciones, entre las cuales destacaba la contenida en el artículo 40, el cual “en esencia establecía que la resolución de los organismos internacionales a cuya jurisdicción obligatoria se hubiese sometido el gobierno peruano no requería para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión o examen previo alguno”¹⁴⁹.

170. Sin embargo, recientemente se sustituyeron los preceptos anteriores por la Ley 27,775, publicada el 7 de julio de 2002, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales al establecer dos tipos de procedimiento: el primero, para la ejecución del fallo que ordena el pago de una suma determinada, y el segundo, para la entrega de una cantidad por determinar. Además, el citado ordenamiento establece un procedimiento abreviado para fijar la responsabilidad patrimonial y el monto indemnizatorio, si el fallo contiene declaración de que la parte afectada ha sufrido daños y perjuicios distintos al derecho conculcado como consecuencia del juzgamiento internacional.

171. El artículo 8° dispone que para el pago de suma por determinar, el procedimiento para fijar la reparación patrimonial, así como el monto indemnizatorio, las partes (el Estado demandado y el particular afectado) podían acudir al arbitraje. El Artículo 5° regula el derecho de repetición, de acuerdo con el cual, una vez que se establece la responsabilidad personal de la autoridad, funcionario o empleado público que dio motivo al procedimiento internacional, el Estado está facultado para iniciar el proceso judicial respectivo con objeto de obtener la reparación de daños y perjuicios. Un precepto significativo del citado ordenamiento es el que establece el procedimiento de las llamadas medidas provisionales (precautorias o cautelares), que deben ser cumplidas por el juez peruano dentro del plazo de veinticuatro horas, contadas a partir del recibo de la declaración respectiva.

172. En la actualidad, además de los anteriores preceptos, deben tomarse en consideración como marco general en esta materia los artículos 114 a 116, del vigente Código Procesal Constitucional, publicado el 31 de mayo de 2004, que establece los principios básicos sobre la competencia de los organismos internacionales, entre los cuales se mencionan al Comité de Derechos Humanos, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

¹⁴⁹ El mismo precepto establecía, además, que “La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos vigentes sobre ejecución de sentencia”.

de la Organización de los Estados Americanos y a aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por los tratados internacionales que obliguen al Perú (artículo 114). Aquí se advierte la omisión no corregida en el nuevo ordenamiento, respecto a las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia contenciosa fue reconocida expresamente por el Perú desde 1981. Además, se establece la ejecución inmediata de las resoluciones internacionales¹⁵⁰, así como la obligación de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional de proporcionar documentos y antecedentes a los citados organismos internacionales, así como todo otro elemento que a juicio del organismo internacional sea necesario para su ilustración y para mejor resolver el asunto sometido a su competencia (artículo 116).

173. Por otra parte, si bien sólo a nivel reglamentario, la extensa legislación anterior ha sido reglamentada por los decretos supremos 014 y 015, expedidos por el Ejecutivo en diciembre del año 2000, por los cuales se establece el procedimiento para el seguimiento de recomendaciones de órganos internacionales en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional, el cual se tramita ante la Comisión Especial de Seguimiento, en consulta con el presidente del Consejo Nacional de Derechos Humanos, ya que a dicha Comisión le corresponde la vigilancia de las resoluciones internacionales no jurisdiccionales de derechos humanos. Estas disposiciones fueron complementadas por el decreto supremo 005-2002-JUS, publicado el 26 de febrero de ese año, por el cual se conformó la Comisión de Trabajo Interinstitucional para el Seguimiento de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativas al comunicado conjunto, suscrito el 22 de febrero de 2001 entre el gobierno peruano y dicha Comisión Interamericana.

174. Otro ordenamiento latinoamericano que ha legislado sobre esta materia es Colombia, por conducto de la Ley 288, publicada el 8 de junio de 1996, en la cual se establecen instrumentos específicos para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas por determinados organismos

¹⁵⁰ El artículo 115 de dicho ordenamiento dispone al respecto: "Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano, no requieren para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente de conformidad con lo previsto por la Ley número 27,775 (mencionada el texto), que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales".

internacionales de derechos humanos en beneficio de las víctimas de violaciones de tales derechos. Si bien el Artículo 2º de dicho ordenamiento se refiere únicamente al Comité de Derechos Humanos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con una interpretación evidente por mayoría de razón de dicho precepto, incluye también a la Corte Interamericana, ya que el gobierno colombiano se sometió expresamente a su jurisdicción, de manera permanente desde 1985.

175. Por lo que se refiere al ordenamiento mexicano, se creó muy recientemente un instrumento para garantizar la *responsabilidad patrimonial, directa y objetiva* tanto del gobierno federal como los de las entidades federativas, la que se estableció por una reforma constitucional que fue desarrollada en su ley reglamentaria, en la cual se establecieron las disposiciones relativas al procedimiento para el cumplimiento de las indemnizaciones establecidas por las recomendaciones aceptadas y por las sentencias de los organismos internacionales reconocidos por el gobierno mexicano¹⁵¹.

176. Debido a las constantes y permanentes gestiones del conocido jurista mexicano Álvaro Castro y Estrada¹⁵², se logró que el Congreso de la Unión aprobara la reforma del artículo 113 de la Constitución federal, así como la modificación del título V de la misma carta fundamental, el que actualmente se intitula “De las responsabilidades de los servidores públicos y *patrimonial del Estado*” (las cursivas son mías). El texto del citado precepto fundamental dispone:

La responsabilidad del Estado por lo daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause a los bienes o derechos de los particulares, *será objetiva y directa*. Los particulares tendrán derecho a indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes (las cursivas son mías).

¹⁵¹ Debe hacerse notar que el régimen moderno de la responsabilidad patrimonial objetiva y directa del Estado se ha establecido en varios ordenamientos latinoamericanos. Cfr. Hernao, Juan Carlos, “La responsabilidad patrimonial del Estado de Colombia”, *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, UNSTA, 1982; Greiff, Gustavo de, “Aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano a la prestación del servicio público de salud”; Cambier, Beltrán, “La responsabilidad del Estado en Argentina”, y Subiré, Carlos, “La responsabilidad patrimonial del Estado en Argentina”, estos dos últimos en *La responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., nota 148, pp. 105-182.

¹⁵² *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2007.

177. En la misma reforma se obliga reglamentar la responsabilidad objetiva y directa no sólo al Congreso de la Unión en materia federal, sino también a las legislaturas de los estados y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en el plazo de dos años contados a partir de la vigencia de dicha modificación constitucional, la que fue publicada el 31 de diciembre de 2001, para entrar en vigor el primero de enero de 2002, pero el cumplimiento de esta *vacatio legis* ha sido muy errático, si se toma en cuenta que la Ley Federal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado se publicó con un año de retraso, es decir, el 31 de diciembre de 2004 y con entrada en vigor el primero de enero de 2005, y las de carácter local se encuentran todavía en tramitación, por lo que han incurrido en omisión legislativa. Debe tomarse en consideración que la elaboración de las disposiciones legislativas correspondientes no resulta sencilla, debido a la complicación de la materia, que obliga a los legisladores a hacer reformas a varios ordenamientos vigentes para adecuarlos a los nuevos preceptos fundamentales.

178. La responsabilidad objetiva y directa es una novedad en nuestro ordenamiento, por el rezago en que se había incurrido en esta materia, si se compara con otras legislaciones latinoamericanas. En efecto, durante muchos años se había seguido el sistema tradicional que se consagraba en los códigos civiles, Federal y de las entidades federativas, el cual era un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado de carácter subsidiario, ya que los afectados debían seguir primeramente un proceso civil ordinario contra los funcionarios o empleados que consideraran responsables de los daños y perjuicios que los mismos les habían causado, y únicamente en el caso de insolvencia de dichos empleados y funcionarios determinada en ese juicio, los interesados debían acudir a otro proceso también civil ordinario contra el gobierno federal o local respectivos, para obtener de ellos la determinación y el pago de los daños y perjuicios correspondientes¹⁵³. La mayoría de los afectados renunciaban a la vía jurisdiccional, que era sumamente prolongada y compleja, y acudían a gestiones administrativas ante los propios gobiernos, que en la mayoría de los casos se consideraban discrecionales, y por ello generalmente resultaban insatisfactorias para los reclamantes.

¹⁵³ Carrillo Flores, Antonio, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, Librería de Porrúa Hermanos, 1939, pp. 217-237; *idem*, "La responsabilidad del Estado en México", en el libro del propio autor, *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, *cit.*, México, UNAM, 1987, pp. 9-223; Castro Estrada, Álvaro, "Respuesta al reto que planteara don Antonio Carrillo Flores a los alumnos de la Escuela Libre de Derecho sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 23, 1999, pp. 67-122.

179. Un pequeño paso se dio en 1994, en el cual se modificaron los preceptos relativos del Código Civil Federal, para sustituir la responsabilidad subsidiaria del Estado, por una de carácter solidario entre este último y los funcionarios y empleados responsables, y además en el mismo año de 1994 se modificaron varios preceptos de la Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos, tanto de la Federación como del Distrito Federal. En esta modificación se estableció una *responsabilidad directa* (pero no objetiva) del Estado por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares por parte de los empleados y funcionarios que hubieran ocasionado dichos daños y perjuicios. Debe tomarse en cuenta que con motivo de las reformas sustanciales al artículo 122 de la carta federal vigente, en 1966, otorgaron una mayor autonomía al Distrito Federal, inclusive en materia legislativa, para regular en forma autónoma la responsabilidad de los gobiernos federal y del propio Distrito Federal.

180. Dicha responsabilidad directa introducida en 1994, únicamente podía reclamarse por los afectados, en el supuesto de que en los procedimientos de responsabilidad administrativa seguidos a empleados o funcionarios se considerara que habían ocasionado daños y perjuicios a los particulares, éstos podrían reclamarse por los interesados ante la autoridad administrativa que los hubiera ocasionado, y en el supuesto de una negativa o un pago insatisfactorio, se podía acudir ante el entonces Tribunal Fiscal de la Federación (actualmente Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa), o bien en el caso de que se imputaran dichos daños y perjuicios a una autoridad del Distrito Federal, la vía conducente sería la del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. También procedía esta reclamación ante la autoridad administrativa federal cuando una recomendación emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que hubiera sido aceptada por la propia autoridad a la que estaba dirigida, estableciera la procedencia del pago de daños y perjuicios¹⁵⁴.

181. En la citada Ley Federal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, que entró en vigor en enero de 2005, se introducen varios preceptos relativos al pago de indemnizaciones establecidas en las recomendaciones o en las decisiones de los organismos internacionales que se dirigen al gobierno mexicano. En el Artículo 2º de dicho ordenamiento, relativo a la aplicación de las disposiciones de la propia Ley, se hace referencia al cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

¹⁵⁴ Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 1997, pp. 51-88.

ya que el Estado mexicano se ha sometido expresamente a la competencia contenciosa de dicho tribunal el 18 de diciembre de 1998¹⁵⁵, así como respecto a las recomendaciones dirigidas a México por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si éstas son aceptadas por nuestro gobierno, ya que entonces, como se ha dicho, adquieren carácter obligatorio.

182. El tercero y último párrafo del mismo Artículo 2º precisa que la aceptación y cumplimiento de las recomendaciones respectivas deberán efectuarse por el ente público federal que ha sido declarado responsable, y lo mismo deberá observarse para el cumplimiento de las reparaciones establecidas en los fallos jurisdiccionales de la Corte Interamericana. La Secretaría de Relaciones Exteriores será el conducto para informar de los cumplimientos respectivos tanto a la Comisión como a la Corte Interamericanas, según corresponda. Estas normas deben considerarse como un notorio avance, si tomamos en consideración, como se ha sostenido anteriormente, que son escasos los gobiernos latinoamericanos que han regulado los procedimientos específicos para hacer efectivos dichos fallos y recomendaciones, no obstante el creciente predominio en el ámbito interno del derecho internacional de los derechos humanos¹⁵⁶.

VIII. CONCLUSIONES

183. *Primera.* El tema de las relaciones de los tribunales, cortes y salas constitucionales, así como las cortes o algunos tribunales o cortes supremas que han evolucionado en su competencia para abarcar la resolución predominante de cuestiones de constitucionalidad, todo ello en Latinoamérica, con los organismos del sistema interamericano de derechos humanos, y en especial con la Corte Interamericana, no es sencillo de analizar, pues abarca problemas muy complejos, y además esta materia se encuentra en constante evolución recíproca. El enfoque que resulta más útil, en mi opinión, es desde el derecho procesal constitucional, que es la disciplina situada en la frontera de los derechos procesal y constitucional, y requiere de las aportaciones de los expertos en estas dos ramas de la ciencia del derecho, y su recíproca colaboración. Además, es preciso emplear el método histórico comparativo, para poder reflexionar con mayores elementos que

¹⁵⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., nota 137.

¹⁵⁶ Castañeda Otsu, Susana Ynés, "Jurisdicción supranacional", en la obra coordinada por la misma autora, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2003, pp. 520-531.

permitan esclarecer con cierta precisión la complicada problemática de estas relaciones entre los ámbitos nacionales y los internacionales.

184. *Segunda.* Existen dos cuestiones previas que deben tomarse en consideración para iniciar este estudio tan complejo. En primer lugar, es preciso señalar el progresivo y constante fenómeno de la internacionalización de las normas constitucionales internas, en particular en la materia de derechos humanos, por conducto de la evolución de los ordenamientos latinoamericanos hacia el reconocimiento de la supremacía de los tratados internacionales en general, pero con mayor vigor en materia de derechos humanos. En una ojeada al conjunto de los ordenamientos fundamentales de Latinoamérica se puede observar que existe un desarrollo que parte de: a) el reconocimiento de la supremacía interna del derecho internacional de los derechos humanos en relación con las leyes internas, pero inmediatamente por debajo de las normas constitucionales; b) el otorgamiento a los derechos fundamentales de los tratados internacionales del rango o equivalencia a las normas constitucionales internas, y c) finalmente, se advierte una tendencia hacia la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos, o al menos algunos de ellos, por encima de las disposiciones fundamentales. En México había existido una tradicional tesis de jurisprudencia (siguiendo el ejemplo de la Corte Suprema de los Estados Unidos), en el sentido de que los tratados internacionales en general, al ser incorporados en el derecho interno con la ratificación del Ejecutivo y aprobación del Senado Federal, debían ser considerados a nivel de leyes federales, pero en 1999 la Suprema Corte de Justicia modernizó su criterio de jurisprudencia, para interpretar el artículo 133 de la carta federal (muy similar al artículo VI de la Constitución norteamericana), en el sentido de que los tratados internacionales en general tienen una jerarquía superior a las leyes federales y locales, inmediatamente inferior a las disposiciones fundamentales.

185. *Tercera.* En segundo lugar, considero necesario establecer las diferencias entre los tribunales internacionales en sentido estricto, como lo es la Corte Interamericana, respecto de aquellos que se pueden calificar como organismos jurisdiccionales de naturaleza transnacional, pues los dos interpretan y aplican dos géneros de normas jurídicas. Los primeros, como su misma designación lo señala, utilizan como marco normativo las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, en particular el contenido en los tratados multilaterales que contienen los lineamientos más generales de estos derechos, como son las declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre; los pactos de las Naciones sobre Derechos Civiles y Políticos, sobre los Económicos, Sociales y Culturales,

así como la Convención Americana de Derechos Humanos, sin perjuicio de otros derechos establecidos en numerosos pactos internacionales, pero de carácter específico.

De manera diversa, los tribunales transnacionales interpretan y aplican derechos establecidos en los tratados internacionales por medio de los cuales se crean o establecen comunidades estatales, así como aquellos que regulan normas de integración, que se encuentran en un grado intermedio entre los derechos nacionales de los Estados que se asocian, como ocurre con la Unión Europea, normas que integran lo que puede calificarse como derecho comunitario, así como aquellos Estados que se vinculan, particularmente en materias económicas, para integrarse de manera paulatina, y cuya regulación está contenida en el que puede llamarse derecho de la integración, que regula asociaciones, entre las que se puede enumerar a las comunidades andina, centroamericana, y más recientemente el Mercosur, las que han establecido sus respectivos tribunales transnacionales. Si intentamos una visión más amplia, se puede afirmar que las Naciones Unidas han establecido un tribunal internacional de carácter general, es decir, la Corte Internacional de Justicia, así como otros de competencia específica, y aquellos que tienen por objeto tutelar ciertos derechos humanos cuya violación puede afectar a toda la comunidad internacional. Entre estos últimos podemos mencionar a la Corte Penal Internacional, de vigencia reciente, además de otros dos especializados, como son los tribunales de Yugoslavia y de Ruanda, el primero regido por un estatuto aprobado como tratado internacional, y los otros dos por acuerdo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Además, se deben citar los tribunales internacionales de carácter regional, como las cortes Europea, Interamericana y Africana de Derechos Humanos, esta última todavía en formación.

186. *Cuarta.* Es necesario señalar las diferencias de las funciones de los tribunales internacionales y los transnacionales que hemos descrito en el párrafo anterior. Los últimos tienen la categoría de organismos jurisdiccionales de mayor jerarquía en las materias comunitarias o de integración, de tal manera que sus decisiones son imperativas para los tribunales nacionales respectivos, los que además están sujetos a las decisiones y a la jurisprudencia de estos organismos jurisdiccionales. Por el contrario, los tribunales internacionales no son superiores jerárquicamente respecto de los organismos jurisdiccionales nacionales de los países que se han sometido a su competencia contenciosa, ya que los del ámbito interno aplican las normas nacionales sometidas en último grado a las de carácter constitucional, en tanto que los tribunales internacionales interpretan y aplican las normas de los tratados internacionales, especialmente los de derechos humanos,

y sólo analizan las violaciones de dichos derechos por parte de los Estados involucrados, por lo que es ajena a su competencia la constitucionalidad interna de los mismos, y únicamente resuelven sobre su oposición a las disposiciones internacionales. Debido a ello, dichos organismos jurisdiccionales de carácter internacional no constituyen un grado de revisión de las resoluciones de los tribunales internos, ya que utilizan distintos enfoques en su conocimiento y resolución.

187. *Quinta*. En los ordenamientos latinoamericanos había predominado hasta la segunda mitad del siglo XX el calificado como sistema americano de justicia constitucional, originado en el derecho público de los Estados Unidos, que se caracteriza por su carácter *difuso*, en que todos los jueces, sin importar su jerarquía, han tenido y tienen la facultad, e inclusive la obligación, de desaplicar en los procesos concretos de que conocían, las disposiciones legislativas contrarias a la carta suprema; el procedimiento se plantea por la vía calificada como incidental o prejudicial, y los efectos de la resolución definitiva y firme sólo tenían efectos individuales, es decir, únicamente para las partes y en los casos concretos en los cuales se pronunciaban los fallos, aun cuando se impugnara la constitucionalidad de normas generales. Estos efectos particulares tenían carácter retroactivo hasta donde ello era posible. El otro gran sistema o régimen de justicia constitucional es el calificado como continental europeo o kelseniano (ya que se debió al ilustre jurista austriaco Hans Kelsen el haberlo iniciado en la Constitución de ese país de 1920), se ha implantado a partir de los setenta del siglo anterior en Latinoamérica, pero ha subsistido conjuntamente con el americano, con lo que se han creado sistemas mixtos. Este régimen calificado de europeo continental se encomienda a un tribunal o corte constitucional, ya que los jueces ordinarios carecen de facultades para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los actos y las leyes; la vía se denomina concentrada, ya que los afectados deben acudir a dicho órgano que conoce del fondo de la constitucionalidad; y finalmente, si se trata de normas generales impugnadas, los efectos son generales o *erga omnes*, pero sólo para el futuro, y excepcionalmente retroactivos. Estos dos sistemas, que en un principio eran diversos, pues sus elementos eran muy diferentes, se han aproximado de manera paulatina, de manera que en la actualidad se encuentran muy próximos, y se combinan de manera constante.

188. *Sexta*. Esta evolución para introducir ciertos aspectos del sistema europeo en un contexto en el cual tenía primacía el americano, se inició en América Latina partir de 1965, y se ha extendido desde entonces, y al respecto podemos señalar en orden de aparición: a) Corte de Constitucionalidad de Guatemala, de acuerdo con el modelo continental europeo, y

establecida en la carta fundamental de ese año de 1965, pero sin abandonar totalmente el americano, tribunal que fue suprimido por posteriores gobiernos militares. Este organismo jurisdiccional fue restablecido con bases más firmes y con mayores facultades, en la carta fundamental de 1985, que sirvió de apoyo a la vuelta al régimen democrático en ese país; b) el Tribunal Constitucional introducido en la carta chilena de 1925, reformada en enero de 1970. Este organismo jurisdiccional fue suprimido por el régimen militar que derrocó por la fuerza en 1973 al presidente Salvador Allende. Dicha dictadura castrense restableció sorpresivamente dicho tribunal en la nueva Constitución de 1980, pero con serias limitaciones, que en cierta manera fueron atenuadas en el plebiscito de 1989, que permitió volver al régimen democrático. Las modificaciones constitucionales de 2005 reestructuraron sustancialmente a dicho tribunal, y lo fortalecieron con nuevas facultades de justicia constitucional; c) la Corte Constitucional colombiana fue creada en la nueva ley fundamental de 1991, y ha tenido un desempeño muy dinámico hasta la actualidad; d) el Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador fue introducido sin un perfil preciso en la Constitución de 1945, suprimido posteriormente por gobiernos autoritarios, fue restablecido en las reformas fundamentales de 1967 y la carta constitucional de 1978, con la nueva denominación de Tribunal Constitucional, se vigorizó por medio de las reformas sustanciales de 1996 a esta última y especialmente en el texto en vigor de 1998; e) la carta fundamental de Perú de 1979 introdujo el también llamado Tribunal de Garantías Constitucionales, que funcionó de manera insatisfactoria hasta el autogolpe del presidente Fujimori en los años noventas, régimen que propició la expedición de la nueva ley fundamental de 1993, todavía en vigor, que sustituyó dicho organismo jurisdiccional por el actual Tribunal Constitucional, que tuvo un desempeño accidentado, hasta que fue vigorizado por el régimen provisional que se estableció con motivo de la salida del país del propio Fujimori en 1992, el cual promovió algunas modificaciones para fortalecerlo, las que continuaron durante los gobiernos democráticos posteriores. La legislación reglamentaria fue también modificada, y actualmente sustituida por el Código Procesal Constitucional expedido en 1994; f) también debe mencionarse el Tribunal Constitucional de Bolivia, establecido en las reformas constitucionales y legales de 1994 a la carta de 1967.

189. *Séptima.* Algunos ordenamientos fundamentales latinoamericanos han creado una nueva figura con el nombre de Sala Constitucional dentro del seno de las cortes o tribunales supremos, pero con facultades autónomas. Dentro de esta modalidad se pueden citar las salas constitucionales de: a) Costa Rica, en la reforma fundamental de 1989; b) El Salvador, carta

de 1967, reformada en 1981; c) Paraguay, Constitución de 1992; Nicaragua, en las modificaciones fundamentales de 1995 a su carta de 1987, y finalmente Venezuela en su Constitución de 1999. Otro sector que debe considerarse es la transformación paulatina de las cortes o tribunales supremos de algunos ordenamientos latinoamericanos, que han transitado de tribunales con funciones de control de legalidad con algunas funciones de justicia constitucional, a verdaderos tribunales constitucionales desde el punto de vista material, como ha ocurrido con: a) la Suprema Corte de México, que se transformó de manera paulatina de un tribunal predominantemente de casación con limitadas funciones de justicia constitucional, y sin cambiar de denominación, a un verdadero tribunal constitucional desde un enfoque material. Este desarrollo se inició con las reformas constitucionales y legales de 1988, que sin modificar su estructura le confirieron el conocimiento y decisión de las cuestiones de constitucionalidad y se trasladaron las de legalidad a los tribunales colegiados de circuito. Esta evolución se acentuó en las modificaciones constitucionales y legales de 1995, que además del juicio de amparo ampliaron sustancialmente las llamadas controversias constitucionales, que no tuvieron aplicación práctica con anterioridad, y que se limitaban únicamente a los conflictos de competencia entre la Federación y las entidades federativas, ya que en dichas modificaciones se introdujeron en esa institución los conflictos de atribución entre los diversos órganos de gobierno de la Federación y de las entidades y se creó un nuevo instrumento: la acción (abstracta) de inconstitucionalidad, que reforzó a los grupos parlamentarios minoritarios (33%) de las cámaras de la Unión y de los estados, para impugnar las normas legislativas expedidas por la mayorías respectivas. Es preciso destacar que contra la tradición mexicana de los efectos particulares, en las controversias constitucionales (cuando se impugnen normas generales y en las acciones generales), las sentencias aprobadas por al menos ocho votos de los miembros de la Suprema Corte tienen efectos generales o *erga omnes* de anulación. Por otra parte, también se modificó la estructura del más alto tribunal, reduciendo sus miembros de los veintiséis anteriores, a únicamente once, lo que se aproxima a la conformación de las cortes o tribunales especializados. Finalmente: b) el Supremo Tribunal Federal de Brasil inició una ostensible evolución similar a la de México, pues también en 1988, con motivo de la expedición de la carta fundamental vigente, se han concentrado en dicho Tribunal Supremo facultades de justicia constitucional que predominan sobre el control de legalidad, particularmente a partir de las reformas de 1991 y 1999 sobre acciones de inconstitucionalidad, que tienen efectos generales en los supuestos de la impugnación de normas generales.

190. *Octava.* Se debe examinar también el tema relativo a las funciones que desempeñan los organismos especializados en la solución de conflictos de constitucionalidad. Existen matices y variantes en las atribuciones específicas en cada uno de ellos, pero si se parte de la base de las facultades que poseen una mayor generalidad, descubrimos que tienen en común las siguientes: a) examen de la conformidad de las normas generales legislativas y reglamentarias con la carta fundamental, y en la mayoría de esos organismos en este supuesto pronuncian declaraciones con efectos generales o *erga omnes*; b) conocimiento y resolución de las controversias de competencia entre los órganos centrales y los periféricos (de carácter vertical), así como los conflictos de atribución entre los órganos del poder del Estado (de naturaleza horizontal), con resoluciones de efectos generales en el caso de impugnación de disposiciones legislativas y reglamentarias, y c) la última y definitiva instancia de los instrumentos de protección de los derechos humanos. Además de estas competencias, que son las generalizadas, también pueden conocer de conflictos sobre la responsabilidad política y penal de los altos funcionarios del Estado; de controversias de carácter electoral en casos importantes; de la autorización para celebración de referendos o de plebiscitos, así como de las cuestiones de constitucionalidad planteadas por los jueces respecto de los procesos concretos de que conocen, entre otros. Sin embargo, entre todas estas atribuciones las que asumen cada vez mayor importancia y en número llegan a ser las más abundantes, son las relativas a la tutela en último grado de las violaciones de los derechos humanos, tanto por lo que se refiere a los otorgados por el ordenamiento interno como de aquellos que se incorporan con el carácter de derechos de fuente internacional. Esta última preeminencia se advierte en especial en los ordenamientos que han establecido instrumentos específicos para la dicha tutela de derechos fundamentales, como el hábeas corpus y el derecho de amparo, este último en sentido muy amplio, que comprende también los mecanismos equivalentes o similares, pero con diversas denominaciones, los cuales se han diversificado, debido a la dolorosa experiencia de los regímenes autoritarios en América Latina.

191. *Novena.* No es posible enumerar en estas breves conclusiones sobre una materia tan extensa los diversos y variados instrumentos específicos sobre derechos humanos que se han establecido en los ordenamientos contemporáneos, y como se ha dicho, especialmente en Latinoamérica, pero sí se debe examinar brevemente la ampliación de las materias que se han incorporado a la utilización de los citados mecanismos. Desde un punto de vista panorámico, se puede afirmar que esta evolución se ha desarrollado progresivamente en tres sectores: a) el primero que se ha analizado con

amplitud es el relativo a la tutela de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales que por una parte han tenido reconocimiento de la comunidad internacional, y por ello se han convertido en imperativos, como aquellos contenidos en las declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos (1948), y otros consagrados por los tratados internacionales generales de derechos humanos, tales como los pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966); para el continente americano, la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969), así como los derechos regulados en las convenciones Europea y Africana en estas dos regiones; b) un segundo sector es el relativo a la protección de los intereses legítimos, y no sólo de los derechos subjetivos, los primeros relativos a los derechos colectivos y en particular los llamados difusos que afectan a personas pertenecientes a grupos sociales no organizados, y c) extensión de la tutela de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, la que en la doctrina alemana se conoce con la denominación de *Drittwirkung*, y que en América Latina se ha calificado como el amparo contra actos de los particulares, pero que en realidad se refiere a la conducta de sectores sociales en situación de preeminencia o bien como poderes privados, varios de los cuales se encuentran en la posibilidad de infringir gravemente los derechos humanos de los particulares, especialmente si se toma en consideración que con los avances de la tecnología y de las privatizaciones recientes de varios servicios públicos antes prestados por las autoridades públicas, por lo que es necesario una tutela rápida y eficaz por mecanismos específicos, y no por conducto de las vías judiciales ordinarias.

192. *Décima.* Otro aspecto esencial del análisis tratándose de Latinoamérica es el relativo a las relaciones entre los tribunales, cortes, salas constitucionales, así como tribunales y cortes supremos con funciones predominantes en materia de constitucionalidad, con los organismos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es decir, con la Comisión y la Corte interamericanas, y en especial con esta última. Con el apoyo de la distinción entre los tribunales internacionales y los de carácter transnacional señalado anteriormente, se puede afirmar que estos organismos tutelares poseen un carácter supletorio y complementario de los ordenamientos nacionales, los cuales tienen a su cargo la protección primaria y sustancial de los derechos fundamentales en el ámbito interno. Únicamente cuando los mecanismos procesales internos han realizado sus funciones de manera insuficiente o inadecuada se puede acudir a la Comisión Interamericana, pero siempre que hubieran agotado los recursos internos. Este agotamiento se ha interpretado de manera flexible, en cuan-

to la Corte ha señalado en su jurisprudencia que sólo existe obligación de acudir ante los organismos nacionales cuando los mismos establezcan mecanismos adecuados, pertinentes y eficaces para garantizar la defensa de los afectados, respecto de las violaciones que reclaman, con independencia de las excepciones que señala la Convención respecto de la obligación de agotamiento de las instancias internas, es decir, en los supuestos de indefensión o de dificultades insuperables para obtener la protección primaria en el ámbito nacional.

193. *Decimoprimerá.* Una vez que la Comisión admite la reclamación, previa notificación al Estado a quien se imputan las violaciones por los afectados, y se hubiera intentado una solución amistosa en el caso de que la gravedad de las infracciones lo permita, la misma Comisión, después de una cuidadosa investigación, con audiencia del Estado respectivo, estima que se han demostrado las violaciones denunciadas, puede formular una recomendación al propio Estado indicando la forma de reparar dichas infracciones, y si esta recomendación no se acepta o no se cumple, la propia Comisión está facultada, dentro del plazo de tres meses, para formular una segunda recomendación, que se considera definitiva, o bien, si el Estado involucrado se ha sometido de manera permanente a la competencia jurisdiccional de la Corte, puede presentar una demanda ante dicho tribunal, para que examine y decida sobre las violaciones que la propia Comisión considera se han realizado. A este respecto, es necesario señalar que en el supuesto de que no se haga claramente la distinción entre la jurisdicción internacional y la transnacional o de integración, se puede incurrir en el error de acudir a organismos internacionales como si fueran tribunales de instancia, ya que entonces saturan a dichos organismos jurisdiccionales, como claramente se incurrió al aprobarse el protocolo 11 a la Convención Europea, que entró en vigor en noviembre de 1998, el cual suprimió la Comisión Europea y estableció el libre acceso ante el citado Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que se tradujo en una avalancha de demandas, que a pesar de un riguroso examen preliminar de admisión, saturó completamente a dicho Tribunal, ya que actualmente padece un rezago incontrolado de cien mil asuntos, no obstante que dicho organismo jurisdiccional tiene, a partir de entonces, carácter permanente, funciona en diversas salas, ya que se integra actualmente con 46 jueces, uno por cada Estado que ha reconocido la Convención Europea, y se ha sometido a la jurisdicción de la propia Corte.

194. *Decimosegunda.* Una interrogante existe en relación con las modificaciones necesarias para volver más ágil y eficiente la tramitación del procedimiento de selección de los asuntos que pueden ser sometidos a los or-

ganismos protectores de los derechos humanos. En el continente europeo, el Consejo de Europa analizó el problema de la enorme saturación de la Corte, y después de estudios muy cuidadosos y con el auxilio de expertos en la materia, los Estados que forman parte de dicho Consejo, y han ratificado la Convención Europea, a petición del mismo Consejo han aprobado el Protocolo 14 a la Convención Europea, que todavía no ha entrado en vigor, pero es posible que lo haga en un futuro próximo, de acuerdo con el cual, si bien no se suprime el acceso directo de los afectados al tribunal, sí se restringe considerablemente su admisión, al reconocer que este último es un organismo jurisdiccional supletorio y complementario de los ordenamientos nacionales, que deben perfeccionar la tutela interna, y por otra parte, sólo serán admisibles en cuanto entre en vigencia dicho Protocolo, los asuntos cuya materia no hubiera sido resuelta por la Corte con anterioridad en negocios similares, y además las demandas respectivas deben plantear la importancia jurídica del conflicto, la que será calificada por dicho Tribunal.

195. *Decimotercera.* Si examinamos la situación actual de los organismos del sistema interamericano de derechos humanos, podemos observar que es muy complicada. En primer lugar en virtud de que tanto la Comisión como la Corte se integran exclusivamente por siete miembros cada una, electos a título individual, ya sea por la totalidad de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, en el caso de la Comisión, o únicamente por los países que han ratificado la Convención Americana, tratándose de los jueces. Los miembros de ambos organismos duran en su cargo, los de la Comisión cuatro años, y los de la Corte, seis, con la posibilidad de una reelección para todos ellos. Además, ni la Comisión ni la Corte tienen carácter permanente, sino que se reúnen periódicamente, de acuerdo con sus posibilidades presupuestarias, las que son muy limitadas. Finalmente, dicha Corte tiene una competencia propiamente *latinoamericana*, ya que todos los Estados de nuestra región han suscrito la Convención y se han sometido a la jurisdicción del tribunal de manera permanente, en tanto que ni Estados Unidos ni Canadá han ratificado la Convención Americana, y menos aún se han sometido a la Corte, y no parece que lo harán en un futuro previsible. Así las cosas, y no obstante la dedicación y esfuerzos de los integrantes de dichos organismos, se puede comprender que debido a las restricciones tanto de personal como de tiempo de ambos organismos, el procedimiento es largo y complicado, especialmente ante la Comisión, pues son muchas las quejas y reclamaciones que reciben, y la Corte resuelve un número escaso de asuntos que en forma razonable le plantea la Comisión, no obstante la atención y esfuerzo de sus pocos integrantes. Se han

propuesto varias reformas, inclusive muy limitadas, pero todavía no se han logrado, y no nos podemos detener, debido a su variedad, en el examen de dichas propuestas.

196. *Decimocuarta.* A primera vista, y en virtud de todos los obstáculos que se han señalado, parecería que son muy esporádicas y escasas las relaciones entre los organismos jurisdiccionales especializados en la protección de los derechos humanos en el ámbito interno y la Comisión, así como la Corte interamericanas de Derechos Humanos, pero ello no es así, debido a la evolución que se observa en Latinoamérica (y que en Europa es todavía más vigorosa), en el sentido de que en forma cada vez más frecuente los organismos jurisdiccionales internos aplican los criterios de la Comisión y la jurisprudencia de la Corte, debido a la razón evidente de que interpretan derechos humanos muy similares, pues dicha tutela abarca no sólo los de carácter nacional, sino también los incorporados en los instrumentos internacionales, que se transforman en derechos de fuente internacional. Por otra parte, dicha vinculación de los organismos internos con los internacionales es recíproca, ya que también los internacionales deben conocer los derechos nacionales, al examinar el agotamiento de los recursos internos, para determinar si los mismos son suficientes y eficaces.

197. *Decimoquinta.* Otro vínculo de los organismos internacionales con los internos se refiere a la necesidad de estos últimos de dar cumplimiento, ya sea a las recomendaciones aceptadas por los Estados (pues en ese supuesto se transforman en obligatorias), así como los fallos de la Corte Interamericana, que son imperativos para los Estados a los que se dirigen, de acuerdo con lo establecido en el artículo 68 de la Convención Americana. Ello significa que es preciso establecer procedimientos internos adecuados y precisos para el cumplimiento de dichas recomendaciones y sentencias en el ámbito interno, particularmente de las reparaciones económicas (indemnizaciones). Son muy escasos los países latinoamericanos que han adoptado procedimientos específicos para el cumplimiento de recomendaciones aceptadas y resoluciones jurisdiccionales imperativas. Muy brevemente se pueden citar las disposiciones legislativas y reglamentarias que han expedido: a) Colombia (Ley 288, publicada el 8 de junio de 1998); b) Perú, con un desarrollo progresivo y amplio que se inició bajo la vigencia de la carta fundamental anterior de 1979 y continuó con la Constitución vigente de 1993, durante la cual se han expedido varias disposiciones que desarrollaron progresiva y paulatinamente los procedimientos para hacer efectivas las recomendaciones aceptadas y sentencias imperativas, los que culminan con las normas sobre esta materia contenidas en el Código Procesal Constitucional que entró en vigor en 2004; c) todavía es más reciente

esta evolución en el ordenamiento mexicano, que culminó con la aprobación de la reforma constitucional de diciembre de 2001, para establecer la responsabilidad patrimonial *objetiva y directa* tanto de la Federación como de las entidades federativas. La Ley Federal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado se aprobó a fines de 2004, para entrar en vigor en los primeros días de 2005. En esta ley se dispone que el procedimiento para hacer efectivos los daños y perjuicios causados por la actividad deficiente de las autoridades administrativas pueden aplicarse a las sentencias de la Corte Interamericana y a las recomendaciones de la Comisión admitidas por el Estado mexicano. Debido a esta situación, se advierte la necesidad de perfeccionar estos procedimientos, pero también la de introducirlos en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos que carecen de ellos.

El control judicial interno de convencionalidad¹

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ²

SUMARIO: I. Advertencia. II. El control interno de convencionalidad: perfil y características. III. La Corte Interamericana: circunstancia y actualidad. IV. Integración y fuerza del Derecho internacional (interamericano) de los derechos humanos. V. La responsabilidad unitaria del Estado. VI. Imputación al Estado. VII. El control de convencionalidad en la doctrina jurisprudencial de la CortelDH. VIII. Control interno de convencionalidad y obligaciones generales de los Estados (artículos 1 y 2 CADH). IX. Control interno de convencionalidad derivado del carácter subsidiario de la jurisdicción internacional y de la “vocación” institucional de la CortelDH. X. Control interno de convencionalidad y debido proceso. El juez natural. XI. Métodos para el control interno: concentrado y difuso. XII. Posición de la Suprema Corte de Justicia de México.

I. ADVERTENCIA

Entre los temas sobresalientes por su actualidad y trascendencia, que guardan relación con el sistema tutelar de los derechos humanos en el doble plano nacional e internacional, figura el denominado “control de convencionalidad”, de carácter judicial, al que en este trabajo me referiré, más precisamente, como “control interno de convencionalidad”.

El control de convencionalidad en su doble dimensión: externo (propio, original) e interno, ha sido objeto de largo y sólido desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde que me ocupé específicamente de este asunto, en votos particulares a los que adelante aludiré. Hoy es tema de consideración destacada en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —precisamente a propósito de la decisión adoptada por la Corte Interamericana en el *caso Radilla Pacheco*—, como primera y trascendental etapa en la tarea de conferir orden y rumbo a estas cuestiones en el ámbito del Derecho interno. No es conveniente que algu-

¹ Publicado en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.

² Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

nos progresos del sistema jurídico nacional se hallen desprovistos de cauce legal, como ha ocurrido en otras materias: así, jurisdicción para menores en conflicto con la ley penal y jurisdicción para la ejecución de penas, por ejemplo.

Por el interés que suscita el control de convencionalidad, proyectado sobre nuevos rumbos del orden jurídico mexicano, me ha parecido conveniente incluir este capítulo en la nueva edición de *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. No pretendo hacer ahora un examen detallado del control interno de convencionalidad, sino ofrecer un panorama sintético a la luz de sus fundamentos en el Derecho interamericano de los derechos humanos y de los elementos que lo han caracterizado en la jurisprudencia de aquella Corte, fuente para la consideración inicial por parte de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país.

Para los fines del presente comentario, citaré con alguna extensión —y para ello solicito la indulgencia del lector: no es mi costumbre incluir transcripciones amplias en el texto principal de mis artículos— algunos párrafos de mis votos particulares correspondientes a sentencias emitidas en la CorteIDH, que se hallan en el origen de la reflexión jurisprudencial internacional, como lo han manifestado, con objetividad que reconozco, varios tratadistas de la materia: Juan Carlos Hitters, Ernesto Rey Cantor, Néstor Sagües y Giuseppe Vergottini, entre los extranjeros, y algunos estudiosos mexicanos, como Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

También invocaré las referencias que hago en libros de los que soy coautor, recientemente publicados bajo el doble signo de la Editorial Porrúa y la UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas): así, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)* (coautora: Julieta Morales Sánchez) y *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones* (coautor: Mauricio del Toro Huerta), ambos aparecidos en el segundo semestre de 2011. Y daré cuenta de las determinaciones centrales acogidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre julio y septiembre de 2011, cuando sometió a examen diversas implicaciones de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al caso *Radilla Pacheco*, y se hizo la publicación correspondiente en el *Diario Oficial de la Federación*.

Debo decir, por lo demás, que antes de ahora he abordado con algún detenimiento estas cuestiones en conferencias sustentadas en diversos foros jurídicos nacionales; por ejemplo, las XIII Jornadas de Actualización en Derecho Procesal, organizadas por el Colegio de Profesores de Derecho Procesal “Dr. Cipriano Gómez Lara”, el Instituto Mexicano de Derecho Procesal y el Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de

Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (México, 24 de junio de 2011), y el Seminario sobre las Reformas Constitucionales en Materia de Derechos Humanos y Amparo, de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados (México, 7 de octubre del mismo año).

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: PERFIL Y CARACTERÍSTICAS

Con el propósito de plantear adecuadamente —desde mi punto de vista— el desarrollo de esta materia, estimo conveniente apuntar desde ahora ciertos elementos que permiten la aproximación al control interno de convencionalidad, a sabiendas de que algunos pudieran quedar incluidos, con igual o mayor razón, en las conclusiones del trabajo. Valgan, pues, como hipótesis de partida y como adelanto de la tesis que resulta de mis reflexiones.

El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas —bajo el imperio del Derecho internacional de los derechos humanos—, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que haya aludido a un control *propio, original o externo*.

Ahora bien, cuando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales —o a todos los órganos jurisdiccionales, como *infra* veremos— para verificar la congruencia entre actos internos —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del Derecho internacional (que en la hipótesis que me interesa reduciré a una de sus expresiones: el Derecho internacional de los derechos humanos, y más estrictamente, el Derecho interamericano de esa materia).

De esa verificación, que obviamente implica un ejercicio de interpretación, provendrán determinadas consecuencias jurídicas: sustancialmente, la convalidación o la invalidación (obtenidas por distintos medios y con di-

ferentes denominaciones) del acto jurídico doméstico inconsecuente con el ordenamiento internacional.

En principio —y en términos muy generales— el proceso *lógico* de confrontación entre normas nacionales e internacionales no corre sólo a cargo de las autoridades jurisdiccionales —aunque en el presente estudio me ocuparé solamente de este supuesto—, sino puede y debe ser cumplido igualmente por cualquier persona, y ciertamente por cualesquiera autoridades llamadas a promover, respetar, proteger y garantizar, en el espacio de sus atribuciones, los derechos humanos. Esto último destaca en el artículo 1º constitucional, conforme a las novedades incorporadas en ese texto en 2011.

Dicho esto, reiteraré que el campo de mis reflexiones se reducirá al control de convencionalidad que realizan los juzgadores (al que se refirieron, originalmente, mis votos particulares ante la Corte Interamericana, al que aludió la jurisprudencia posterior de ésta y sobre el que se manifestaron las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre julio y septiembre de 2011), una función que ofrece características muy cercanas a las que presenta el bien conocido control de constitucionalidad. El de convencionalidad posee, en el ámbito externo, un significado semejante al que caracteriza al de constitucionalidad en el interno.

En mi voto sobre el *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. Aguado Alfaro y otros* (24 de noviembre de 2006) cotejé nuevamente “la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. 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”.

El control de convencionalidad es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada, del orden jurídico convencional internacional (o supranacional). Constituye un dato relevante para la construcción y consolidación de ese sistema y ese orden, que en definitiva se traducen en el mejor imperio del Estado de Derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano (puesto que me estoy refiriendo al control ejercido con base en instrumentos de esta fuente) con vistas a la formación de un *ius commune* del mismo alcance geográfico-jurídico. Néstor Sagües ha dicho, con buen fundamento, que “la doctrina del ‘control de convencionalidad’, bien instrumenta-

da, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana”.

Es preciso, pues, colocar el control en este marco y enfilarlo a la procuración de ese desiderátum, que supera ampliamente las pretensiones insulares y las ocurrencias circunstanciales. La clara conciencia de estos extremos contribuirá a diseñar y orientar el control en los términos más convenientes.

Prosigamos este apunte de conceptos generales. El control se inscribe en un sistema (jurídico-político) construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos (que constan, explícita o implícitamente, en los documentos fundacionales del sistema: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Convención Americana sobre Derechos Humanos; además, otros instrumentos con semejante contenido); normas comunes (el *corpus juris* americano de los derechos humanos) y una instancia supranacional con poder de interpretación vinculante (la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin olvido de la Comisión Interamericana, cuya misión orientadora no participa del carácter inequívocamente vinculante que tienen las determinaciones jurisdiccionales del tribunal).

En consecuencia, la figura del control de convencionalidad, oriunda de ese sistema y asociada a él, guarda relación estrecha con los datos o componentes que conforman el sistema. En otras palabras: no se aísla de las diferentes expresiones del mismo fenómeno del que forma parte y del que es tributario. Es preciso analizarla, encauzarla y valorarla en este conjunto.

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.

En el examen de estos temas surge un punto extensamente considerado por la jurisprudencia y la doctrina europea, e infrecuentemente abordado —deliberadamente— por la jurisprudencia y la doctrina americana: el margen nacional de apreciación. Desde luego, el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis —que adelante examinaré— de que no existan definiciones del tribunal supranacional o de que haya decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano. Ahora bien, es preciso reconocer que en la generalidad de los casos este margen de apreciación —nacional y circunstancial: al amparo de las circunstancias del caso *sub judice*— se halla acotado por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante.

Cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad, en ausencia de definiciones supranacionales, las decisiones de aquél 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 inconventionalidad”, como adelante se mencionará, que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales.

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, impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público.

No es conveniente ni realista pretender que *todo* el orden jurídico sea producto de una sola fuente internacional, con operación puramente endogámica, ciega y sorda a las incitaciones que surgen de las fuentes nacionales de reflexión y decisión. En el mismo sistema interamericano se cuenta con ejemplos —cada vez más numerosos y aleccionadores— sobre la racionalidad y los beneficios del diálogo jurisprudencial.

III. LA CORTE INTERAMERICANA: CIRCUNSTANCIA Y ACTUALIDAD

Puesto que el control interno de convencionalidad en materia de derechos humanos trabajará, en buena medida, a partir de la jurisprudencia

de la Corte Interamericana —órgano y jurisprudencia que aún no son suficientemente conocidos en nuestro medio—, parece conveniente proveer ciertos datos esenciales sobre ese tribunal, sin pretender examinar con detalle su origen, sus atribuciones y su desarrollo.

La CorteIDH es una pieza esencial del denominado Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que en su propio ámbito atiende a los objetivos que, en los suyos, han asumido otros sistemas anteriores o posteriores: el mundial, desde luego, a partir de la Declaración Universal de 1948, el Europeo, con base en el Convenio de Roma, de 1950, y el Africano, que se sustenta en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos —Carta de Banjul—, de 1981. El sistema interamericano inició formalmente la marcha —lo que he llamado la “navegación americana”, con destino compartido, pero itinerario, características y tiempos propios— en 1945, fecha de la Conferencia de Chapultepec sobre Problemas de la Guerra y de la Paz. Desde entonces ha cumplido tareas importantes y mostrado un apreciable desarrollo en sus diversos componentes: ideológico, normativo, subjetivo y judicial.

El componente ideológico-político del sistema —en rigor, su factor o raíz— reside en las convicciones compartidas acerca del papel del hombre, la sociedad y el Estado en la vida colectiva, que coloca a aquél en el centro de la escena y exalta la misión y la exigencia de la democracia. “Sociedad democrática” es un concepto central de ese componente ideológico-político del sistema, que tiene aplicación al tiempo de interpretar las normas y fijar el rumbo de la jurisprudencia. No podría ignorarlo el intérprete internacional; tampoco el juzgador nacional que interpreta y aplica textos internacionales.

Ese mismo concepto domina en el examen sobre el desenvolvimiento del sistema y contribuye a advertir y apreciar los contrastes entre la situación que guarda hoy y la que hubo en cada una de las fechas clave dentro de la historia del sistema: 1945, mencionada; 1948, año de emisión de la Carta de la OEA y la Declaración Americana (previa, por varios meses, a la Universal; aquélla, adoptada el 2 de mayo; la segunda, el 10 de diciembre); 1969, oportunidad de la Convención Americana o Pacto de San José; 1978, inicio de la vigencia de esta Convención; 1999, año en que se produjo el último acto de reconocimiento estatal —hasta hoy— de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, y 2011, año en el que la jurisprudencia de la Suprema Corte de México —con algunos precedentes en nuestro país, y muchos en otros Estados— declara con el mayor énfasis la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos.

En el examen sobre los vínculos entre democracia y derechos humanos hay que recordar los términos de la Carta Democrática Americana, de 2001, que destaca el inescindible binomio: democracia y derechos humanos. Y también cabe mencionar la reafirmación de las soluciones democráticas y garantistas, incluso en situaciones de violencia extrema, como se desprende de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, de 2002, y de la constante jurisprudencia de la Corte Interamericana acerca de la autotutela del Estado, la seguridad de la sociedad, el empleo admisible de la fuerza, el principio de legalidad y el debido proceso.

El componente normativo del sistema —*corpus juris*, que antes dije— permite examinar el tránsito desde la tierra baldía de 1945 hasta el punto al que ha llegado el desenvolvimiento del Derecho internacional de los derechos humanos.

Es relevante analizar en este punto (análisis que no escapará a los juzgadores llamados a ejercer el control de convencionalidad, así sea para los fines de interpretación de textos convencionales en congruencia con estándares internacionales) la composición de ese Derecho de los derechos humanos, que no se constriñe a las fuentes bien sabidas de la costumbre internacional y los tratados (y convenciones especializadas y protocolos), sino abarca otros actos (*infra*, 4). En cada especie es preciso explorar la fuerza jurídica: del carácter meramente orientador o sugerente —sin perjuicio de la operación enérgica del principio *pacta sunt servanda*— a la eficacia vinculante: sea *inter partes*, sea *erga omnes*.

El componente subjetivo del sistema corresponde a los diversos personajes que en él concurren: obviamente, los individuos —todos: en calidad de seres humanos, beneficiarios de la tutela general o especial; y en condición de víctimas, reclamantes ante instancias domésticas o externas—, y los Estados: 34 miembros de la OEA, 24 partes en la Convención Americana, 21 —México entre ellos— aceptantes de la competencia contenciosa de la CorteIDH. Veintiún Estados en cuya jurisdicción habitan 550 millones de seres humanos. Bajo el mismo rubro de componente subjetivo añadamos: sociedad civil y sus instituciones, y actores emergentes: academia, comunicadores sociales, ombudsman, defensores públicos.

El avance es muy estimable, aunque todavía nos halleemos lejos de la meta indispensable: admisión continental, total, que concrete el propósito consustancial a los derechos humanos, su apetito de universalidad, a saber, “derechos y jurisdicciones para todos”. Por ahora, la jurisdicción interamericana se ha desplegado en un “espacio judicial (esencialmente) latinoamericano”.

Finalmente, el componente judicial se concentra en la Corte Interamericana, depositaria de una jurisdicción madura. Aquélla ha definido con suficiente claridad —y con éxito, hasta el momento— su “vocación institucional”, y creado una doctrina jurisprudencial cada vez más nutrida y aceptada, que acude a integrar el Derecho interamericano de los derechos humanos.

La CorteIDH es un tribunal permanente (ejerce su jurisdicción en forma ininterrumpida, sin perjuicio de que sus integrantes se reúnan materialmente en períodos de sesiones en San José o en otras ciudades de América) con vocación hacia los casos paradigmáticos, para la emisión de criterios jurisdiccionales que sean recibidos y multiplicados en el ámbito interno a través de diversos mecanismos de recepción. Uno de éstos es el control de convencionalidad.

Diré, de paso, que a mi juicio resulta evidente que la Corte Interamericana no podría ni debería asumir el conocimiento de un gran número de casos; sería impracticable y perturbador; su “oficio” es el conocimiento de grandes temas —frecuentemente ampliados con nuevas vertientes, perspectivas o aplicaciones— a los que aportará soluciones que permearán los ordenamientos internos.

IV. INTEGRACIÓN Y FUERZA DEL DERECHO INTERNACIONAL (INTERAMERICANO) DE LOS DERECHOS HUMANOS

La idea y la práctica del control interno de convencionalidad descansan en la eficacia que se reconozca a los actos que integran el Derecho internacional de los derechos humanos, puesto que se trata, precisamente, de acoger la fuerza de éstos en el ámbito nacional e imprimirles mayor o menor imperio. En la actualidad se ha generalizado —con decrecientes trincheras de resistencia— el valor de ese Derecho internacional. De ahí la doble fuente de los derechos humanos, esto es, la dual composición del estatuto de los derechos fundamentales del hombre contemporáneo: interna e internacional.

Permítaseme recordar anteriores elaboraciones acerca de la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos, fenómeno que tiene notable arraigo y en el que se enmarca el control de convencionalidad. Hay diversas expresiones (o “puentes”, he dicho, caracterizando las vías de tránsito del orden internacional hacia el nacional, como antes aconteció desde éste hacia aquél) de la recepción interna a la que me refiero.

Ante todo, existe un “puente” constitucional, que se ha tendido de manera insistente a través de reformas a la ley suprema de varios Estados americanos en el curso de algunos lustros. Así ha ocurrido en Argentina, que en 1994 elevó a rango constitucional un conjunto de instrumentos sobre derechos humanos, camino que más tarde siguió la República Dominicana; y en Colombia, Venezuela, Guatemala, Bolivia y Ecuador, que colocaron en el punto supremo de la escala normativa las disposiciones más favorables a los derechos de los individuos, independientemente de que provinieran del ordenamiento nacional o del internacional.

En seguida figura un “puente” legal, constituido por las normas de implementación destinadas a encauzar a nivel secundario el tránsito de las decisiones internacionales. No abundan las disposiciones de esta naturaleza. Las hay, por ejemplo, en Perú y en México; aquí sólo en lo que toca a responsabilidad patrimonial del Estado. A continuación mencionaré el “puente” jurisdiccional, concretado en la recepción de las disposiciones y los criterios jurisprudenciales internacionales por parte de los tribunales internos; en este ámbito opera el control de convencionalidad, entre otros extremos que sirven al mismo propósito.

Mencionemos asimismo el “puente” político, que se deposita en las políticas públicas elaboradas y aplicadas con perspectiva de derechos humanos, y el “puente” cultural, que reviste importancia decisiva para el conjunto de estas cuestiones, e implica el culto y el cultivo de la dignidad humana y del método jurídico para la prevención y la solución de los conflictos.

Hoy día es indudable la existencia de la doble fuente de los derechos humanos, a la que me referí en líneas anteriores, cuya presencia se desprende de los términos adoptados por la Constitución General de la República al establecer el novedoso puente del que ahora disponemos para la recepción interna del Derecho internacional. Así se advertía desde la vigencia solitaria del artículo 133 de la Constitución General de la República (que se refiere a tratados internacionales como “ley suprema de la Unión”), norma que debió ser reformada en 2011 para que adquiriese mayor congruencia con los cambios constitucionales de este año. Y así se observa, con mayor énfasis y claridad, a partir de esta renovación en la ley suprema, que acoge el principio *pro homine* cuando dispone la aplicación —a través de una interpretación específicamente orientada— de la norma más favorable a la persona.

De esta suerte reaparecieron los derechos humanos en la escena constitucional, como lo habían estado en 1914, con la Carta de Apatzingán, y en 1857, con la Constitución federal de este último año. Y además ingresaron,

en torrente, los derechos alojados en cualesquiera tratados internacionales (¿y declaraciones, como la Universal y la Americana?) de los que México sea parte. Esta es la fuente internacional de los derechos primordiales, provista por el orden jurídico de la materia y las otras ramas que colocan al ser humano en el centro de la escena, bajo la “garantía colectiva” y las obligaciones igualmente colectivas e individuales de los Estados.

El ingreso del Derecho internacional de los derechos humanos obliga a replantear el conjunto del ordenamiento jurídico, en el que suelen descollar, para estos efectos, las dimensiones penal y procesal. Nos hallamos ante una dimensión supranacional del derecho concerniente a la justicia, como ha reconocido Mauro Cappelletti, invocado por Hitters. Martín Abregú, en Argentina, invita a “volver a pensar el derecho procesal penal después de la irrupción de los tratados internacionales”. El Derecho internacional de la materia “tiene un fundamental papel para la reformulación del proceso penal a partir de nuevo paradigma de los derechos humanos”. Julio Maier señala que una “rama del Derecho internacional debe ser especialmente considerada, no sólo debido a sus características particulares, sino, antes bien, a su influencia en el derecho procesal penal (...) Derecho internacional de los derechos humanos”.

Volvamos a la reforma constitucional de 2011, en México. Se ha creado, sin señalarlo explícitamente, un bloque de constitucionalidad en la medida en que las disposiciones del Derecho internacional (de los derechos humanos) deben ser aplicadas cuando resulten más benéficas para el individuo, incluso a pesar de la estipulación diferente —que es una hipótesis infrecuente— contenida en el texto de la ley suprema. En fin, esas disposiciones poseerían rango constitucional (o supraconstitucional) y excluirían la aplicación de las previstas expresamente en la ley fundamental.

El tema del bloque de constitucionalidad —o bien, la cuestión de un bloque de convencionalidad superior— se actualiza, asimismo, cuando se observa que un tratado de derechos humanos que mejora la situación del sujeto prevalece sobre otro que no contiene o niega ese mismo rango de protección. Esto se infiere de la lectura conjunta de los artículos 101 y 105, reformado, atentos a la posibilidad de combatir con acción de *inconstitucionalidad* un tratado que se opone a otro más protector. Un argumento adicional en favor de esta consideración provendría del artículo 15 de la ley fundamental, en lo que toca a los principios de adquisición definitiva y progresividad, como los he designado, de los derechos humanos.

Todavía en el ámbito de la reforma al artículo 1º constitucional, de 2011, agreguemos que ésta obliga a todas las autoridades a respetar y garantizar

los derechos humanos (como señala el artículo 1º de la Convención Americana) que proceden de la doble fuente referida; que dispone reglas de interpretación favorables, *pro homine* (“protección más amplia”); que reconoce garantías nacionales e internacionales, cada una —entendemos— en su propio ámbito y con sus reglas y alcances característicos; y que alude a las reparaciones por violaciones (junto con otras obligaciones), “en los términos que establezca la ley”.

Por cierto, es discutible e incluso objetable —y en todo caso promueve dudas y podría fundar interpretaciones encontradas— esta última expresión contenida al final del tercer párrafo del artículo 1º, si con ella se altera o reduce el amparo internacional invocando los términos que provea la ley interna. Tómese en cuenta que la jurisprudencia interamericana ha definido el gran alcance de las reparaciones, mucho más completo y dinámico que el correspondiente a las violaciones de derechos de fuente nacional.

Dos palabras sobre el contenido del Derecho internacional de derechos humanos —ampliando la alusión que hice líneas arriba—, que no se reduce a la costumbre y la convención (tratados, protocolos). El juez interno —que ejerce el control de convencionalidad— y en general todas las autoridades domésticas —a las que se atribuyen obligaciones de prevención, respeto, garantía y reparación— debe conocer el amplio contenido de ese Derecho, para actuar en consecuencia. Ello no implica, por supuesto, que el juzgador doméstico *deba* aplicar directamente esas expresiones del Derecho internacional; le servirán para establecer el alcance de los términos de una convención y, en consecuencia, fijar el marco del control de convencionalidad.

En el Derecho internacional de los derechos humanos figuran, además de las fuentes mencionadas, otras de carácter diverso: así, declaraciones (p. ej., Universal y Americana, entre varias más de carácter específico), estatutos y reglamentos (v. gr. los correspondientes a la Comisión y a la Corte Interamericanas), opiniones consultivas (de la Corte Interamericana), sentencias (*idem*), otras resoluciones jurisdiccionales (*idem*), recomendaciones (de la Comisión Interamericana, entre otras), informes (*idem*), principios, relatorías, conclusiones de encuentros internacionales, y así sucesivamente.

Se acostumbra aludir a un derecho “duro”, imperioso, inequívocamente vinculante para los Estados y, en general, para los sujetos a los que se extiende su ámbito subjetivo de aplicación, y de un derecho “suave” (*soft law*), que no posee el mismo carácter imperioso y vinculante. Existe una fuerte tendencia a dotar a este *soft law* de creciente eficacia. La Corte Inte-

americana ha subrayado el valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana a la luz del principio *pacta sunt servanda*.

En fin de cuentas, este gran conjunto de normas, disposiciones, requerimientos, aspiraciones, etcétera, integra el universo de los “estándares” internacionales, a los que se remite la actuación del Estado y la reclamación de los particulares; son el marco, el punto de referencia, la guía para unos y otros, constantemente invocados y discutidos. Bajo esta luz se mira o reconstruye el nuevo Derecho, atento a los derechos humanos.

En seguida interesa precisar el valor que poseen las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es, por cierto, la instancia judicial internacional o supranacional a la que se ha vinculado el Estado mexicano en esta materia, con las consiguientes repercusiones sobre el ámbito de derechos y libertades de los habitantes de la República. En ese campo figuran las opiniones consultivas, las sentencias (en el curso o al cabo de procedimientos contenciosos), las medidas provisionales, las resoluciones sobre cumplimiento y otras determinaciones que emite el tribunal interamericano en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales.

Para resolver esta cuestión es pertinente recordar, como cuestión básica para el análisis, que la Convención Americana, seguida por otras normas —así, el Estatuto de la Corte—, ha confiado a ésta la atribución de interpretar y aplicar dicha Convención. Es el intérprete oficial del tratado americano. No se ha conferido semejante atribución a ninguna otra instancia, sin perjuicio de las facultades asignadas a la Comisión Interamericana, que no es un ente judicial.

La competencia material de conocimiento de la Corte interamericana no se contrae solamente a la Convención Americana. También puede interpretar disposiciones sobre derechos humanos que figuren en otros tratados internacionales (en general, no únicamente americanos; en el mismo sentido se pronuncia, por lo que atañe a derechos de fuente internacional, el nuevo texto del artículo 1° de la Constitución mexicana, posiblemente influido en este extremo por la CADH y la jurisprudencia de la CorteIDH), a condición de que éstos sean aplicables a países (alguno o algunos) de América. Esto se plantea en el ejercicio de la atribución consultiva, que ha ocurrido en varias oportunidades, inclusive a solicitud de México: opiniones consultivas *OC-16*, sobre derecho a información acerca de la asistencia consular a favor de extranjeros detenidos, y *OC-18*, en torno a derechos humanos de trabajadores migrantes indocumentados.

La competencia contenciosa del tribunal que ahora examinamos tampoco se reduce a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Otros instrumentos del ámbito americano le asignan competencia para conocer de cuestiones litigiosas. Este es un punto largamente explorado por la jurisprudencia interamericana, *maestra de su competencia* (depositaria de la *compétence de la compétence*). De los términos claramente estatuidos por esos instrumentos y de la jurisprudencia interpretativa de la Corte se desprende que ésta puede aplicar directamente, además de la CADH, el Protocolo de San Salvador (en lo que respecta a derechos de asociación laboral y de acceso a la educación: artículos 8.1,a y 13), la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención contra la Desaparición Forzada de Personas y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, cuya aplicabilidad he examinado detalladamente en mi voto particular al primer caso en el que la Corte asumió esta competencia: *Penal Castro y Castro vs. Perú*, del 25 de noviembre de 2006, a cuyas consideraciones me remito).

Hay un dato común a los tratados o convenios a los que nos hemos referido en los párrafos precedentes: todos ellos han ingresado en el ordenamiento nacional, merced al proceso de suscripción, ratificación y/o adhesión del Estado que los asume, como es el caso de México. Son, para nosotros, ley suprema de la Unión, como dice el artículo 133 constitucional; o bien, proveen derechos y libertades de los que gozan todos los individuos bajo la jurisdicción del Estado mexicano, como resuelve, desde 2011, el artículo 1º de la Constitución General de la República. En suma, obligan al Estado y reconocen derechos (exigibles, por supuesto) a los individuos.

En mi voto sobre la sentencia del *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* señalé en torno a este punto: “al referirse a un ‘control de convencionalidad’ (...) la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, 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”.

Diré, además, que la Corte toma en cuenta, en el examen de asuntos litigiosos (esto es, en el despliegue de su competencia contenciosa), otros instrumentos del orden internacional, externos al Sistema Interamericano, que no le han conferido competencia material. En estos casos no adopta

decisiones que impliquen la aplicación directa de tales convenios, a la manera en que lo hace con respecto a los instrumentos que le atribuyen esa facultad. Empero, recoge conceptos de aquéllos para fines de interpretación: establecimiento del contexto, conocimiento de estándares, inserción en el marco del Derecho internacional contemporáneo. Así ha ocurrido en diversos casos en que la CorteIDH invoca, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, la CEDAW, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los convenios de Ginebra, varios instrumentos referentes a derechos de migrantes, etcétera.

Finalmente, consideremos que en determinados extremos el tribunal interamericano analiza puntos que pudieran quedar abarcados en instrumentos que no le asignan competencia material, pero lo hace a través de la interpretación y aplicación de normas de la Convención Americana y en el ejercicio, por lo tanto, de potestades de las que se halla investida. Este es el caso, que menciono por vía de ejemplo, del derecho a la protección de la salud, analizable a partir del Protocolo de San Salvador —que no atribuye a la Corte competencia en este aspecto—, pero también analizable con base en el artículo 5 de la CADH, que se refiere a la protección de la integridad personal.

Preguntémonos ahora cuál es el alcance de la eficacia vinculante de los actos de interpretación de la Corte Interamericana, tema que ha suscitado diversas opiniones y debates y que viene a cuentas, evidentemente, cuando se examina y ejerce el control interno de convencionalidad. En el estudio de esta cuestión podemos deslindar las funciones consultiva y contenciosa, y vincular a ésta —en un conjunto relativamente homogéneo— las funciones preventiva (medidas provisionales) y ejecutiva (supervisión de cumplimiento).

Regularmente se ha dicho que no son vinculantes para los Estados las opiniones de la Corte Interamericana emitidas en el desempeño de la función consultiva. Así lo ha considerado el propio tribunal. También se ha señalado que pudieran tener fuerza vinculante solamente para el Estado que solicitó la opinión y expresó, con ello, su voluntad de atenerse al parecer final del tribunal interamericano. Hay, desde luego, otros puntos de vista.

También se ha sostenido que las decisiones de la Corte en asuntos contenciosos son inmediatamente obligatorias, vinculantes, de forzosa observancia y cumplimiento para los Estados que aceptaron la competencia contenciosa e intervinieron en el proceso respectivo: esto es, poseen eficacia imperativa *inter partes*. Esta obligatoriedad no suscita dudas, en tanto se halla manifiestamente establecida en la Convención Americana y consta

en los actos de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por parte de los Estados.

Varios altos tribunales del área americana han reconocido a la jurisprudencia de la CorteIDH eficacia vinculante o fuerza orientadora, independientemente de que aquélla corresponda a casos que atañen directamente a los Estados en los que actúan esos tribunales o a terceros Estados sujetos a la Convención Americana. Puede verse una revisión de este punto, tan importante, en la sentencia de la CorteIDH sobre el *caso Cabrera García y Montiel Flores*, del 26 de noviembre de 2010, en el que se invocan pronunciamientos muy interesantes de diversos órganos de la justicia interna: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Tribunal Constitucional de Bolivia, Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Tribunal Constitucional de Perú, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y Corte Constitucional de Colombia.

En mi opinión, los criterios establecidos por la Corte Interamericana para interpretar la CADH —y otros instrumentos con respecto a los cuales dispone de competencia material— son *vinculantes* para los Estados partes en la Convención Americana, y con mayor razón para quienes son, además, sujetos de la jurisdicción contenciosa de la Corte. Sin embargo, esta sujeción no es indispensable para la eficacia vinculante de tales criterios con respecto a dichos Estados.

Sustento mi punto de vista en la consideración de que los Estados partes en la Convención Americana —y otras— han acogido este instrumento, *soberanamente*, como parte de la preceptiva nacional, asumiendo los deberes que asigna y afrontando los derechos personales que reconoce. Y esos mismos Estados han aceptado —también *soberanamente*, al constituirse en partes de la CADH— que la CorteIDH, tribunal supranacional, es el órgano judicial llamado a interpretar las disposiciones convencionales. Por lo tanto, la interpretación de la Corte establece formal y oficialmente el alcance de tales disposiciones y, en consecuencia, la medida de los deberes de los Estados y los derechos de los particulares.

Así, no es posible sostener que las interpretaciones establecidas por la CorteIDH constituyan un punto de vista atendible o desatendible, y no un acto de necesaria observancia. Fijan —como se dice en Europa, no así en América— la “cosa interpretada”; implican, como prefiero decir, una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados, que deben ser entendidos y aplicados interiormente en los términos de la interpretación formal y final dispuesta por la Convención y ejercida por la Corte.

Reconozco esa eficacia tanto a las opiniones consultivas como a las sentencias en casos contenciosos —y a las resoluciones sobre medidas provisionales y cumplimiento de sentencias— en cuanto tiene que ver con interpretación de normas. Otro tanto se puede decir, aunque acepto que el punto es más complejo y requiere cuidadoso análisis, en lo que toca a disposiciones de tratados diferentes que la Corte examina por la vía consultiva.

Por supuesto, al hablar de esta eficacia *erga omnes* y no sólo *inter partes*, sólo me estoy refiriendo, como es obvio, a la interpretación de normas, la fijación del sentido de las disposiciones convencionales, el entendimiento general del precepto para todos los fines aplicativos que éste pueda tener, no así a los extremos específicos del caso en el que se hizo la interpretación: hechos y condenas puntuales, que sólo conciernen al Estado y a la víctima que comparecieron en el juicio, y con respecto a los cuales es indudable la fuerza *inter partes* de la sentencia emitida por el tribunal.

En esta misma línea de consideraciones, corresponde aclarar —como se ha hecho en otro lugar de este trabajo— que las interpretaciones del tribunal interamericano pueden verse superadas por actos —instrumentos internacionales, disposiciones nacionales, actos de la jurisdicción interna— que reconozcan a los individuos mayores o mejores derechos y libertades. El Derecho internacional de los derechos humanos es el “piso” de los derechos, no el “techo”. Esta conclusión, que deriva inmediatamente del principio *pro homine*, tiene soporte en las normas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana.

¿Pueden los tribunales internos, en el desempeño del control de convencionalidad, formular interpretaciones propias acerca de normas de Derecho internacional, cuando venga al caso la aplicación de éstas a los casos de los que estén conociendo? La respuesta es afirmativa, enfáticamente, cuando no exista jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la norma que los juzgadores nacionales examinan y pretenden aplicar. En tales supuestos, si no se llevase adelante una interpretación doméstica, la norma internacional quedaría inaplicada, con todo lo que ello apareja.

Lo que resultaría impertinente es que el control interno de convencionalidad entrara en colisión con el control supranacional de convencionalidad (salvo en los casos, ya señalados, en que aquella mejore los términos de ésta) o actuara al gairete de los principios y objetivos del control de convencionalidad a los que me referí en la primera parte de este artículo.

V. LA RESPONSABILIDAD UNITARIA DEL ESTADO

En el estudio del control interno de convencionalidad viene a cuentas la responsabilidad internacional del Estado, en tanto se trata de establecer no solamente si el juzgador doméstico puede ejercer dicho control, sino si *debe* ejercerlo. A este deber sujeto a examen se añaden otras manifestaciones de una obligación judicial: ante todo, el ejercicio oficioso del control (que además actualiza, en esta vertiente, la operación del principio *jura novit curia*), y por supuesto, las consecuencias jurídicas del incumplimiento, así como los límites del control a los que antes me referí y sobre los que volveré adelante, en alguna medida.

En la escena internacional, el Estado actúa unitariamente; no comparcen aisladamente, como sujetos plenos e inconexos, algunos órganos o agentes de aquél. Me estoy refiriendo, es evidente, a la comparecencia que se traduce en asunción deliberada de deberes generales y a la aplicación estricta de las obligaciones asumidas. En consecuencia, aquéllos abarcan al Estado en su conjunto, repercuten sobre él, le son exigibles, sin perjuicio de la distribución interna de atribuciones y funciones, que depende de la voluntad particular de los Estados y no altera los deberes y las consecuencias internacionales.

Esto se proyecta con relevancia hacia un doble plano de la organización político-jurídica del Estado: en una dimensión, los poderes tradicionales y los nuevos órganos autónomos, que en México han surgido con vigor durante las últimas décadas (además de las figuras de autonomía institucional consagradas de tiempo atrás, como ocurre en el caso de las Universidades públicas); y en otra, hacia los planos, niveles o ámbitos del Estado, el gobierno o la administración, donde a su vez existe distribución de funciones y tareas en diversos poderes y órganos.

Esto interesa para fijar la responsabilidad internacional del Estado en contiendas ventiladas ante instancias de ese carácter. En el voto que emití con respecto a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el *caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003, analicé esta materia: “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 conjun-

to— 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”.

En tal virtud, los órganos jurisdiccionales, que son integrantes del estado, se hallan igualmente comprometidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, de donde resulta un cimiento del control interno de convencionalidad, conclusión que ciertamente no riñe con la posibilidad, conveniencia y necesidad de que ese control se ejerza en forma ordenada y armoniosa, para el mejor servicio a los fines que pretende alcanzar. Desde luego, esta conclusión se extiende tanto a las jurisdicciones del Estado federal, en su caso, como a las de los estados federados o provincias, en el suyo. Ni aquél ni éstos podrían alterar la responsabilidad que les incumbe y las consecuencias que derivan de ella, aduciendo la estructura federal.

Recordemos el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. La inoponibilidad de la estructura federal al cumplimiento de los deberes del Estado, necesariamente globales o integrales, se ha examinado en la jurisprudencia de la CorteIDH; son ejemplos las sentencias de fondo (1996) y reparaciones (1998) del *caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. He aquí otra referencia útil para la admisión del control interno de convencionalidad, que tampoco resta fuerza al requerimiento de que ese control opere en forma ordenada y armoniosa.

En mi voto agregado a la sentencia del *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, señalé a propósito del control interno que si “los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea —que he reiterado— de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”.

En este mismo ámbito conviene advertir —como antes manifesté— que el control de convencionalidad debiera ejercerse de manera inmediata, espontánea, es decir, oficiosa. Esto mismo acontece con el respeto y la garantía de los derechos humanos al que están obligadas todas las autoridades. Sería absurdo aguardar a que el interesado invoque sus derechos —a

la vida, a la integridad, a la libertad— para que los agentes del Estado se resuelvan a examinar la existencia de aquéllos, la obligación de respetarlos y la necesidad de garantizar su ejercicio. Otro tanto diremos de los órganos jurisdiccionales.

En la actuación de estos órganos es necesario traer a colación el antiguo principio de la actividad judicial —que frecuentemente acoge la jurisprudencia interamericana— en el sentido de que *jura novit curia*: el juzgador conoce el derecho; no es indispensable que lo invoquen los litigantes (aunque harán bien en invocarlo; lo aconseja la experiencia). Lo conoce, pues, y debe aplicarlo.

De ahí la regla de oficiosidad en el control interno de convencionalidad, como hay oficiosidad en el control externo, original o propio: la Corte Interamericana, que no actúa como mecanismo de investigación y por ello se atiene a los hechos invocados por la Comisión, aplica directamente las normas convencionales cuando el expediente muestra la existencia de un supuesto de hecho que reclama esa aplicación, aunque la Comisión Interamericana no lo haya requerido. También ha procedido a esa aplicación a solicitud de la víctima y sus representantes, que no pueden añadir hechos al tema fáctico propuesto por la Comisión en la demanda (hoy día, en el informe con el que insta la intervención jurisdiccional).

VI. IMPUTACIÓN AL ESTADO

El tribunal interno que ejerce el control de convencionalidad no podría ignorar las reglas sobre imputación al Estado de responsabilidad generada por la conducta de diferentes sujetos. Obviamente, el Estado —una abstracción, que se concreta dolorosamente en la especie de las violaciones a derechos humanos— no actúa por sí mismo, que no podría, sino a través de órganos o personas cuya conducta —activa u omisiva, según el régimen aplicable— determina la responsabilidad internacional del Estado. La CorteIDH explora esa imputación, su pertinencia y su alcance; otro tanto debe hacer el juez interno, para sus propios efectos, en el marco del control de convencionalidad.

Las reglas de imputación al Estado, de la que depende la pertinencia de una declaratoria de violación de derechos y libertades y una condena a sufrir ciertas consecuencias jurídicas (reparaciones), que favorecerán a la víctima (y a otras personas) se elevan sobre disposiciones estatutarias y resoluciones jurisprudenciales. No pretendo ir muy lejos en el examen

de este punto —que ya no será extraño para los tribunales domésticos—, pero debo observar que la jurisprudencia interamericana se ha desplegado ampliamente sobre él, hasta definir una doctrina pacíficamente aceptada, que se encuentra en vigor.

Es imputable al estado la conducta de sus agentes u órganos formales, por acción u omisión, extremos separados por una frontera que en ocasiones resulta ambigua, elusiva, sobre todo cuando se aduce la figura de omisión. Tómese en cuenta el concepto de “Estado-garante”, que deriva de los artículos 1 y 2 CADH: garante general de los derechos de las personas bajo su jurisdicción, concepto que implica posibilidad de regulación o actuación eficaz, no necesariamente territorialidad (en este ámbito es interesante la decisión de la CorteIDH en el *caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, del 22 de septiembre de 2006, que abarcó autoridades persecutorias en varios Estados del Cono Sur del Continente); y garante especial: mayor acento en la misión garantizadora del Estado cuando la vida cotidiana del individuo se halla sujeta al control inmediato de la autoridad, como acontece en el supuesto de sujetos privados de libertad (en “instituciones totales”).

También se imputa responsabilidad al Estado en el supuesto de delegación o subrogación de atenciones que regularmente brinda aquél en forma directa, según se resolvió en la importante sentencia del *caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006. También aparece la responsabilidad internacional del Estado, a partir de conductas de particulares, en situaciones de conflicto interno de corte tradicional y en supuestos de grave inseguridad y riesgo.

Con respecto a aquellas situaciones y a sus actores particulares —pero que actúan con la participación, protección, tolerancia o indiferencia del Estado— la Corte recordó en la sentencia del *caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, del 15 de septiembre de 2005 —resolución que acoge una constante línea jurisprudencial—, que “las obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”.

La Corte se ha referido al supuesto en que los hechos sean obra de terceros, pero el Estado haya incurrido en falta de la debida diligencia

para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. Hay ejemplos numerosos en la experiencia de la CorteIDH: casos de Guatemala por intervención de las llamadas “patrullas civiles”; casos de Colombia por actuación de grupos paramilitares (“autodefensas”) en masacres; y algún caso de Brasil, en lo que respecta a prisiones: delitos cometidos en el interior o a partir del interior hacia el exterior de la cárcel.

En la sentencia correspondiente al *caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, del 31 de enero de 2006, se examinó el alcance de la responsabilidad estatal tomando en cuenta las condiciones en que ocurrieron los hechos; se requiere que el riesgo sea previsible y evitable. A este respecto, el voto particular del juez García Sayán señaló: “conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato”, proyectada sobre “un individuo o grupo de individuos determinado”, y existencia de “posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”.

También es muy importante la elaboración jurisprudencial interamericana en el notorio *caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, del 16 de noviembre de 2009: “los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres”. En tales condiciones, se requiere: marco jurídico de protección, aplicación efectiva del mismo y políticas de prevención y prácticas que permitan actuar eficazmente ante denuncias. Igualmente, “medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niños pueden ser víctimas de violencia”.

VII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTEIDH

La aparición y el desarrollo de esta doctrina han sido examinados por tratadistas mexicanos y extranjeros. Ya mencioné varios en la *Advertencia* que figura en el inicio de este trabajo. Además de los ya citados, también se ha ocupado del tema Gumesindo García Morelos, entre los profesores mexicanos. Últimamente lo ha hecho, desde la perspectiva del Derecho constitucional, José María Serna de la Garza. Un valioso conjunto de trabajos de muy provechosa consulta en torno a esta cuestión, es la obra colectiva coordinada por Susana Albanese, bajo el título *El control de convencionalidad* (Argentina, 2008). El tratamiento doctrinal de la materia avanza con diligencia.

La primera vez que se aludió al control de convencionalidad en el marco de la Corte Interamericana, destacando la función de ésta en ese cam-

po, fue en mi voto sobre el citado caso *Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 noviembre de 2003. Posteriormente volví a examinar este asunto en el voto relativo al caso *Tibi*, también citado antes, del 7 de septiembre de 2004. Hice ahí la comparación entre la CorteIDH y los tribunales constitucionales: control de convencionalidad y control de constitucionalidad, en sus respectivos casos. El cotejo es útil en muchos extremos, entre ellos para fijar la trascendencia —y la extraordinaria delicadeza— de los pronunciamientos de estos órganos con respecto al conjunto del orden jurídico y las decisiones judiciales que se pronuncian a su amparo.

Nuevamente me ocupé del tema en el voto emitido acerca de los casos *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (Aguado Alfaro y otros)*, del 24 de noviembre de 2006, y *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26 de septiembre de los mismos mes y año. En esta última fecha —la coincidencia no es casual— la Corte Interamericana asumió la doctrina del control de convencionalidad en el conocido caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, que amplió y difundió, con efectos muy apreciables, el conocimiento de esta materia en las jurisdicciones nacionales. Reanudé mi examen del control de convencionalidad en mi voto sobre el caso *Valle Jaramillo*, del 27 de noviembre de 2008.

En la sentencia de *Almonacid*, el tribunal postuló: tomando en cuenta que el Estado se halla obligado, en su conjunto, por el tratado internacional de protección de los derechos humanos, “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”.

En la sentencia de *Trabajadores Cesados del Congreso*, la CorteIDH puntualizó acertadamente su criterio, con algunos elementos relevantes que informarían posteriores sentencias del tribunal interamericano. Así, manifestó que el control debe ejercerse *ex officio*, es decir, *motu proprio* por los juzgadores, como expresión del deber estatal que comparten éstos. Y añadió con razón que los tribunales internos deben despachar el control “*evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”.

Otro agregado importante hecho por la Corte indica: la aplicación del control de convencionalidad “no puede 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 con-

siderar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. Es así que el tribunal interamericano advierte sobre la existencia y eficacia de presupuestos formales internos de admisibilidad y procedencia (como los hay, por cierto, en el ámbito internacional y para los efectos de la apertura y desarrollo de la vía correspondientes, sea ante la Comisión Interamericana, sea ante la Corte).

Posteriormente, la Corte ha dictado varias sentencias sobre la misma materia y en el mismo sentido. Entre ellas figuran, de fechas muy recientes y con la mayor importancia por su proyección inmediata en nuestro país, varias atinentes a hechos que ocurrieron en México y con respecto a los cuales la jurisdicción interamericana dictó sendas condenas. Las mencioné anteriormente: *casos González y otras (Campo Algodonero)*, *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega y otros*, *Rosendo Cantú y otra*, y *Cabrera García y Montiel Flores*.

VIII. CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD Y OBLIGACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS (ARTÍCULOS 1 Y 2 CADH)

Habida cuenta de la vinculación de los Estados a la CADH, en tanto partes del convenio, y en seguida a la competencia contenciosa de la Corte (relación, esta última, que no es indispensable para los fines del control que estamos analizando), es preciso destacar los deberes a cargo de los Estados en función de aquel instrumento —otros, de orden internacional, recogen obligaciones del mismo carácter— que se deducen de los artículos 1 y 2 CADH: en primer término, respeto y garantía, ya mencionados; en segundo, como manifestación de éstos, deber de adoptar medidas de múltiple naturaleza para asegurar ese respeto y proveer esa garantía

La obligación de garantía —“escudo y espada” de la de respeto—, significa, desde la resolución del señero *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, del 29 de julio de 1988, “el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Es obvio, glosemos, que en los órganos jurisdiccionales se manifiesta el ejercicio del poder público para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Esta obligación de garantía puede suponer la operación del artículo 2, que es, en rigor, un “rostro” del precepto anterior, y se proyecta en medidas

de amplio espectro: del Estado hacia sí mismo: orden jurídico y estructura, atribuciones y prácticas; y del Estado hacia la sociedad: impulso a cambios que modifiquen las condiciones estructurales de las violaciones. Ejemplos de esto último es la conducta señalada al Estado en la sentencia del *caso Servellón García vs. Honduras*, del 21 de septiembre de 2006, para combatir la estigmatización social de ciertos grupos de menores de edad, y la acción a propósito de los patrones culturales, que se ordena en la sentencia del *caso Campo Algodonero vs. México*, en tanto esos patrones propician agresión contra las mujeres.

En la sentencia correspondiente al *caso Cesti Hurtado vs. Perú*, del 29 de septiembre de 1999, el tribunal interamericano hizo ver que los Estados no pueden “dejar de tomar las medidas legislativas ‘o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades’, en los términos del artículo 2 de la Convención. Estas medidas son las necesarias para ‘garantizar (el) libre y pleno ejercicio de dichos derechos y libertades, en los términos del artículo 1.1 de la misma”.

En la sentencia del *caso Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, la Corte mencionó que “el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de (la CADH) para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención”.

Los tribunales son órganos del Estado, cuyas sentencias constituyen, sin duda, medidas contribuyentes —o no— a garantizar el respeto a los derechos humanos previstos en la CADH. De ahí resulta un argumento más a favor del control de convencionalidad, sin que el ejercicio de esta facultad —y deber— de los tribunales implique menoscabo para la adopción de disposiciones competenciales y procedimientos judiciales idóneos —lo ha señalado la propia jurisprudencia de la CorteIDH— para alcanzar el gran objetivo perseguido por el régimen tutelar continental y por los instrumentos de los que éste se vale, entre ellos las sentencias nacionales.

IX. CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD DERIVADO DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y DE LA “VOCACIÓN” INSTITUCIONAL DE LA CORTEIDH

La jurisdicción interamericana no pretende y jamás se propuso sustituir a las jurisdicciones nacionales en el oficio protector de los derechos humanos. Esto consta en los trabajos preparatorios de la Convención, entre ellos las deliberaciones en la Conferencia de 1969 celebrada en San José, y en la posición expresamente adoptada al término de ella por la delegación mexicana, que figura en el *Acta Final* del encuentro. Esa jurisdicción a cargo de la CorteIDH tiene carácter subsidiario o complementario. Tal es su naturaleza, de la que no se ha apartado ni podría hacerlo, jurídica y prácticamente.

Por ende, la justicia supranacional interviene en supuestos bien acotados: cuando la jurisdicción interna no opera o no resuelve debidamente la violación cometida; se solicita, a partir de aquella condición y una vez agotados los recursos internos para combatir el desvío o la inactividad del Estado, la apertura de la vía internacional ante la Comisión Interamericana y ésta resuelve de manera favorable —por acuerdo de admisibilidad— la solicitud del interesado; y finalmente la propia Comisión lleva el litigio al conocimiento de la Corte.

El tribunal de San José ha deslindado dos momentos o situaciones con respecto a la responsabilidad del Estado reclamable ante los tribunales. El primer momento corresponde a la aparición de la responsabilidad internacional del Estado, que se plantea cuando éste incurre en un hecho internacionalmente ilícito (violación de la CADH y otros tratados del ámbito americano, a los que me he referido). El segundo momento corresponde a la actualización de la competencia de la CorteIDH para conocer de esa violación y resolver mediante sentencia, que proviene de un dato diferente y posterior al momento que enuncié en primer término: la inexistencia o inoperancia del recurso interno para la debida solución del agravio.

En fin de cuentas, todo el sistema jurisdiccional internacional está montado sobre la idea de dar al Estado la oportunidad de resolver internamente el litigio, a través de los medios domésticos conducentes a ese fin. Uno de ellos es la actividad jurisdiccional. Ésta no puede perder de vista el carácter ilícito del hecho aducido, desde la perspectiva internacional, además de la calificación que le corresponda desde la nacional. De ahí se sigue que la jurisdicción doméstica debe salir al paso de la ilicitud internacional

y aplicar las normas que establecen la existencia de ésta, sus características y consecuencias. De nueva cuenta nos encontramos con un fundamento para la operación —ordenada y armoniosa— del control interno de convencionalidad.

En este campo de consideraciones, conviene tener en cuenta que la aplicación del DIDH *omitida* por la jurisdicción interna, que desdeña la oportunidad para asumirla, será la *practicada* por la jurisdicción internacional, que actuará subsidiariamente, en su propia oportunidad, para aplicar las disposiciones jurídicas internacionales quebrantadas o desatendidas. Existe, pues, ocasión para resolver en la vía interna lo que finalmente se traslada a la justicia internacional.

Bajo esta óptica conviene juzgar y entender el flujo de “casos mexicanos” a la Corte Interamericana, que ha sido inusualmente intenso: 6 litigios en poco más de tres años. No sobra mencionar que en ese conjunto figuran hechos y conceptos de violación reiterados. La situación es comparable —en términos de frecuencia de litigios— a la que se presentó hace algunos años en relación con Perú, donde prevalecían condiciones de manifiesto autoritarismo, situación diferente de la que se plantea en el caso de México.

X. CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD Y DEBIDO PROCESO. EL JUEZ NATURAL

El control judicial interno de convencionalidad supone el acceso a la justicia a través del debido proceso, concepto fundamental de los sistemas nacional e internacional de protección de los derechos humanos. El juzgador es la pieza central del acceso a la justicia y el despacho de ésta a través del debido proceso. Las características y el papel de éste frente al individuo que reclama su derecho —o pretende reclamarlo— se hallan en el artículo 8 CADH.

En consecuencia de lo anterior, es preciso examinar el órgano investido de atribuciones jurisdiccionales, sea un ente formalmente judicial, sea uno de diverso carácter o denominación, pero dotado de atribuciones materialmente jurisdiccionales. Esto reviste interés específico en lo que respecta al eventual control por parte de órganos jurisdiccionales que actúan en su propio ámbito de competencia previsto por la normativa doméstica.

Aquí queda a la vista el doble papel del juzgador: por una parte, es el órgano que resuelve una controversia y decide sobre derechos y obligacio-

nes de los contendientes; por la otra, es garante de los derechos humanos: protector de éstos en cuanto a las personas que participan —o lo pretenden— en el enjuiciamiento.

El debido proceso es un concepto dinámico, expansivo, que se proyecta sobre el control judicial de convencionalidad, como sobre cualquier contienda en la que interviene un órgano del Estado para conocer cargos penales o resolver derechos y deberes en otras materias, conforme al artículo 8.1 CADH. Ese órgano debe satisfacer las condiciones del juez natural al amparo de esa misma norma. De él se reclaman, por lo tanto, independencia, imparcialidad y competencia.

El juez natural —ha dicho la CorteIDH— es un *presupuesto* del debido proceso, no sólo un elemento. En su ausencia, no existe verdadero proceso: decae el conjunto de formas practicadas —enjuiciamiento aparente— y carece de validez la supuesta sentencia, instalada en ese precario cimiento.

El punto se ha planteado a propósito de la jurisdicción militar, tema frecuentemente explorado por la CorteIDH y últimamente suscitado en casos concernientes a México. Un juez incompetente (militar) no puede ejercer, válidamente, el control de convencionalidad, salvo para declinar su competencia. El juez competente (ordinario) debería desechar inmediatamente la competencia del militar y, en general, de las autoridades de este fuero, para investigar y juzgar. Volveré sobre este punto al informar acerca de la posición de la Suprema Corte de Justicia con respecto a los deberes derivados de la sentencia interamericana en el *caso Radilla Pacheco*.

Un paso en falso de la jurisdicción interna en el terreno del debido proceso —precisamente a propósito de la figura del juez natural— comprometería o desacreditaría el control interno de convencionalidad: más aún, incrementaría los puntos cuestionables ante la justicia supranacional; primero, la confrontación entre el acto combatido y la norma internacional; y luego, la inoperancia del juzgador que se avino a ejercer, de oficio, un control de convencionalidad cuyo primer tema es la incompetencia de quien preside la investigación y el proceso.

XI. MÉTODOS PARA EL CONTROL: CONCENTRADO Y DIFUSO

Esta cuestión ha sido ampliamente abordada a propósito de la jurisdicción constitucional y representa uno de los temas clásicos del Derecho procesal constitucional. Es aquí —no en el Derecho internacional y su apli-

cación interna— donde tuvo desarrollo inicial, que ahora se ha proyectado al ámbito que examino en este artículo.

En esencia, existen dos posibilidades —con variantes o modalidades que no analizaré en este momento— para el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad de leyes: concentrado, que deposita ese control en un órgano jurisdiccional supremo (que no formaría parte del aparato judicial tradicional, sino desempeñaría su elevada misión por encima de los órganos clásicos de la división de poderes), y difuso, que asigna el control a un amplio número de juzgadores, acaso a todos los titulares de la función jurisdiccional, llamados a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas internas que, en principio, deben aplicar, y autorizados para “desaplicar” o invalidar, eventualmente, esas disposiciones cuando las consideran incompatibles con la ley fundamental a la que debieran ajustarse.

Estas formas de control, diseñadas para conducir la relación entre normas domésticas de diversa jerarquía, pueden trasladarse al ámbito de la relación entre norma internacional y norma interna. La existencia de una Corte Interamericana designada como intérprete de la Convención Americana y otros instrumentos, en los términos que ya expliqué, implica una expresión de control concentrado. Empero, ésta no es absoluta, porque la propia Corte ha reconocido a los tribunales nacionales —en la forma y términos que anteriormente recordé— la posibilidad de aplicar las normas internacionales sobre derechos humanos para dar cumplimiento, en su ámbito de atribuciones, a los deberes internacionales del Estado contenidos en los artículos 1 y 2 del Pacto de San José.

Cuando aludí a esta cuestión como integrante de la Corte Interamericana, señalé —así, en el multicitado voto correspondiente al *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*— que el 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”.

La adopción del sistema de control difuso —añadí en el mismo voto— “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”.

Sin perjuicio de la preferencia por uno u otro régimen de control, lo cierto es que la Corte Interamericana no se ha pronunciado por ninguno de ellos con preferencia sobre el otro. Lo importante es que haya control de convencionalidad. Resulta secundario y opinable —y en todo caso depende de las circunstancias nacionales— el método que se elija, mientras no excluya el cumplimiento del deber de control que atañe a los depositarios de la función jurisdiccional pública.

Nos hallamos, pues, ante una decisión de método que compete a los Estados, soberanamente, y que éstos debieran adoptar previo cuidadoso examen de sus condiciones específicas y de la forma que mejor se acomode a la obtención de los fines perseguidos mediante la figura del control. Otro tanto se podría decir, *mutatis mutandis*, con respecto al control de constitucionalidad, tema que no me corresponde examinar ahora.

Fundo mi parecer en las reiteradas —constantes, enfáticas y ciertamente deliberadas— expresiones de la Corte Interamericana a propósito del control de convencionalidad *conforme a la competencia de los órganos jurisdiccionales internos y bajo los procedimientos establecidos para este efecto*, expresiones que antes cité literalmente. La alusión a competencias (al amparo del principio de legalidad, corresponde a la ley la asignación de competencia a los órganos judiciales) y a procedimientos (cuyo diseño y alcance incumben igualmente a la ley) no apareja por fuerza que todos los jueces sean competentes para aplicar, sin mayores exigencias internas, el control de convencionalidad. Es perfectamente posible, en mi concepto, que el ordenamiento interno establezca competencias específicas (que pudieran recogerse en “grados” de competencia) para el despacho del control y la fuerza de las decisiones judiciales domésticas a este respecto.

Se han expresado diversas opiniones en torno a la materia que ahora menciono, tanto en general como en lo que respecta a México. Algunos estimables tratadistas, como Ferrer Mac-Gregor —en su voto para el *caso Cabrera García y Montiel Flores* (2010)— como García Morelos, se inclinan hacia el régimen de control difuso. El primero de los mencionados examina ciertos rangos de “intensidad” en las facultades de control reconocidas a los juzgadores, que pudieran llegar a la inaplicación de normas inconvencionales, al planteamiento de una “duda de convencionalidad” ante órganos jurisdiccionales facultados para atenderla o, en el extremo, a “declarar

su invalidez, según la competencia que la Constitución y leyes nacionales otorgue a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del control de convencionalidad”.

En mi opinión, es preferible organizar el control de convencionalidad a través de consultas sobre las disposiciones que se pretende aplicar, sobre todo en un medio donde hay “costumbre de control concentrado” y escaso manejo del Derecho internacional, además de “vientos de fronda” que pudieran agitar las aguas de la jurisprudencia.

Estas consultas operarían de manera similar a las llamadas cuestiones de inconstitucionalidad, previstas en otros ordenamientos —de cuyo examen se ha ocupado, entre nosotros, el investigador Edgar Corzo—, que implican elevar a un órgano superior de interpretación el planteamiento acerca de la convencionalidad o inconvencionalidad de una norma, y seguir el pronunciamiento que emita ese órgano. Ojalá que éste fuese el más alto tribunal, para asegurar la armonía de la jurisprudencia y su adecuada inscripción en el *jus commune* que se aspira a construir.

En sentido similar debo mencionar la posibilidad que apunta Ferrer Mac-Gregor en una parte del texto antes transcrito, y desde luego los pareceres de Sagües, expuesto en su artículo “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, y Serna de la Garza —en el artículo que mencioné *supra*—, quien observa, con toda razón, que la formulación del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana “ha dejado un margen para que los Estados decidan sobre el tipo de control que más les convenga”.

Establecido que el control se ejerce en el marco de ciertas competencias —que deberán quedar fijadas al amparo del principio de legalidad— y conforme a determinados procedimientos —que se hallarán previstos bajo ese mismo principio—, hay que recordar las otras expresiones de la Corte Interamericana en este campo. Si son determinantes los conceptos jurisprudenciales supranacionales que he mencionado hasta aquí, también lo son esos otros conceptos que la propia Corte Interamericana incluyó en su propia construcción del control interno de convencionalidad.

Me estoy refiriendo a la siguiente expresión empleada por la CorteIDH: la función de control de convencionalidad —se dijo en la sentencia del *caso Trabajadores Cesados del Congreso*— “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 supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

El párrafo anterior, que forma parte del pronunciamiento de la Corte Interamericana para el diseño del control interno de convencionalidad, incluye de nueva cuenta elementos inamovibles y elementos sujetos a las determinaciones internas. Por lo que toca al primer supuesto —contenido en la porción inicial del párrafo transcrito—, el tribunal supranacional reitera que no es preciso que el presunto lesionado invoque la protección del órgano jurisdiccional que conoce las alegadas violaciones para que éste aplique sus poderes y declare la existencia de una violación y las consecuencias de ésta. Viene al caso una aplicación más del principio *jura novit curia*, ampliamente transitado por la jurisprudencia internacional e insistentemente recogido por la interamericana a partir de los primeros pronunciamientos en asuntos contenciosos. Puesto en otras palabras, el control se ejerce *ex officio*, con entera independencia de que lo invoquen o no los agraviados.

El segundo supuesto, incluido en la parte final del mismo párrafo transcrito, remite a la existencia de posibles presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia. Sabemos, como antes manifesté, que la propia normativa internacional dispone ciertos presupuestos para la apertura y el desarrollo de la vía internacional de protección de los derechos humanos: condiciones materiales y formales (relacionados con la naturaleza de la cuestión, la oportunidad en la presentación del asunto, la competencia del órgano, por ejemplo), ante la Comisión y ante la Corte.

La exigencia de que se satisfagan estos presupuestos no implica de suyo, en el caso concreto en el que se plantean, apreciación sobre la existencia de las violaciones aducidas o la responsabilidad de quien deba enfrentarlas o la reparación pertinente. Sólo significa —pero esto no carece de importancia y trascendencia, casuísticamente, como es evidente— que el despliegue de la vía internacional, en su caso, y del control interno de convencionalidad, en el suyo, se hallan asociados a la observancia de esos presupuestos. Desde luego, la normativa interna puede ser —e incluso debe ser— muy favorecedora de la tutela de los derechos fundamentales, y por ende puede y debe reducir al mínimo los citados presupuestos, a fin de no oponer barreras innecesaria a la protección del individuo. Bajo la misma lógica se prevén los presupuestos en el ámbito internacional.

XII. POSICIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

En la obra redactada conjuntamente por el autor de estas líneas y Mauricio del Toro, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, y en la elaborada, también conjuntamente, con Julieta Morales Sánchez, *La re-*

forma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011), ambas citadas en otra parte del presente estudio, se ofrece información y análisis inicial acerca de la posición adoptada por la Suprema Corte de Justicia de México en torno la materia que aquí examino y a otras, convergentes, relativas a la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos.

En años recientes se reanimó el planteamiento constitucional de estos temas, tanto a partir de propuestas, que no prosperaron, para la revisión integral del régimen de los derechos humanos previsto en la Constitución de la República, como en torno a la incorporación de nuestro país en el sistema de justicia penal internacional, que determinó adiciones al artículo 21 de la ley fundamental. He manifestado mis puntos de vista en torno a estas adiciones, muy defectuosas, en mi obra *La Corte Penal Internacional*, editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Lo que me interesa en este momento es mencionar que la iniciativa del Ejecutivo que finalmente condujo —en una versión totalmente distinta— a la modificación del artículo 21, se refirió a las sentencias de tribunales internacionales cuya competencia hubiera aceptado México (a la sazón, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), e igualmente, aunque no fueron mencionados en la iniciativa, otros órganos (“paneles”, por ejemplo) con atribuciones jurisdiccionales y emplazamiento internacional).

Esa iniciativa, de 2001, pretendió establecer los efectos de dichas sentencias en el orden interno, pero no aludió de ninguna manera al control de convencionalidad en el sentido que examinamos ahora. Tampoco lo ha hecho —y debió hacerlo— la reforma constitucional que culminó en 2011. Mientras ésta se hallaba sujeta a estudio en el Congreso de la Unión y al cabo de su publicación en el *Diario Oficial*, ya habían surgido en el ámbito jurisdiccional interno algunas interrogantes que pudieron ser materia de la reforma constitucional y que últimamente la justicia mexicana afrontó y resolvió en el espacio de sus propias actuaciones. Cuando esto ocurrió, existía ya la inquietud por enfrentar en sentencias judiciales el tema del control interno de convencionalidad, como se vio a través de decisiones de tribunales colegiados, que recogemos en la citada obra sobre *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*³.

³ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A AEJERCERLO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, T. XXXI, mayo de 2010; y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR

Recordemos, en síntesis, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debió resolver, al cabo de diversas vicisitudes que no describiré ahora, las derivaciones de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el *caso Radilla Pacheco*. Así lo hizo, a través de intensas deliberaciones entre el 4 y el 14 de julio de 2011, que pusieron de manifiesto diversos extremos de la recepción nacional y dieron como resultado las decisiones correspondientes al expediente *Varios 912/2010*. El texto del engrose respectivo fue aprobado el 20 de septiembre de 2011, acompañado por votos emitidos por varios ministros, con alcance personal, y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre de 2011.

A mi juicio, la Suprema Corte dio pasos decisivos y acertados en el examen de esta cuestión. Lo reconozco y celebro, y desde luego comparto varias conclusiones centrales adoptadas por ese tribunal. Había que ir adelante en la reflexión sobre una materia cuyo examen ya resultaba apremiante, y era preciso llevar a cabo la reflexión —con vistas a soluciones integrales futuras— a falta de legislación (constitucional y secundaria) adecuada y suficiente.

De ahí que el alto tribunal fuese mucho más allá del planteamiento original que se hallaba sujeto a su consideración: en sustancia, las implicaciones de la sentencia interamericana para el Poder Judicial de la Federación, como parte del Estado mexicano. La jurisprudencia inició, pues, la solución de problemas que pudo —y debió— anticipar la norma constitucional, aun cuando es cierto —y lo destaco— que la reforma de 2011 a la ley suprema ofreció un marco muy favorable al oportuno debate en la Suprema Corte de la Nación.

Creo útil transcribir aquí —como anuncié al inicio de este trabajo— algunos criterios adoptados por la Suprema Corte en la decisión que concluye el examen del expediente *Varios 912/2010*. Hago notar que no se trata de una sentencia en amparo, en acción de inconstitucionalidad o en controversia constitucional. El pronunciamiento posee otra naturaleza jurídica, de la que derivan sus efectos. Se ha considerado que recoge de

QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. *Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta*, Novena Época, TCC, T. XXXI, marzo de 2010, p. 2927. Serna de la Garza menciona y elogia una sentencia dictada por el magistrado estatal de Nuevo León, Carlos Arenas, después de la reforma constitucional y las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, de 2011, que inaplicó un tipo penal contenido en el código de la materia de esa entidad federativa, por considerarlo contrario a la Constitución mexicana y a las normas internacionales sobre derechos humanos.

cisiones orientadoras. Es, sin duda, fuente favorecedora o determinante para decisiones judiciales, administrativas y legislativas, que necesariamente habrán de instalarse sobre los criterios adoptados por el alto tribunal de la República.

Mencionaré las determinaciones de la Corte en el orden en que aparecen en el documento de engrose del 20 de septiembre de 2011. No incluiré, por supuesto, las consideraciones respectivas ni referencias al debate; tampoco daré noticia de la votación específica en cada caso. Las determinaciones que transcribo, establecidas en la porción resolutive del documento que las contiene, son las que merecieron mayoría o unanimidad de votos.

- a) La Suprema Corte no es competente para revisar, ante las sentencias condenatorias emitidas por la CorteIDH, “si se configura alguna de las excepciones del Estado Mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de aquélla, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas que formuló” al adherirse a la CADH o a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- b) Las sentencias condenatorias de la CorteIDH “son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos”.
- c) Los criterios interpretativos de la CorteIDH “son orientadores para el Poder Judicial de la Federación”.
- d) De conformidad con el párrafo 339 de la sentencia de la CorteIDH en el *caso Radilla Pacheco*, el “Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.
- e) “El control de convencionalidad debe ejercerse por todos los jueces del Estado Mexicano”.
- f) El modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse es en el sentido de que: “1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de

invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en casos concretos”.

- g) “Los párrafos 337 a 342 de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, resultan obligatorios para los jueces del Estado mexicano, al ejercer el control de convencionalidad”.
- h) “Los jueces del Estado Mexicano deberán reiterar en los casos futuros el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia que emitió en el *caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, y en aplicación del artículo 1º constitucional”.
- i) La Suprema Corte de Justicia “deberá reasumir su competencia originaria para resolver los conflictos competenciales que se presenten entre la jurisdicción militar y la ordinaria”.
- j) El Poder Judicial de la Federación deberá establecer cursos de capacitación en diversos campos atinentes a la protección internacional de los derechos humanos —que la decisión de la Suprema Corte señala con detalle— destinados a jueces, magistrados y funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas del Poder Judicial de la Federación.
- k) “El Poder Judicial de la Federación debe garantizar que la averiguación previa (...) respecto al *caso Radilla Pacheco* se mantenga bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria y bajo ninguna circunstancia en el fuero de guerra”.
- l) En virtud de que “todos los jueces del Estado Mexicano (...) están facultados para inaplicar las normas generales que a su juicio consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los tratados en materia de derechos humanos, resulta necesario que el Tribunal Pleno modifique la jurisprudencia P./J. 74/1999”⁴.

⁴ Esta jurisprudencia, que manifiesta la posición de la Suprema Corte de Justicia hasta antes de las decisiones de julio de 2011, y que estuvo precedida por definiciones del más alto tribunal en sentido diferente, se expresa en los siguientes términos: “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”. El texto expreso del

- m) “El Poder Judicial de la Federación adecuará sus subsecuentes interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar, orientándose con los criterios contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.
- n) “De acuerdo con los párrafos 252 y 256 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, deberá garantizarse en todas las instancias conducentes, el acceso al expediente y la expedición de copias del mismo para las víctimas”.
- ñ) “La Suprema Corte de Justicia deberá reasumir su competencia originaria o ejercer la facultad de atracción para conocer de conflictos competenciales entre la jurisdicción militar y la ordinaria, o bien, ejercer de oficio su facultad de atracción por tratarse de un tema de importancia y trascendencia, por tanto, deberá solicitar a todos los juzgados y tribunales federales del país, que en el caso de que tengan bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, lo informen a (la) Suprema Corte para los efectos anteriores”.

Ya he expresado mi parecer sobre varios temas abarcados por estas determinaciones de la Suprema Corte de Justicia, entre ellos los correspondientes a la *eficacia vinculante que poseen, en mi concepto, los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando actúa como intérprete de la Convención Americana* —que es, a su turno, una normativa vinculante para los Estados partes, entre ellos México—, independientemente de que se hallen depositados en una resolución concerniente a nuestro país o a otro Estado parte en el Sistema Interamericano.

artículo 133 de la Constitución Federal previene que “(...) En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. 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”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Vol. X, agosto de 1999, p. 5.

También he señalado mi punto de vista acerca del control judicial interno de convencionalidad, para que éste satisfaga los fundamentos que lo sustentan y los objetivos a los que atiende, y se despliegue —como lo ha manifestado explícitamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos pronunciamientos a este respecto determinaron las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— conforme a la *competencia que se asigne a los tribunales que ejerzan el control y a los procedimientos establecidos para ello*.

Concluiré esta revisión en torno al control judicial interno de convencionalidad con las palabras que figuran al final del libro *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: “Una vez cumplida la reflexión judicial sobre estos temas, conviene que en el futuro inmediato se produzca el debate legislativo y la aprobación de normas específicas que definan claramente los procedimientos para el cumplimiento, por parte de los diferentes órganos del Estado, de la CorteIDH y de otras instancias y tribunales internacionales, así como el diseño que garantice en el marco del complejo sistema judicial mexicano, un adecuado control de convencionalidad, sin generar desequilibrios innecesarios en el modelo de justicia interna”.

Apremia, pues, el trabajo legislativo; sin éste, se mantendrá inconclusa la tarea emprendida por la Suprema Corte para recibir internamente el Derecho internacional de los derechos humanos, y tampoco ganará en homogeneidad y claridad el ingreso al orden jurídico mexicano de los derechos previstos en convenciones internacionales, como lo postula el nuevo texto del artículo 1º constitucional.

Justicia interamericana y tribunales nacionales

DIEGO GARCÍA-SAYÁN¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Estándares internacionales y derecho interno. III. Sentencias de la Corte Interamericana y tribunales nacionales. IV. Las amnistías y las prescripciones. V. Deber de investigar las violaciones a los derechos humanos. VI. Debido proceso y derecho a un recurso efectivo. VII. Comentario final.

I. INTRODUCCIÓN

A través de este artículo, en esencia, se pone énfasis en la viva relación que se viene vertebrando entre decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el derecho interno de los países de la región, particularmente en la jurisprudencia de algunos tribunales relevantes, como son algunas de las cortes o tribunales constitucionales. No se podría decir aún que la mayoría de tribunales han incorporado ya las sentencias de la Corte Interamericana en sus razonamientos, pero sí que importantes tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de “nacionalización” del derecho internacional de los derechos humanos.

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y DERECHO INTERNO

La armonización del derecho interno y de la actuación de las autoridades del Estado con las estipulaciones de un tratado como la Convención Americana sobre Derechos Humanos es uno de los elementos centrales del objeto y fin de un tratado como el mencionado. Ello se encuentra expresado en las normas contenidas en el artículo 1.1, y precisadas en el artículo 2 de la Convención, contextualizados por un principio básico de interpretación de los tratados de derechos humanos, que es el de asegurar el máximo de protección al ser humano, como lo estipula su artículo 29. La Corte

¹ Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Europea de Derechos Humanos ha interpretado con claridad que no hay lugar para limitaciones implícitas; en el mismo sentido lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que no se pueden invocar situaciones excepcionales en perjuicio de los derechos humanos.

Esa compatibilización entre los estándares internacionales con las normas de derecho interno y los actos u omisiones del Estado tiene una expresión específica fundamental en las sentencias de los tribunales. Ello se relaciona directamente con aspectos esenciales de la función del Estado y su deber de organizarse en concordancia con sus obligaciones internacionales. En ese ámbito es esencial determinar si los tribunales están contribuyendo —o no— a establecer concordancias con el ordenamiento internacional de los derechos humanos teniendo en consideración que por su naturaleza, las normas y órganos de protección internacionales están diseñados para expresarse en el orden y derecho interno de los países.

En efecto, los Estados que por decisión soberana se hacen parte de tratados internacionales sobre derechos humanos o promueven el funcionamiento de sus órganos de protección, se imponen a sí mismos el deber de aplicar en su orden interno esos compromisos internacionales. Ese elemento esencial del derecho internacional de los derechos humanos está en la base conceptual de su interacción esencial con el derecho interno y el comportamiento de las distintas instituciones del Estado. Ello al menos en dos ámbitos derivados, cada uno, de dos normas fundamentales de la Convención²: el artículo 1.1 y el artículo 2.

En efecto, a través del artículo 1.1 los Estados han contraído la doble obligación de: a) respetar los derechos humanos, y b) garantizar su libre y pleno ejercicio. Además, en conexión a este “deber de garantía”, el artículo 2 estipula el deber de los Estados de adoptar las medidas legislativas “o de otro carácter” que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos

² “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

y libertades³. En todo esto está claro que un papel medular le corresponde a los tribunales nacionales. Que, como parte del aparato de Estado, se encuentran en la obligación de articular las normas y comportamientos de las autoridades del Estado con los compromisos internacionales del Estado del que forman parte activa.

En esa perspectiva, los tribunales nacionales tienen un papel crucial como garantes de los derechos establecidos en los compromisos internacionales. Tanto porque el acceso a los órganos internacionales de protección está sujeto al previo “agotamiento de los recursos internos” como porque en la puesta en práctica de las decisiones vinculantes de un órgano como la Corte Interamericana, los tribunales nacionales tienen una función capital que desempeñar. Por cierto que el componente “normativo” es de singular relevancia, pero el dato histórico es que la mayoría de las fuentes de discriminación y desprotección se encuentran más en la conducta de los distintos aparatos de Estado que en el plano de las regulaciones legales. Por ello, cuando se habla de “derecho interno” se debe estar pensando, básicamente, en su proceso de aplicación en la viva dinámica del conjunto de instituciones públicas y, en particular, de los tribunales nacionales.

III. SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA Y TRIBUNALES NACIONALES

Con cargo a un examen amplio y minucioso que hay que hacer de la jurisprudencia de todos los países de la región, sí se puede afirmar que se vienen produciendo importantes avances en este terreno. Crecientemente altos tribunales de varios países de la región se nutren de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en asuntos sustantivos muy complejos y críticos. En este proceso dialéctico de interacción entre el derecho internacional y el derecho interno es fundamental el papel de jueces y abogados para que los órganos jurisdiccionales aseguren la implementación a nivel interno de los estándares y normas internacionales.

En ese orden de ideas, se han marcado hitos claros y reiterados en algunos tribunales de determinados países, como es el caso de los tribunales

³ En una de sus primeras decisiones la Corte Interamericana interpretó sobre este artículo 2 que el Estado parte “...tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole” (opinión consultiva 7-86, párrafo 30).

constitucionales de Bolivia, Colombia y Perú, así como en la Corte Suprema y ciertos tribunales superiores de Argentina y algunos tribunales superiores de Chile.

La trascendencia de los casos resueltos por la Corte en sus más de veinticinco años de existencia se da en una doble dimensión. Por una parte, al haber podido conocer y pronunciarse sobre materias graves que, en consecuencia, merecían atención en sí mismas. Por otra parte, el hecho de que muchos de los casos conocidos eran y son representativos de tendencias y/o de numerosos otros casos o situaciones semejantes, lo que le da a los mismos una relevancia cualitativa que trasciende el caso mismo. Ello ha permitido que en muchos casos se llegue a conclusiones jurisprudenciales de un cierto carácter emblemático.

En esa doble dimensión la Corte ha tomado decisiones relevantes en una serie de temas dentro de los que destaco para este artículo los tres siguientes: a) deber de adoptar disposiciones de derecho interno⁴; b) deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos⁵, y c) derecho al debido proceso y a un recurso judicial efectivo⁶. Muchos de los criterios definidos por la Corte en estos tres grupos de temas vienen sirviendo de guía de interpretación a tribunales nacionales relevantes de varios países de la región, particularmente cortes o tribunales constitucionales.

Como es evidente, los desarrollos jurisprudenciales en estas materias tienen, *per se*, enorme significado conceptual y jurídico. Esa importancia se acrecienta si se toman en cuenta dos asuntos. Primero, que resulta relativamente notable constatar el grado de cumplimiento de las sentencias de la Corte en lo que atañe a aspectos como las modificaciones en la legislación interna, así como el pago de las indemnizaciones y otros pagos conectados a los procesos (costas y gastos, principalmente). Segundo, que más allá del caso específico, los tribunales nacionales han sido artífices de una significativa repercusión de esa jurisprudencia para resolver situaciones o casos semejantes a los conocidos por la Corte Interamericana.

⁴ Entre los casos más destacados cabe mencionar el correspondiente a “La Última Tentación de Cristo”, Castillo Petruzzi, Paniagua Morales (“Panel Blanca”), Villagrán Morales (“Niños de la Calle”), Bámaca y Bulacio.

⁵ Entre otros, Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, El Amparo *vs.* Venezuela, Garrido y Baigorria *vs.* Argentina, Castillo Páez *vs.* Perú y “Barrios Altos” *vs.* Perú.

⁶ Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”), Loayza Tamayo *vs.* Perú, Castillo Petruzzi *vs.* Perú, Cesti Hurtado *vs.* Perú, Cantoral Benavides *vs.* Perú, Durand y Ugarte *vs.* Perú.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Argentina, por ejemplo, había establecido pioneramente en 1995, en el caso *Girolodi*⁷, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debía “...servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención”. El Tribunal Constitucional del Perú, al calificar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “guardián último de los derechos en la Región”⁸, estableció que no era suficiente acudir a las normas internacionales, sino que era preciso tomar en consideración la interpretación que sobre tales normas ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pero tribunales muy relevantes de la región no sólo han establecido que la Corte es una vía de interpretación de la Convención, sino que han sentado con precisión el principio de que las sentencias de la Corte son de obligatorio cumplimiento por todos los tribunales nacionales. La Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, ha establecido de manera constante el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sentencias como las T-568 de 1999, C-010 de 2000 y C-200 de 2002. En esta perspectiva, es particularmente notable la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 19 de junio de 2007 a propósito de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra la ley 28642.

Destacó el Tribunal peruano en esta ocasión que “...*las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos* y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”⁹. Algo más, enfatiza que

...las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos... y sus opiniones consultivas sobre la misma materia¹⁰, resultan vinculantes para el Estado peruano, y que al formar parte del ordenamiento jurídico nacional, según el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, desconocer dichas resoluciones internacionales podría significar una infracción constitucional o, peor aún, un delito de función, conforme al artículo 99 de la Norma Fundamental¹¹.

⁷ Girolodi H s/recurso de casación. 7 de abril de 1995.

⁸ Sentencia del expediente 218-02-HC/TC, publicada el 3 de agosto de 2002.

⁹ *Ibidem*, p. 22, subrayado en el original.

¹⁰ Nota: se refiere a la materia del derecho a un recurso efectivo.

¹¹ *Ibidem*, p. 24.

Esta conducta básicamente positiva de tribunales relevantes en varios Estados es, en líneas generales, estimulante como señal efectiva de compromiso en el cumplimiento de las decisiones vinculantes del órgano jurisdiccional interamericano. En un contexto global en el que se oyen voces y se constatan conductas que cotidianamente socavan y buscan mellar el multilateralismo, es propio destacar esta conducta de los Estados de la región, que fortalece el derecho internacional y los derechos humanos.

De singular relevancia puede ser destacar el impacto generado en torno a tres temas fundamentales: a) las amnistías y las prescripciones; b) el deber de investigar las violaciones a los derechos humanos, y c) debido proceso y derecho a un recurso efectivo.

IV. LAS AMNISTÍAS Y LAS PRESCRIPCIONES

Las amnistías y las prescripciones han sido señaladas por la Corte en reiteradas ocasiones como impedimentos importantes para el pleno cumplimiento del deber de garantía establecido como obligación internacional. La Corte ha establecido que no son admisibles las prescripciones o las amnistías "...o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos"¹². Con énfasis se ha establecido, además, que "De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos"¹³.

¹² Caso Trujillo Oroza, reparaciones, supra nota 30, párrafo 106; caso "Barrios Altos", supra nota 3, párrafo 41; y caso Barrios Altos, interpretación de la sentencia de fondo (artículo 67, Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 3 de septiembre de 2001, serie C, número 83, párrafo 15. Caso Bulacio *vs.* Argentina, párrafo 116, sentencia del 18 de septiembre de 2003. Caso "19 Comerciantes", sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, número 109, párrafo 175, 262 y ss. Caso "Hermanos Gómez Paquiyauri", sentencia del 8 de julio de 2004, párrafo 232 y ss. Caso "Tibi", sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, número 114, párrafo 259 y sus citas). Caso "Masacre Plan de Sánchez", sentencia del 19 de noviembre de 2004, serie C, número 116, párrafo 95 y ss. Caso "Hermanas Serrano Cruz", sentencia del 10. de marzo de 2005, serie C, número 120, párrafo 168 y ss. Caso "Huilca Tecse", sentencia del 3 de marzo de 2005, serie C, número 121, párrafo 05 y ss.

¹³ Caso Bulacio *vs.* Argentina, párrafo 117, sentencia del 18 de septiembre de 2003.

En lo que respecta a amnistías, el caso de mayor impacto hasta la fecha ha sido el de Barrios Altos; es decir, el de las denominadas leyes de autoamnistía dictadas en el Perú en 1995. Lo es en una doble vertiente. Primero, por los pasos dados en el Perú para dar pleno cumplimiento a una sentencia de la Corte que se tradujo en acciones efectivas contra la impunidad de graves violaciones de derechos humanos. Adicionalmente, por el impacto que ha tenido¹⁴ en el razonamiento y desarrollo conceptual en varios altos tribunales de la región en la crucial cuestión de la impunidad.

Tres años antes del caso Barrios Altos la Corte había establecido que con las amnistías dictadas en Perú en 1995 se "...obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente"¹⁵. La Corte no extrajo de esa consideración, en esa ocasión, una consecuencia jurídica explícita. Eso lo hizo con toda claridad cuando conoció el caso Barrios Altos, un grave hecho en el que fueron asesinados en 1991 en el centro de la ciudad de Lima 15 personas por el paramilitar "Grupo Colina".

En este caso la Corte consideró que las leyes de amnistía dictadas por Fujimori en 1995

...impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma¹⁶.

Más allá de ello se estableció que "...las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana"¹⁷.

¹⁴ Esto se refiere tanto a la sentencia misma como a la interpretación posterior que hizo la propia Corte a través de la sentencia de interpretación del 3 de septiembre de 2001. Allí se estableció que "...dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales".

¹⁵ Caso Castillo Páez *vs.* Perú, sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998, párrafo 105.

¹⁶ Caso Barrios Altos *vs.* Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, párrafo 42.

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 43.

Como consecuencia de estas consideraciones, la Corte estableció que al ser incompatibles con la Convención "...las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos"¹⁸.

En una posterior sentencia de interpretación¹⁹, la Corte estableció que "...dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales"²⁰. Al privar de efectos jurídicos estas leyes, Antonio Cassese resaltó la trascendencia de este paso al señalar que²¹:

...c'est la première fois qu'une juridiction internationale declare que des lois nationales sont depourvues d'effets juridiques a l'interieur du systeme etatique ou elles ont ete adoptees, et oblige par consequence l'État a agir comme si ces lois n'avaient jamais ete edictees²².

De particular e inmediata significación fue el impacto que tuvo en el Perú esta sentencia de la Corte. Una sucesión de decisiones de los tribunales peruanos puso fin a la impunidad derivada de las "autoamnistías" de 1995. En noviembre de 2000 cayó el régimen de Fujimori²³, dentro del cual se había generado al denominado "Grupo Colina", sindicado como responsable de los hechos ocurridos en "Barrios Altos". El gobierno de transición, presidido por Valentín Paniagua, y en el que me correspondió desempeñar la tarea de ministro de Justicia, reconoció la responsabilidad internacional del Estado en los hechos²⁴. Sólo quedó pendiente el tema de las leyes de "autoamnistía" que el propio Fujimori había conseguido se dictaran en 1995. Este asunto no lo podía resolver el Poder Ejecutivo, que más bien se lo trasladó a la Corte, que venía conociendo del caso "Barrios Altos" desde junio de 2000.

¹⁸ Párrafo resolutivo número 4, sentencia caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú) del 14 de marzo de 2001.

¹⁹ Sentencia del 3 de septiembre de 2001.

²⁰ Párrafo resolutivo 2.

²¹ Cassese, Antonio, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, París, Presses Universitaires de France. 2002.

²² *Ibidem*, p. 16. Traducción libre al castellano: "...es la primera vez que una jurisdicción internacional declara que leyes nacionales sean desprovistas de efectos jurídicos al interior del sistema estatal en el que han sido adoptadas y obliga, en consecuencia, al Estado a actuar como si esas leyes jamás hubieran sido dictadas".

²³ Noviembre de 2000.

²⁴ Comunicación del agente del Estado del 19 de febrero de 2001.

Sobre esa base, la Corte señaló que “...el allanamiento del Perú constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana sobre Derechos Humanos”²⁵, y determinó que había cesado la controversia entre el Estado y la Comisión en cuanto a los hechos que dieron origen al caso, abriendo paso a las reparaciones. Dentro de otros puntos resolutivos, la Corte determinó lo crucial de esa sentencia: que las leyes de amnistía 26479 y 26492 carecían de efectos jurídicos por ser incompatibles con la Convención²⁶.

El gobierno de transición peruano, al ser notificado de la sentencia de la Corte Interamericana, la remitió de inmediato a la Corte Suprema de Justicia. El presidente del tribunal supremo, a su vez, la envió el mismo día a varias instancias judiciales²⁷, señalando que el proceso penal por los sucesos de Barrios Altos²⁸ debía ser reabierto debido al carácter “vinculante e inexorable” de la sentencia de la Corte Interamericana. El mismo día, la Fiscalía Especializada solicitó y obtuvo un mandato de detención contra las trece personas implicadas en la matanza, dentro de los que se encontraban dos generales del ejército. En los días siguientes los implicados fueron detenidos y sometidos a los correspondientes procesos penales en los tribunales ordinarios, que continúan desarrollándose al momento de escribirse estas líneas.

En paralelo se dieron pasos y razonamientos muy interesantes en la justicia militar que rompieron la sujeción que había tenido respecto de Fujimori y Montesinos y, además, la inercia de décadas en las que su razonamiento no había estado muy apegado a los estándares democráticos. A las pocas semanas de recibida la sentencia de la Corte Interamericana, el Consejo Supremo de Justicia Militar²⁹, en sus dos instancias³⁰, resolvió declarar nulos los sobreseimientos que el propio fuero militar había decretado en beneficio de Vladimiro Montesinos Torres y personal del ejército, y se dispuso que lo actuado se remitiera al juzgado penal especial del fuero ordinario.

²⁵ Caso Barrios Altos *vs.* Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, párrafo 40.

²⁶ *Ibidem*, párrafo resolutivo 4.

²⁷ Salas Penales y Corte Superior de Lima. Un mes después, el 24 de abril, se envió al Consejo Supremo de Justicia Militar.

²⁸ Los hechos de Barrios Altos se produjeron en 1991, y las autoamnistías las dictó el gobierno de Fujimori en 1995.

²⁹ Máximo órgano de la justicia militar peruana.

³⁰ Sala plena en fallo del 1 de junio de 2001 y sala revisora en decisión del 4 de junio del mismo año.

El razonamiento de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar es muy rico y consistente desde el punto de vista jurídico. Además de remitirse al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, estableció que "...el Consejo Supremo de Justicia Militar, como parte integrante del Estado Peruano, debe dar cumplimiento a la sentencia internacional en sus propios términos y de modo que haga efectiva en todos sus extremos la decisión que ella contiene...". La sala revisora reafirmó y desarrolló semejantes consideraciones siendo explícita en considerar que "...la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia declaró que las acotadas leyes de amnistía son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en consecuencia carecen de efectos jurídicos...". Agregó la sala revisora que los sobreseimientos dictados vulneraban "...claramente la quinta decisión³¹ de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ordena al Estado investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos".

A partir de estos avances y de la posterior sentencia interpretativa de la Corte Interamericana, en la que ésta determinó que lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso "Barrios Altos" tenía efectos generales, se sucedieron una serie de decisiones importantes en varios tribunales de la región.

Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, al resolver³² la casación presentada por los procesados en la detención y posterior desaparición de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez³³, producida en 1975 por acción de agentes de la DINA, considera como interpretación fidedigna y suprema de la Convención Americana de Derechos Humanos aquella emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asume explícita-

³¹ "5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables".

³² Fallo del 5 de enero de 2004 dictado por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile.

³³ Véase al respecto el artículo de Humberto Nogueira Alcalá, "Una senda que merece ser transitada: la sentencia definitiva de casación de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 11.821-2003, caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez", *Revista Ius et Praxis*, 2003, vol. 9, núm. 2.

mente los parámetros interpretativos de la Corte Interamericana citando íntegro el párrafo 41 de la sentencia sobre “Barrios Altos”³⁴.

En la Argentina, los desarrollos han sido diversos. Destaco dos que son especialmente relevantes. Por un lado, el fallo de la Cámara Federal de Salta, Argentina, del 29 de julio de 2003. Por otro lado, el caso de Julio Héctor Simón, que culminó en un fallo muy relevante de la Corte Suprema de Argentina dictado en junio de 2005.

En la decisión de la Cámara Federal de Salta se declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, y ordenó la detención de los imputados Carlos Mulhall y Miguel Raúl Gentil, a efectos de que presten declaración indagatoria en la causa caratulada “Cabezas, Daniel Vicente y Otros s/ Denuncia-Palomitas-Cabezas de Buey”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la sentencia por el caso Barrios Altos son ingredientes muy importantes en el razonamiento de la Cámara Federal:

Sobre el tema la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció en el caso ‘Barrios Altos’ del 14 de marzo de 2001, señalando que...³⁵. La circunstancia de que tales afirmaciones se realicen con referencia a leyes de ‘autoamnistía’ en nada le restan valor, antes bien son plenamente aplicables, toda vez que, como se vio, esta Cámara considera que teniendo en cuenta cómo fueron gestadas, las leyes de obediencia debida y punto final se asimilan a una verdadera ‘autoamnistía’³⁶.

Por otro lado, se tiene el caso de Julio Héctor Simón, quien llevó su reclamación por supuesta privación ilegítima de libertad por todas las instancias hasta llegar a la Corte Suprema de Argentina, la que emitió en junio de 2005 un fallo de enorme importancia y trascendencia. Simón, ex subo-

³⁴ “41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

³⁵ En esta parte la Cámara cita la sentencia Barrios Altos: “Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” [CIDH, caso “Barrios Altos” (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), sentencia del 14 de marzo de 2001, p. 41].

³⁶ Párrafo IX.

ficial de la policía federal, estaba procesado con prisión preventiva por el secuestro y posterior desaparición en 1978 de José Liborio Pobrete Rosa y su esposa, Gertrudis Marta Hlaczik. En el dictamen del procurador general del Estado, Nicolás Eduardo Becerra, del 29 de agosto de 2002, se enfatizaba el deber internacional del Estado argentino de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad citando *in extenso* para este efecto el caso Velásquez Rodríguez. La referencia al caso “Barrios Altos” es muy amplia y detallada. Enfatiza el deber de investigar, y pone énfasis en la Corte Interamericana como referente jurisprudencial fundamental para negar efectos jurídicos a las disposiciones de olvido y perdón al tratarse de graves violaciones a los derechos humanos.

En concordancia con el dictamen del procurador, el 14 de junio de 2005 la Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia trascendental a través de la cual privó de efectos jurídicos las leyes 23.492 y 23.521 (“Punto Final” y “Obediencia Debida”) y las declaró inconstitucionales. El sólido y extenso razonamiento de la sentencia está basado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con especial énfasis en el caso “Barrios Altos”, que se reseña y analiza de manera amplia y minuciosa. En la sentencia de la Corte Suprema se establece “Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en ‘Barrios Altos’ al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”³⁷, y que “... las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de ‘autoamnistía’. Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes *ad hoc*, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos”³⁸.

La Corte Constitucional de Colombia, por su parte, ha sido clara a través de reiterada jurisprudencia en cuanto a la inadmisibilidad de las amnistías y “autoamnistías” basando sus razonamientos en la Corte Interamericana. Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 13 de la Ley 733 de 2002, que establece que los autores o partícipes de los delitos de terrorismo, secuestro, extorsión, no podían ser beneficiados con amnistías e indultos, la Corte Constitucional se remitió al derecho

³⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 14 de junio de 2005. “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. —causa No. 17.768—”, párrafo 24.

³⁸ *Idem.*

internacional y a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para establecer que, tratándose de “delitos atroces” no se puede admitir “...el otorgamiento de autoamnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos”³⁹.

Resulta interesante el razonamiento de la misma Corte Constitucional a propósito de la aprobación por Colombia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que se efectuó a través de la Ley 742, del 5 de junio de 2002. A través de una sentencia por medio de la cual la Corte Constitucional declaró constitucional dicha ley⁴⁰, basándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reiteró que⁴¹

...los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia (artículo 9 CP.), el Estatuto de Roma, y nuestro ordenamiento constitucional, que sólo permite la amnistía o el indulto para delitos políticos y con el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículo 150, numeral 17 de la CP.), no admiten el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴².

En lo que respecta a las prescripciones, los conceptos de la Corte Interamericana también han sido recogidos por diversos tribunales nacionales. La mayoría de las decisiones jurisdiccionales sobre la materia a nivel nacional sustentan la imprescriptibilidad de la acción penal en la gravedad misma de ciertas violaciones a los derechos humanos; algunas de esas decisiones desarrollan específicamente ese enfoque con relación a las desapariciones forzadas por su carácter continuado y permanente. Hay varios ejemplos relevantes de decisiones adoptadas por tribunales de la región. Ciertos casos de Argentina y Bolivia resultan especialmente ilustrativos.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-695/02, 28 de agosto de 2002.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-578/02, 30 de julio de 2002.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Cita a pie de página de la propia Corte Constitucional: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado las condiciones para que una amnistía sea compatible con los compromisos adquiridos por los Estados Partes en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), sentencia de 14 de marzo de 2001 la Corte Interamericana decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso en el contexto nacional”.

Así, en la apelación presentada en Argentina por el ex dictador Augusto Pinochet en la causa en la que se investigaba el homicidio del general Carlos Prats y su esposa, la representación del procesado alegó, entre otros argumentos, la prescripción del delito. El tribunal citó completo el párrafo 41 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”, en el que se consideran “inadmisibles” las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. Concluyó la Cámara Criminal y Correccional Federal que “NO HACE LUGAR al planteo de PRESCRIPCIÓN de la acción penal formulado en beneficio de AUGUSTO JOSÉ RAMÓN PINOCHET UGARTE...”⁴³.

En seguimiento de lo dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Argentina, por su parte, ha sido enfática y consistente en establecer el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Un paso de singular importancia es el de la sentencia con la que culminó en la Corte Suprema en agosto de 2004 el recurso de hecho deducido por el Estado argentino y el gobierno de Chile en la causa seguida en el caso de Enrique Lautaro Arancibia Clavel⁴⁴.

Arancibia Clavel, de acuerdo con lo establecido en la correspondiente sentencia penal por la que se le condenó a prisión perpetua, había sido parte, desde marzo de 1974 hasta noviembre de 1978, de la Dirección Nacional de Inteligencia Nacional (DINA) chilena. De acuerdo con la sentencia, la actividad de Arancibia Clavel consistía “...en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina”. Entre otros crímenes se le consideró responsable del asesinato en Buenos Aires de quien fuera comandante en jefe del ejército de Chile, general Carlos Prats, y su esposa. En la instancia superior la Cámara de Casación cuestionó el tipo penal aplicado para la condena y determinó que la acción penal había prescrito.

La Corte Suprema, con base en los actos criminales atribuidos a Arancibia Clavel y probados en el proceso (homicidios, torturas y tormentos y desaparición forzada de personas), determinó que “en función de los principios que emanan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

⁴³ Cámara Criminal y Correccional Federal de Argentina, causa 17.439, “Pinochet Ugarte, Augusto s/ prescripción de la acción penal”. Mayúsculas en el original.

⁴⁴ Sentencia del 24 de agosto de 2004.

Derechos Humanos” no eran aplicables las normas ordinarias de prescripción. El máximo tribunal argentino reafirmó los principios fundamentales del deber de garantía establecidos por la Corte Interamericana citando *in extenso* la sentencia del caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras⁴⁵, concluyendo que a partir de dicho fallo “...quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”⁴⁶. La Corte Suprema expresa muy claramente el enfoque de que la imprescriptibilidad emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son “...generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica”. Y que teniendo en cuenta que las desapariciones forzadas de personas las cometieron en Argentina “...fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial...” no puede “...sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza”. Basándose explícitamente en decisiones de la Corte Interamericana, concluyó la Corte Suprema en este caso⁴⁷ que “...la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción

⁴⁵ “36) Que en virtud del precedente mencionado, tomando en cuenta que el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía: ‘en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención” (CIDH, caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C, número 4).

⁴⁶ Sentencia del 24 de agosto de 2004, párrafo 36.

⁴⁷ Párrafos 23 y 36 de la sentencia de la Corte Suprema de la República Argentina en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros Causa número 259 C. Buenos Aires, 24 de agosto de 2004.

constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional”⁴⁸.

De especial interés resulta la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional de Bolivia a partir de la demanda presentada por la madre de José Carlos Trujillo Oroza cuya desaparición forzada en 1972 había derivado en la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de enero de 2000. Partiendo del reconocimiento de responsabilidad presentado por el Estado boliviano, la Corte Interamericana había establecido en la correspondiente sentencia de reparaciones⁴⁹ “3. Que el Estado debe investigar, identificar y sancionar a los responsables de los hechos lesivos de que trata el presente caso...”.

En el proceso penal seguido en Bolivia —a partir de la sentencia de la Corte Interamericana— contra los supuestos responsables, se había declarado extinguida la acción penal por prescripción. Primero por determinación del juez Quinto de Instrucción en lo Penal y luego por la Sala Penal Primera del Distrito Judicial de Santa Cruz.

Sobre la base del recurso presentado por la madre del desaparecido ante el Tribunal Constitucional, éste determinó que se estaba ante un delito permanente, debido a que “...en la ejecución de la acción delictiva, el o los autores, están con el poder de continuar o cesar la acción antijurídica (privación ilegal de libertad) y que mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su acción consumativa”⁵⁰. El Tribunal determinó que estaba “...establecido el carácter permanente del delito de privación ilegal de libertad, delito por el cual se juzga a los imputados Justo Sarmiento Alanes, Pedro Percy González Monasterio, Elías Moreno Caballero, Antonio Guillermo Elío, Ernesto Morant Lijerón, Óscar Menacho y Rafael Loayza (fallecido), y que la víctima no ha recuperado hasta el presente su libertad; consecuentemente, no ha comenzado a correr la prescripción;

⁴⁸ La Corte cita como referencias el caso “Barrios Altos”, sentencia del 14 de marzo de 2001; el caso “Trujillo Oroza vs. Bolivia”, reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002 y el caso “Benavides Cevallos”, cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003. Debe mencionarse que razonamientos contra la aplicación de la prescripción en casos de graves violaciones a los derechos humanos ya habían sido efectuados por tribunales argentinos con anterioridad. Así, por ejemplo, en el recurso de apelación interpuesto por Emilio Eduardo Massera —expediente 30514— contra la decisión del juez que le había denegado la excepción de prescripción, la Cámara se pronunció en septiembre de 1999 estableciendo el carácter imprescriptible del crimen de la desaparición forzada de personas.

⁴⁹ 27 de febrero de 2002.

⁵⁰ Sentencia constitucional 1190/01-R del 12 de noviembre de 2001, párrafo 16.

puesto que para computar la prescripción de los delitos permanentes se debe empezar a contar desde el día en que cesa la ejecución del delito (en el delito que nos ocupa, cuando la persona recupera su libertad)” declarando, como consecuencia, procedente el recurso.

V. DEBER DE INVESTIGAR LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Ha sido constante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en enfatizar la importancia del deber de garantía traducido en la obligación de prevenir, investigar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos. Los principios así establecidos vienen teniendo progresiva y consistente aplicación por importantes tribunales de la región en una sucesión de decisiones que afirman la obligación del Estado de investigar y sancionar esas violaciones a los derechos humanos.

El deber del Estado de que se investiguen las graves violaciones a los derechos humanos ha sido reiteradamente tratado por la Corte Constitucional de Colombia con base en jurisprudencia de la Corte Interamericana. Así, en el proceso de tutela instaurado por una ciudadana que demandaba que se “investigue prolijamente” el fallecimiento de su hijo, Nelson Joaquín Peñaranda Guerrero, soldado voluntario en el Batallón de Contraguerrillas número 16 de la Brigada Móvil número 2, fallecido el 7 de septiembre de 1993, a consecuencia de un disparo recibido dentro de las instalaciones del Batallón Mecanizado número 5 en Cúcuta, la Corte Constitucional reivindicó en 1994 el derecho de los familiares a la verdad. Así, estableció que “Los perjudicados tienen derecho a saber qué ha ocurrido con sus familiares, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁵¹.

La misma Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el “derecho a la verdad” y el “derecho a la justicia”, remitiéndose siempre a sentencias de la Corte Interamericana. Así, por ejemplo, en la sentencia C-282 de 2002 enfatizó el sustento de tales derechos, entre otros aspectos, en sentencias de la Corte expresamente referidas⁵².

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-275/94, 15 de junio de 1994.

⁵² Citan expresamente los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166) y Barrios Altos (fundamento 43).

Frente a otra demanda de inconstitucionalidad —esta vez contra el artículo 220, numeral 3o. del Código de Procedimiento Penal— la Corte Constitucional reafirmó y desarrolló principios importantes conectados al deber de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos. En la demanda se objetaba que no existía razón para que en el Código de Procedimiento Penal la revisión del fallo al surgir hechos o pruebas nuevas no conocidas por el juez durante el proceso, sólo opere para absolver al procesado o declarar su inimputabilidad. Ello dejaría por fuera, al decir de la demanda, “...la posibilidad de hacer justicia frente a los hechos o pruebas nuevas que puedan aparecer y que lleven a revisar el fallo para una responsabilidad penal mucho más grave y una mayor indemnización frente a quienes padecieron algún perjuicio con el hecho dañoso”⁵³. Estaban en discusión, pues, principios como el *non bis in idem* y la cosa juzgada.

La Corte Constitucional, haciendo referencia expresa al caso “Barrios Altos”, destacó que

...los derechos de las víctimas desbordan el campo indemnizatorio pues incluyen el derecho a la verdad y a que se haga justicia en el caso concreto. Particular importancia tiene en este aspecto la sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos... en donde ese tribunal decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención Interamericana y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso⁵⁴.

La Corte enfatizó que se estaba ante tres derechos relevantes para analizar la norma demandada: el derecho a la verdad (para lo cual la Corte se remitió a los casos Velásquez Rodríguez y Barrios Altos); el derecho a que se haga justicia en el caso concreto, y el derecho a la reparación del daño a través de una compensación económica. La Corte Constitucional amparó la pretensión contenida en la demanda.

Ante otra demanda de inconstitucionalidad de un aspecto del Código de Procedimiento Penal, la Corte Constitucional reafirmó los principios establecidos en su propia jurisprudencia, y se sustentó en la Corte Interamericana en cuanto al deber de investigar. En la demanda se ponía de relieve en este caso el principio *non bis in idem* señalando que las personas

absueltas tienen el derecho a no ser sometidas a juicio por los mismos hechos. Los demandantes señalaban que la norma impugnada del Código de Procedimiento Penal posibilita la revisión y posterior declaratoria de

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*

nulidad de las sentencias absolutorias “contrariando evidente y flagrantemente la Convención Americana de los Derechos Humanos”.

Al resolver, la Corte Constitucional enfatizó que “...conviene acotar que la jurisprudencia constitucional viene reivindicando los derechos que en el proceso penal tienen las víctimas y perjudicados del hecho punible a la reparación económica, a la verdadera justicia”⁵⁵, precisando que

...la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que las víctimas de violaciones a los derechos humanos tienen derecho a la verdad, justicia y reparación, por lo que el Estado debe cumplir el deber de investigar esos hechos, sancionar a los responsables y restablecer, en lo posible a las víctimas en sus derechos. En este sentido ha hecho énfasis en que la investigación “debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”, pues de lo contrario puede afirmarse que el Estado ha incumplido el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a las personas sujetas a su jurisdicción, lo cual comprometería su responsabilidad internacional⁵⁶.

Como es lógico, el razonamiento expuesto llevó a la Corte Constitucional a no amparar la demanda reafirmando los principios ya contenidos en la sentencia C-004 de 2003 en cuanto al deber de investigar, cuya prevalencia sobre el *non bis in idem* quedó claramente definida por la Corte Constitucional.

Finalmente, la misma Corte Constitucional colombiana se remitió a la Corte Interamericana y su jurisprudencia para declarar inconstitucional parte de la tipificación de la figura de las desapariciones forzadas contenida en el artículo 165 de la ley 599 de 2000, por la cual se expidió el Código Penal⁵⁷. En la demanda se explicaba que el segmento demandado en cuanto exigía como requisito *sine qua non* para la configuración del delito de desaparición forzada que el particular o el servidor público autor del punible debe pertenecer a un grupo armado al margen de la ley, deja de tipificar la conducta del particular o del servidor público que actúa individualmente o que pertenece a un grupo que no tiene la particularidad de

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-871/03, 30 de septiembre de 2003.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ El artículo en cuestión era el siguiente (se subraya la parte impugnada): “ARTÍCULO 165. DESAPARICIÓN FORZADA. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años”.

ser armado o que ni siquiera está por fuera o al margen de la ley. A juicio de la demandante no resultaba admisible que sólo se penalice al particular o al servidor público que ejecuta la desaparición forzada cuando pertenece a un grupo que además sea armado, y que tal grupo armado esté por fuera de la ley. Es decir, que si es un grupo no armado, no hay tipicidad, o si no se pertenece a ningún grupo no hay delito, o si el grupo es armado, pero dentro de la ley, igualmente la conducta es atípica.

Al analizar la demanda, la Corte Constitucional tomó en cuenta y citó largamente la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Velásquez Rodríguez, destacando que en dicha decisión jurisdiccional se había efectuado "...la primera descripción exhaustiva del crimen de desapariciones señalando que se trata de un delito de lesa humanidad que constituye una violación múltiple a distintos derechos consagrados en la Convención como la vida, la libertad y la dignidad humana"⁵⁸.

La Corte Constitucional enfatizó, a su vez, que con dicho fallo la Corte Interamericana dejó en claro que

...en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, y que aún así no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito, como violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte atribuible directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, sin embargo puede acarrear su responsabilidad internacional, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención⁵⁹.

En sus consideraciones, la Corte Constitucional estableció que por la descripción de la conducta contenida en la norma impugnada "...no es válida la afirmación de la accionante de que los miembros de las Fuerzas Armadas están excluidos de ser sujetos activos de la desaparición forzada"⁶⁰. En cuanto que el sujeto activo del delito de desaparición forzada y la exigencia que pertenezca a un "grupo armado al margen de la ley", para la Corte Constitucional esta expresión es inconstitucional, por reducir significativamente el sentido y alcance de la protección de las víctimas. En

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-317/02, 2 de mayo de 2002.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Idem.*

ese orden de razonamiento, la Corte Constitucional reafirmó el sentido del tratamiento de la desaparición forzada contenida en la Constitución (artículo 12), que

...consagra una protección más amplia que la regulada en los instrumentos internacionales... toda vez que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada anteriormente la simple omisión de los Estados de prevenir la desaparición forzada cometida por particulares o de controlar a los grupos armados irregulares que ejecutan dichos actos, implica que el Estado respectivo no ha cumplido con su obligación de prevenir y castigar a los responsables de tales actos siendo, en consecuencia, merecedor de las condignas sanciones⁶¹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú ha reafirmado en varios casos los principios fundamentales del deber de investigar y de acción contra la impunidad. En el recurso extraordinario interpuesto por Gabriel Orlando Vera Navarrete, quien consideraba que existía una detención arbitraria en su caso, y solicitaba su inmediata excarcelación, el Tribunal se refirió a la naturaleza compleja de los procesos penales seguidos contra Vera Navarrete como miembro del denominado “Grupo Colina” por los delitos de homicidio calificado, secuestro agravado y desaparición forzada de personas⁶². Con ese telón de fondo, remitiéndose al caso Velásquez Rodríguez, el Tribunal Constitucional reafirmó y desarrolla los principios del deber de garantía establecidos en las normas internacionales y contenidos en las sentencias de la Corte Interamericana⁶³. En la misma sentencia el Tribunal desarrolló el sentido y seriedad de dicha obligación de investigar basándose en el caso Bulacio *vs.* Argentina⁶⁴.

⁶¹ *Idem.*

⁶² Sentencia del 9 de diciembre de 2004 (exp. 2798-04-HC/TC). Vera Navarrete era procesado también por su supuesta participación en las matanzas de “Barrios Altos” y “La Cantuta”.

⁶³ “10. La obligación de garantía ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la sentencia sobre el caso Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988 (párrafo 164), la Corte indica que el deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esta manera vela por la protección de los derechos de las personas, pero simultáneamente exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción”.

⁶⁴ Párrafo 19 de la sentencia.

VI. DEBIDO PROCESO Y DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

Es interesante constatar cómo los principios fundamentales del debido proceso y del derecho a un recurso efectivo, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han sido reforzados por tribunales nacionales a partir de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También han sido impactados asuntos específicos vinculados a la administración de justicia como el tratamiento a los reclusos. Hay decisiones interesantes adoptadas, por ejemplo, por tribunales de Argentina, Bolivia y Colombia, que ejemplifican esto.

Así, en el caso de Argentina, en un recurso de casación resuelto en 2004 por la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala 4a.), en el recurso de queja de Fernando Daniel López, se estaba ante un sentenciado por homicidio culposo al que se le negaba el recurso de casación. La Cámara hizo lugar al recurso sustentando su conclusión en que "...toda persona que resulte condenada debe tener acceso —como derivación del derecho de defensa— a una nueva discusión de la cuestión (en principio, lo más amplia posible)" en la sentencia dictada en julio de 2004 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica"⁶⁵.

En un fallo relevante de la Corte Suprema argentina se destacó el principio del derecho a un recurso sencillo y rápido. En el recurso de hecho deducido por Víctor Hermes Brusa se basó el tribunal supremo —entre otros componentes de su razonamiento— en la opinión consultiva número 9, de 1987 (OC-9/87) de la Corte Interamericana. Con objeto de precisar que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma, la Corte Suprema precisó que la garantía prevista en el artículo 25.1 de la Convención "se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley". Citando el caso "Castillo Petruzzi" conocido por la Corte Interamericana, señala que dichas garantías implican que "... además de ser indispensables deben ser judiciales, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción".

⁶⁵ Buenos Aires, Cámara Nacional de Casación Penal (Sala 4a.), recurso de casación resuelto el 15 de octubre de 2004.

El Tribunal Constitucional de Bolivia, por su parte, ha desarrollado principios fundamentales del debido proceso a partir de diversas sentencias de la Corte Interamericana. Así, en la sentencia 1020/2004-R, del 2 de julio de 2004, en torno a un recurso de amparo constitucional a través del cual se alegaba violación de los derechos al trabajo, a la propiedad privada, a la seguridad social y al debido proceso, el Tribunal sustentó su decisión en la OC-9/87, en tanto, entre otros aspectos, establecía que el proceso “es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia”.

El mismo Tribunal Constitucional boliviano desarrolla el principio del juez natural en otras sentencias en las que también se nutre de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la sentencia 1364/2002, del 7 de noviembre de 2002, que resolvía un hábeas corpus presentado por Luis Fernando Roberto Landívar Roca a través del cual alegaba vulneración de los derechos a la libertad, a no ser detenido sin las formalidades legales y al debido proceso, el tribunal se basó en la Corte para desarrollar el concepto de juez natural: “...en criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dos alcances: a) la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver determinada causa y b) que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por ley”.

En la sentencia 0004/2003, del 20 de enero de 2003, se resolvió un recurso directo de nulidad interpuesto por Lloyd Aéreo Boliviano, S. A. (LAB, S. A.), y allí se reiteró esta misma aproximación citando, nuevamente, a la Corte Interamericana. Al fallar mediante sentencia 0491/2003, del 15 de abril de 2003, un recurso de amparo constitucional interpuesto por Daniel Alejandro Doering Villarroel alegando la vulneración de los derechos a la seguridad jurídica y a no ser juzgado por comisiones especiales, se otorgó la tutela solicitada basándose en el principio de juez natural y en el señalamiento de que “...la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que ‘toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial’”. Semejante de-

sarrollo conceptual se encuentra en otras sentencias del Tribunal Constitucional de Bolivia⁶⁶.

El principio de presunción de inocencia, a propósito de una disposición del Código Penal cuestionada a través de una demanda de inconstitucionalidad, fue desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia, con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La norma cuestionada es la que penaliza la comercialización de autopartes usadas sin demostrar su procedencia lícita⁶⁷. Según la demanda, la norma penal demandada viola el principio de presunción de inocencia, por cuanto ordena al procesado o imputado que demuestre la procedencia lícita de las autopartes usadas de vehículos automotores. Ello impondría al ciudadano investigado —se alegaba— demostrar su inocencia, invirtiendo la carga de la prueba.

En las consideraciones de su fallo, la Corte Constitucional recurrió a distintos precedentes propios sobre el referido principio de presunción de inocencia, así como a jurisprudencia de la Corte Interamericana, remitiéndose a las sentencias de la Corte Interamericana en los casos *Suárez Rosero vs. Ecuador* (noviembre de 1997) y *Cantoral Benavides vs. Perú* (agosto de 2000).

La misma Corte Constitucional de Colombia, en una acción de tutela para proteger los derechos de internos del Pabellón de Máxima Seguridad de Cómbita, se nutrió de decisiones de la Corte Interamericana para resolver. En la acción correspondiente se daba cuenta de una larga relación de hechos al interior de dicho centro penal que constituirían violación de los derechos de los reclusos. En la parte considerativa de su sentencia, la Corte Constitucional reseñó la legislación nacional e internacional y destacó la importancia “...del asunto Castillo Petruzzi contra Perú, fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 30 de mayo de 1999”⁶⁸. Concluye la Corte Constitucional que “En los términos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es preciso que se abstengan de cometer ‘prácticas

⁶⁶ Por ejemplo, sentencias 1730/2003, del 28 de noviembre de 2003 y 0009/2004, del 28 de enero de 2004.

⁶⁷ El artículo cuestionado era el siguiente: “Artículo 447A. Quien comercie con autopartes usadas de vehículos automotores y no demuestre su procedencia lícita, incurrirá en la misma pena del artículo anterior”.

⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1030/03, 30 de octubre de 2003.

administrativas', es decir, comportamientos análogos o similares que suponen violaciones a los derechos fundamentales"⁶⁹.

En conexión directa con el respeto al debido proceso se dictó por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de julio de 2004 la sentencia en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, a través de la cual se estableció que el Estado había violado el derecho a las garantías judiciales consagrado en los artículos 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, motivo por el cual la Corte dispuso que el Estado debía dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, a través de la cual condenó al señor Mauricio Herrera Ulloa.

A las pocas semanas, en cumplimiento de dicha sentencia de la Corte Interamericana, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José dispuso que se cancelara la inscripción del juzgamiento del señor Mauricio Herrera Ulloa, que se dejaran sin efecto las penas de multa y de daño moral impuestas, así como la orden de publicación de la sentencia.

Otro aspecto vinculado directamente al debido proceso es el de la acción de la justicia y la detención preventiva, tema en el que el Tribunal Constitucional peruano se ha nutrido expresamente —y de manera reiterada— de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para reafirmar el carácter excepcional de la detención preventiva.

Basándose en el caso *Suárez Rosero*⁷⁰, el Tribunal estableció en el caso *Vicente Silva Checa*, que

⁶⁹ Decaux, Emmanuel, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, París, 1995, p. 168.

⁷⁰ Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafos 77 y 78: "77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (artículo 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.

...por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. ...[Ésa es] la interpretación que... ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Suárez Rosero. Ecuador, párrafo 77...)71.

Otro caso interesante es el vinculado a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fermín Ramírez había sido condenado a la pena de muerte en Guatemala. La Corte Interamericana estableció que en el proceso penal seguido contra Ramírez se había violado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que, en consecuencia, la pena establecida por los tribunales guatemaltecos "...fue arbitraria por haber incumplido limitaciones infranqueables para la imposición de dicha pena en los países que aún la preservan"72. Sobre esa base, la Corte determinó que "El Estado debe llevar a cabo, en un plazo razonable, un nuevo enjuiciamiento en contra del señor Fermín Ramírez, que satisfaga las exigencias del debido proceso legal, con plenas garantías de audiencia y defensa para el inculpado"73.

Al llegar esta sentencia a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, ésta se pronunció enfáticamente en enero de 2006 en el sentido de que "en virtud del sometimiento del Estado de Guatemala a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los fallos que ésta emita en cuanto a interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son definitivos e inapelables"74 resolviendo que, en aplicación de la referida sentencia de la Corte, se debía llevar a cabo un nuevo proceso penal en contra de Fermín Ramírez. Ese proceso, en efecto, se llevó a cabo, esta vez en seguimiento de

78. La Corte considera que con la prolongada detención preventiva del señor Suárez Rosero, se violó el principio de presunción de inocencia, por cuanto permaneció detenido del 23 de junio de 1992 al 28 de abril de 1996 y la orden de libertad dictada en su favor el 10 de julio de 1995 no pudo ser ejecutada sino hasta casi un año después. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2 de la Convención Americana".

71 Sentencia del expediente 1091-2002-HC/TC, caso Vicente Silva Checa, del 12 de agosto de 2002.

72 Párrafo 79.

73 Párrafo 138.7.

74 Corte Suprema de Justicia de Guatemala, acuerdo 96-2006, del 23 de enero de 2006.

los estándares del debido proceso, y el imputado fue condenado a cuarenta años de prisión.

El derecho a la protección judicial de los derechos humanos ha sido un aspecto importante tratado en diversas ocasiones por la Corte Constitucional de Colombia y por el Tribunal Constitucional del Perú. En efecto, la Corte Constitucional colombiana ha consolidado ciertos principios importantes a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra la norma del Código de Procedimiento Penal de ese país, en el que se regula la constitución del agraviado en parte civil⁷⁵. En su decisión, la Corte Constitucional afianzó los principios que amparan los derechos de las víctimas; citando la OC-9/87, enfatizó que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma. Cita *in extenso* la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”, para señalar que son “...contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, las leyes que dejaban a las víctimas sin la posibilidad de saber la verdad y obtener justicia”⁷⁶.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú, basándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha reafirmado, entre otros aspectos, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione un derecho fundamental. Enfatizo que este derecho “De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio”⁷⁷.

⁷⁵ En la demanda se señalaba que a través del artículo 137 del Código de Procedimiento Penal se vulneraba el principio de la igualdad, en lo que respecta al acceso a la justicia, pues la ley concede al sindicado “la libertad de actuar directamente en la defensa de su causa... y no obligatoriamente a través de abogado”, mientras que “impone al denunciante o al perjudicado... el deber de actuar por intermedio de apoderado judicial, lo cual viola el principio de igualdad”. Además, se señalaba que “...a la parte civil se le imposibilita conocer de las actuaciones judiciales durante la etapa de investigación preliminar, por no ser parte en el proceso y por cuanto esa información está cobijada por la reserva sumarial”. A juicio del demandante, esto resulta contrario a los artículos 93 y 95, numeral 4, de la Constitución.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ Sentencia del expediente 1941-2002-AA/TC (caso Luis Felipe Almenara Bryson), publicada el 20 de marzo de 2003, y la sentencia del expediente 2209-2002-AA/TC (caso Mario Antonio Urrelo Álvarez), publicada el 15 de mayo de 2003. Citado por Huerta Guerrero, Luis Alberto, cit.

En esta materia es de particular relevancia la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, del 19 de junio de 2007, a propósito de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra la ley 28642. Dicha ley establecía la improcedencia de las acciones de garantía contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. Esta sentencia, por la que se declaró fundada la demanda, tiene especial significación tanto en lo que respecta a la reafirmación del derecho a un recurso efectivo como por las consideraciones más amplias que hace el Tribunal sobre las sentencias de la Corte Interamericana.

En lo que respecta al derecho a un control jurisdiccional sobre decisiones que contravengan los derechos de las personas, el Tribunal citó largamente la sentencia de la Corte en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, dictada en 2005. Estableció claramente que deben operar los remedios internos, y que es "...obligación del Estado peruano adecuar su derecho interno a los principios derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos, según lo dispone su artículo 2"⁷⁸. Para esta reafirmación del derecho a un recurso efectivo se basa centralmente en la consideración de que

...tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona 'a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales...'⁷⁹

Más allá del caso específico, es interesante enfatizar la importancia de otras consideraciones más generales del Tribunal, que en su razonamiento establece importantes lineamientos conceptuales sobre interpretación al destacar la conveniencia "reparadora de interpretar los derechos fundamentales... a la luz de las decisiones de la Corte, [pues] queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección"⁸⁰.

⁷⁸ Resolución del 19 de junio de 2007, 00007-2007-PI/TC, p. 23.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 17.

VII. COMENTARIO FINAL

La operatividad y eficacia de los instrumentos internacionales de derechos humanos están condicionadas a que los Estados adopten las medidas necesarias para cumplir y hacer cumplir los derechos protegidos. En ello le corresponde un papel medular a los tribunales nacionales.

En estas líneas se expone la viva dinámica que se está construyendo entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de importantes tribunales de la región, en particular algunas cortes o tribunales constitucionales. Éste es un ingrediente fundamental en el proceso de traducir en los procesos jurídicos e institucionales al interior de los países los desarrollos jurídicos e institucionales internacionales en materia de derechos humanos.

En temas críticos, como las amnistías, el deber de garantía, el debido proceso y el acceso a un recurso judicial efectivo, es notable cómo ellos vienen siendo recogidos y desarrollados por importantes tribunales de la región. Se han marcado hitos claros en los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia y Perú, así como en la Corte Suprema de Perú y Argentina y ciertos tribunales superiores de Argentina y Chile.

El diálogo de las Cortes en Costa Rica

RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE

SUMARIO: I. Introducción. II. La jurisprudencia de la CADH. III. La regulación en el ordenamiento costarricense. IV. La recepción de la jurisprudencia de la CADH por parte de la Sala Constitucional. 1. La regulación de los derechos fundamentales debe hacerse mediante ley formal emanada del Parlamento. 2. Las disposiciones de Derecho Internacional limitan la facultad de los Estados para regular los asuntos relativos a la nacionalidad. 3. Las dos dimensiones de la libertad de expresión. 4. El derecho de recurrir forma parte del debido proceso. 5. Las restricciones de los derechos fundamentales deben ser introducidas por leyes razonables. 6. El proceso debe reconocer y resolver factores de desigualdad real. 7. Elementos determinantes del plazo razonable. 8. Las excepciones a la expulsión y deportación de extranjeros. 9. El Estado debe proteger la unidad familiar. 10. El derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial. 11. El recurso de amparo constituye un pilar básico del Estado de Derecho en una sociedad democrática. 12. El derecho de acceso a la justicia. 13. Contenido del derecho a la integridad personal. 14. Los principios que rigen las limitaciones de los derechos fundamentales. 15. Los alcances de la libertad de información. 16. Los Colegios Profesionales persiguen un interés público. 17. Los Estados tienen discrecionalidad para establecer los requisitos para la naturalización. 18. El proceso penal debe reconocer y resolver los factores de desigualdad. 19. Potestad de emitir decretos de urgencia. 20. Vinculatoriedad de las opiniones consultivas de la CIDH. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El denominado diálogo entre las Cortes de Derechos Humanos y los tribunales internos encuentra un rico antecedente en las naciones europeas. En América Latina ha sido más limitada, aunque últimamente ha ganado bastante terreno.

Posiblemente el país en que la jurisprudencia de la CIDH haya tenido más trascendencia ha sido Argentina, en donde la Corte Suprema de Justicia desmontó todo el régimen de impunidad contra los gobiernos militares que les había garantizado la denominada Ley de las Amnistías.

En Costa Rica, la jurisprudencia de la CIDH ha sido adoptada paulatinamente por la Sala Constitucional y hoy día constituye una de sus más autorizadas fuentes doctrinarias.

En el presente artículo analizaré las principales directrices jurisprudenciales de la CIDH recogidas por las resoluciones de la Sala Constitucional patria.

II. LA JURISPRUDENCIA DE LA CADH

En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, del 26 de setiembre de 2006, la CIDH dijo que “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”.

En el caso de *Aguado Alfaro y otros contra Perú*, del 24 noviembre 2006, en el párrafo 126, la Corte clarificó mejor su doctrina en los siguientes términos:

“Cuando el Estado ha ratificado un tratado internacional como las Convención Americana, los jueces están sujetos a él, lo que los obliga a asegurar que la eficacia de la Convención no sea minada o anulada con la aplicación de normas contrarias a sus disposiciones, objeto o a su finalidad. En otras palabras, los órganos de la Magistratura deben ejercer de oficio un control no sólo de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, entre el ordenamiento interno y la Convención Americana, evidentemente en el cuadro de sus competencias y de las normas procedimentales. Esta función no debe ser limitada no sólo de las manifestaciones o de los actos del querrelante en cada caso, sin considerar otras hipótesis formales y materiales de admisibilidad y aceptación de este tipo de acciones”.

A partir de este momento se volvió obligatorio para los tribunales internos de los países signatarios de la CADH, ejercer el control de convencionalidad sobre la legislación interna.

III. LA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COSTARRICENSE

El control de convencionalidad en sede nacional debe ser ejercitado, en principio, por todos los órganos jurisdiccionales. Como es sabido, cada país tiene su propio modelo.

Aunque el antecedente más lejano lo constituye el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, que establece que los tratados internacionales tienen mayor rango normativo que las leyes, lo cierto es que esa ley no contempla ningún mecanismo procesal para ejercer el control de convencionalidad.

Por ello, puede afirmarse que en Costa Rica el control de convencionalidad existe desde 1989, a partir de la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con lo cual nos adelantamos 10 años a la jurisprudencia de la CIDH que le hizo obligatorio para todos los países signatarios de la Convención.

En efecto, los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional habilitan expresamente a la Sala para ejercer el control de convencionalidad a través, especialmente, de los asuntos de constitucionalidad, al disponer, en lo conducente que corresponde a la jurisdicción constitucional “garantizar los principios y normas del Derecho Internacional y comunitario vigentes en la República, sí como su uniforme interpretación y aplicación” y “Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: b) Ejercer el control de constitucionalidad..., así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad”, respectivamente.

Asimismo, con fundamento en el artículo 48 de la Constitución, la Sala ejerce el control de convencionalidad por medio de los procesos de amparo, dado que los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, vigentes en la República, forman parte del parámetro de legitimidad del recurso de amparo.

Dado que en Costa Rica, el control de convencionalidad, en principio, está concentrado en la Sala Constitucional, se plantea el problema de cómo podrían los demás tribunales ejercer ese control.

Pareciera que en nuestro ordenamiento, la solución pasaría porque el asunto sea remitido a la Sala por el órgano judicial correspondiente, mediante el instituto de la consulta judicial de constitucionalidad previsto en los artículos 102 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Según esta normativa, cuando un juez tiene dudas sobre la constitucionalidad —en este caso sobre la convencionalidad— de una norma que debe aplicar en la resolución del caso sometido a su jurisdicción, debe suspender el dictado de la sentencia y formular la respectiva consulta ante la Sala Constitucional, quien es la única competente para determinar si una determinada norma es o no contraria al bloque de constitucionalidad o al de convencionalidad.

IV. LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CADH POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL

1. La regulación de los derechos fundamentales debe hacerse mediante ley formal emanada del Parlamento

En uno de sus primeros votos en 1989, la Sala Constitucional recoge textualmente la jurisprudencia sentada por la CIDH en la Opinión Consultiva número OC-6/86, párrafos. 27, 32 y 35, en los siguientes términos: “27. La expresión leyes en el marco de la protección de los derechos humanos carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30 [de la Convención] no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado...”

“32. La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de leyes a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad. Este principio, dentro del espíritu de la Convención debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al ‘ejercicio efectivo de la democracia representativa’, que se traduce, inter alia en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común...”

“35. ...Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos

por la Convención...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-6/86, pgrs. 27, 32 y 35) (Voto 31-89).

2. Las disposiciones de Derecho Internacional limitan la facultad de los Estados para regular los asuntos relativos a la nacionalidad

Nuevamente la Sala Constitucional en otro de sus primeros votos, acogió la doctrina sentada por la CIDH en la Opinión Consultiva número OC-4/84 del 19 de enero de 1984, que versaba sobre la propuesta de modificación a la Constitución Política relacionada con la naturalización, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, en los siguientes términos: “35. ...Con distintas modalidades, la mayoría de los Estados ha establecido la posibilidad de que personas que no tenían originalmente su nacionalidad puedan adquirirla posteriormente, en general, mediante una declaración de voluntad, manifestada previo cumplimiento de ciertas condiciones. La nacionalidad, en estos casos, no depende ya del hecho fortuito de haber nacido en un territorio determinado o de nacer de unos progenitores que la tenían, sino de un hecho voluntario que persigue vincular a quien lo exprese con una determinada sociedad política, su cultura, su manera de vivir y su sistema de valores.”

“36. Siendo el Estado el que establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad a quien originariamente era extranjero, es natural que las condiciones y procedimientos para esa adquisición sea materia que dependa predominantemente del derecho interno. Siempre que en tales regulaciones no se vulneren otros principios superiores, es el Estado que otorga la nacionalidad, el que ha de apreciar en qué medida existen y cómo se deben valorar las condiciones que garanticen que el aspirante a obtener la nacionalidad esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. Es igualmente lógico que sean las conveniencias del Estado, dentro de los mismos límites, las que determinen la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad; y como esas conveniencias son generalmente contingentes, es también normal que las mismas varíen, sea para ampliarlas, sea para restringirlas, según las circunstancias. De ahí que no sea sorprendente que en un momento dado, se exijan nuevas condiciones enderezadas a evitar que el cambio de nacionalidad sea utilizado como medio para solucionar problemas transitorios sin que se establezcan vínculos efectivos reales y perdurables que justifiquen el acto grave y trascendente del cambio de nacionalidad.”

“37. En el «Asunto Nottebohm» la Corte Internacional de Justicia expresó algunos conceptos que armonizan con lo expuesto en el párrafo anterior. Dice la Corte: «La naturalización no es una cosa para tomar a la ligera. Pedirla y obtenerla no es un acto corriente en la vida de un hombre. Entraña para él ruptura de un vínculo de fidelidad. Lleva consigo consecuencias lejanas y un cambio profundo en el destino del que la obtiene. Le concierne personalmente y sería desconocer su sentido profundo el no retener de ella más que el reflejo sobre la suerte de sus bienes.» [Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955, I.C.J. Reports 1955, pg. 24].

“38. De lo expuesto anteriormente, se desprende que para una adecuada interpretación del derecho a la nacionalidad, materia del artículo 20 de la Convención (Americana sobre Derechos Humanos), es necesario conjugar armoniosamente, por un lado la consideración de que la determinación y regulaciones de la nacionalidad son competencia de cada Estado, esto es, materia de derecho interno y, por el otro, que las disposiciones de derecho internacional limitan, en alguna forma, esta facultad de los Estados en razón de exigencias de la protección internacional de los derechos humanos.” (Voto 6780-94, reiterado posteriormente en las sentencias números 5778-98, 6830-98 y 8909-09).

3. Las dos dimensiones de la libertad de expresión

La Sala hizo suya la doctrina sentada por la CIDH en la opinión consultiva número OC-5-85 respecto a las dos dimensiones de la libertad de expresión en los siguientes términos: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva #OC-5-85 señaló que dicha libertad tiene dos dimensiones, una individual y otra colectiva, por ello, cuando se restringe ilegítimamente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es su derecho el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas. Asimismo, la libertad de expresión implica el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios, por lo que una restricción a las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. Señaló, además, que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas. En primer término, la Convención establece que la libertad de pensamiento y expresión puede ser restringida únicamente a posteriori, por el abuso en el ejercicio de ese derecho que tenga como resultado la lesión de otros,

como el honor, la reputación etc. La única excepción es la establecida en el párrafo 4° del artículo 13, respecto a la censura previa de espectáculos públicos para regular el acceso a ellos de los infantes y adolescentes” (Voto 3550-92, el cual ha sido reiterado en numerosas ocasiones, la última de ellas mediante la resolución 7548-08).

4. El derecho de recurrir forma parte del debido proceso

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sostenido que “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando la Convención citada, determinó en la Sentencia de 2 de julio de 2004 que ‘(...) conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas (...)’ y, además, en su Sentencia de 30 de mayo de 1999, ‘(...) incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia (...)’. Agregó que, de acuerdo con el principio de igualdad, el derecho de recurrir debe otorgársele no solo al inculpado, sino a todas las demás partes, siendo que, la Corte Interamericana ha indicado que el derecho a recurrir el fallo, es una garantía primordial que se respeta en el marco del debido proceso legal” (Voto 10365-04, reiterado numerosas veces, la última de ellas en la sentencia 7605-09).

5. Las restricciones de los derechos fundamentales deben ser introducidas por leyes razonables

La Sala ha señalado que “Por otra parte, es claro que los derechos humanos pueden ser sometidos a determinadas restricciones en situaciones altamente concretas y particulares, según se define en el artículo treinta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero es indiscutible que tales restricciones solamente son posibles de conformidad con leyes debidamente aprobadas dentro de un contexto calificado y bajo condiciones determinadas, y no simplemente por razones de dignidad, seguridad, libertad o convivencia social, como parece entenderlo en algunos casos el Comité Central de Farmacoterapia —ver, en este sentido, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las Opiniones Consultivas números OC-5/85, OC-6/86 y OC-8/87—” (Voto 5966-09).

6. El proceso debe reconocer y resolver factores de desigualdad real

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 señaló que para alcanzar sus

objetivos el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia” (Votos 5600-06, 17127-06, 812-07 y 5198-07).

7. Elementos determinantes del plazo razonable

La Sala Constitucional ha establecido que “La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado los elementos que componen el ‘plazo razonable’ para resolver un proceso que se ha prolongado en demasía”. Así, en sentencia de esa Corte del 12 de noviembre de 1997, (Serie C) N°. 35., se dispuso: “72. *Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales...*” (Voto 9200-00).

8. Las excepciones a la expulsión y deportación de extranjeros

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido que “VII.- *Porque, en efecto, el principio de protección de la familia y el derecho a la unión familiar, han venido conformando una especie de excepción oponible al deseo de expulsión o deportación del Estado en una variedad de situaciones de inmigración. Existen disposiciones relevantes, contenidas en los instrumentos aplicables en Costa Rica, como las de los artículos 17 y 23 del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos o los artículos V y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de las que se deriva la prohibición de la interferencia arbitraria en la familia, tal como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y que al término ‘familia’ se le da una interpretación amplia que incluye a ‘todos aquellos comprendidos en la familia según se entiende en la sociedad del Estado parte correspondiente’. El derecho de los cónyuges extranjeros de unirse y gozar de la vida de casados con los nacionales adquirió precedencia sobre las leyes de inmigración en el caso de Aumeeruddy-Cziffra contra Mauricio (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1981). También, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos conduce a similares conclusiones (p. ej. Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido). Incluso la jurisprudencia reciente de aquella Corte ha prohibido la expulsión de extranjeros con antecedentes penales, con fundamento en relaciones de familia (v. Beldjoudi contra Francia, 1992; Djeroud contra Francia, 1991; Moustaquim contra Bélgica, 1991). Si bien dentro del Sistema Interamericano no encontramos jurisprudencia vinculante en este sentido,*

porque todavía no se han conocido casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que así lo demuestren, es emblemática su resolución sobre medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de 18 de agosto de 2000, en el caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, en que la Corte Interamericana, como medida provisional, requirió al Estado dominicano la reunificación familiar de Antonio Sension y su mujer Andrea Alezy con sus hijos menores.” (v. en igual sentido las sentencias número 2002-10321 de las 14:34 horas del 29 de octubre, 2002-11514 de las 8:51 horas del 6 de diciembre, ambas del 2002, y 2003-00895 de las 9:08 horas del 7 de febrero de 2003) (Voto 5000-04).

9. El Estado debe proteger la unidad familiar

La Sala Constitucional ha establecido que “*Así, en la supracitada opinión consultiva, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente: ‘...la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental [...]’ (apartado duodécimo). Asimismo, ‘el Estado debe velar por la estabilidad del núcleo familiar, facilitando, a través de sus políticas, la prestación de los servicios adecuados para éstas, garantizando las condiciones que permitan alcanzar una vida digna (infra 86).’ (El resaltado no pertenece al original)”.* (Voto 1024-09).

10. El derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial

La Sala Constitucional ha señalado que [12.- “*Derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial (artículo 8.1 de la Convención) 169. Los representantes de las presuntas víctimas alegaron que en el presente caso el Estado violó el derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial. En relación con el derecho protegido en el artículo 8.1 de la Convención, la Corte ha expresado que toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete. 170. La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber: Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de*

su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso. 171. La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”.] ... (Voto 2660-10).

11. El recurso de amparo constituye un pilar básico del Estado de Derecho en una sociedad democrática

La Sala Constitucional ha hecho suya la jurisprudencia de la CIDH sobre este tema, al disponer que “La Corte Interamericana ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo, como lo es, en nuestro caso, el recurso de amparo *‘constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención’*. ‘...Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos humanos opinión consultiva n.º OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, donde señaló lo siguiente:

“La parte final del artículo 1.1 prohíbe (sic) al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la posición económica. El sentido de la expresión discriminación que menciona el artículo 24 debe ser interpretado, entonces, a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley. / (...) Naturalmente que no es la ausencia de asistencia legal lo único que puede impedir que un indigente agote los recursos internos. Puede suceder, incluso, que el Estado provea asistencia legal gratuita, pero no los costos que sean necesarios para que el proceso sea el debido que ordena el artículo 8. (...) / El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que

impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención”. ...” (Voto 21039-10).

12. El derecho de acceso a la justicia

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido que “**VI.- La jurisprudencia internacional de derechos humanos reconoce que el derecho fundamental al debido proceso exige, como presupuesto básico fundamental el ejercicio pleno del derecho de acceso a la justicia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resumido ese principio y desarrollado los alcances de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llegando a la conclusión de que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La Corte Interamericana ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo, como lo es, en nuestro caso, el recurso de amparo ‘constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención’.** Por otra parte, la jurisprudencia internacional ha considerado que el derecho de acceso a la justicia está sostenido por la existencia de obligaciones positivas del Estado en materia de derechos humanos, destinadas a remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares. La Corte Europea de Derechos Humanos había llegado a esa conclusión en el caso *Airey v. Irlanda*” (Voto 688-11).

13. Contenido del derecho a la integridad personal

La Sala ha hecho suya la doctrina sentada en la materia por la CIDH, al disponer que En interpretación de dicho numeral, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó la sentencia de fondo, reparaciones y costas en el Caso “*Yvon Neptune vs. Haití*”, de 6 mayo de 2008, en la que determinó lo siguiente:

“(...) 129. El artículo 5.1 de la Convención consagra en términos generales el derecho a la integridad personal, tanto física, psíquica y moral. Por su parte, el artículo 5.2 establece, de manera más específica, ciertas garantías que protegen el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La Corte entiende que cualquier vio-

lación del artículo 5.2 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 5.1 de la misma.

130. Esta Corte ha indicado que, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, lo cual debe ser asegurado por el Estado en razón de que éste se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas, porque las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas. En igual sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el artículo 3 del Convenio [Europeo] impone al Estado asegurarse de que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida.

131. Este Tribunal ha considerado que la detención en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas, constituyen una violación a la integridad personal. El Comité contra la Tortura ha expresado, en relación con las condiciones de detención, que [1] a sobrepoblación y las precarias condiciones materiales y de higiene en los establecimientos carcelarios, la carencia de servicios básicos, en especial atención médica apropiada, la incapacidad de las autoridades de garantizar la protección de los reclusos en situaciones de violencia intercarcelaria [...] y otras graves carencias, además de incumplir las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, agravan la privación de libertad de los reclusos condenados y procesados y la transforman en una pena cruel, inhumana y degradante y, para los últimos, además, una pena anticipada de sentencia. (...)" (Voto 659-II, reiterado en diversas sentencias, siendo la última la 16283-10).

14. Los principios que rigen las limitaciones de los derechos fundamentales

En materia de los principios que rigen las limitaciones de los derechos fundamentales, la Sala Constitucional ha adoptado la jurisprudencia de la CIDH. En efecto, ha dicho la Sala que “A partir de lo expuesto en el considerando anterior, la Sala ha establecido que en virtud tanto del artículo 28 referido, como de las demás normas constitucionales que reconocen una serie de derechos fundamentales para todas las personas; es posible limitar, definir o restringir el ejercicio de algunos derechos o libertades

públicas, cuando estén de por medio la defensa de los derechos de terceros, la moral o el orden público. Esto es, que si bien toda persona tiene derecho a un ámbito privado absolutamente inviolable e inaccesible para el Estado y para los terceros en general; en la medida en que se invada o se interfiera en la esfera de libertad de los demás, en la afectación de la moral o el orden público, se justifica la intervención del Estado para armonizar el conflicto de intereses que se genera. Se afirma entonces que existen limitaciones legítimas de la libertad:

‘XVII.- Desde luego, los derechos y libertades fundamentales están sujetos a determinadas restricciones, las necesarias, pero nada más que las necesarias a la vigencia de los valores democráticos y constitucionales. No obstante, como han dicho el Tribunal Europeo (caso The Sunday Times, pgr. 59) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-5/85, pgr. 46), para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”, sino que debe implicar la “existencia de una necesidad social imperiosa” que sustente la restricción. Por ello, para que las restricciones a la libertad sean lícitas constitucional e internacionalmente, “deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... la restricción —por otra parte— debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” (Corte Interam., OC-5/85, id.). Estos criterios de interpretación, que han mantenido también los grandes tribunales supremos o constitucionales —por ejemplo, los europeos, el de los Estados Unidos de América, el de la Argentina—, son una aplicación moderna de la vieja regla de las Partidas, según la cual: “Cuando en pleito sobre libertad o servidumbre discorden los jueces, siendo tantos los que sentencien por la primera como los que sentencien por la segunda, valdrá lo favorable a la libertad” (Partida III, título 32, ley 18). XVIII.- Ello implica, por una parte, que la restricción debe ser imperiosa socialmente y, por ende, excepcional, como tal de interpretación restrictiva, de manera que en caso de duda debe preferirse siempre la libertad; por la otra, que la misma interpretación del “bien común” ha de hacerse en el contexto del orden constitucional como un todo, de conformidad con su sistema de valores fundamentales —en Costa Rica, en resumen, los de la democracia, el Estado de derecho, la dignidad esencial del ser humano y el “sistema de la libertad”—. No fue por mero accidente que la Ley General de la Administración Pública, cuyo sentido principista es evidente, definiera el interés público como “la expresión de los intereses coincidentes de los administrados” (art. 113.1); imponiendo, como criterios para su apreciación, “los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia” (art. 113.3), y distinguiéndolo claramente del interés transitorio o subjetivo de la Administración, valga decir, del de los administradores públicos (art. 113.2).

XIX.- *En verdad, los conceptos de moral, de orden público o de la necesaria protección de los derechos de terceros, como indeterminados, autorizan una cierta flexibilidad, pero que no implica en ningún caso arbitrariedad y que está sujeta, como lo está la misma discrecionalidad, al contralor jurisdiccional; contralor que, según lo han reconocido invariablemente la jurisprudencia y la doctrina, tiene que ejercerse según criterios de racionalidad y razonabilidad (arts. 15 y 16 L.G.A.P.); flexibilidad, o discrecionalidad, pues, que en ningún caso pueden implicar arbitrariedad.*

XX.- *El orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; sentido que, a su vez, debe verse en armonía con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine, constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos: según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. De acuerdo con ello, el orden público, la moral y los derechos de terceros que permiten, al menos a la ley, regular las acciones privadas tienen que interpretarse y aplicarse de tal manera que en el primer caso, se trate de amenazas graves al orden público, entendido como la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales del Estado; o como “el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social” (Corte Plena, sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1982);*

XXI.- *Por su parte, la moral no puede concebirse más que como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad; y los derechos de terceros necesariamente tienen que jerarquizarse, tanto en sí mismos, como en su dimensión concreta, en el sentido de que sólo se justifica regular y eventualmente limitar la libertad para proteger derechos de igual o mayor rango, frente a amenazas de igual o mayor intensidad. Así, el sistema de la libertad costarricense, deja fuera del alcance de la ley —léase, de la acción del Estado— una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y consiguientes derechos y libertades fundamentales.’ (1992-03550 de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos) En el mismo sentido se analizó en el siguiente fallo, al señalar:*

‘Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han señalado que los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones en lo que a su ejercicio se refiere, como se indicó en la sentencia número 3173-93, de las catorce horas cincuenta y siete minutos del seis de julio de mil novecientos noventa y tres, en que esta Sala expresó:

I. Es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados; en primer lugar, en razón de que se desarrollan dentro del marco de las reglas que regulan la convivencia social; y en segundo, en razón de que su ejercicio está sujeto a límites intrínsecos a su propia naturaleza. Estos límites se refieren al derecho en sí, es decir, a su contenido específico, de manera tal que la Constitución al consagrar una libertad pública y remitirla a la ley para su definición, lo hace para que determine sus alcances. No se trata de restringir la libertad cuyo contenido ya se encuentra definido por la propia Constitución, sino únicamente de precisar, con normas técnicas, el contenido de la libertad en cuestión. Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir, implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Por esta razón constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo. Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución, o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones.

II. Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas —el derecho de terceros— no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas; los conceptos ‘moral’, concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de sus miembros, y ‘orden público’, también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya definición es en extremo difícil.”

Sin embargo, no obstante que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de “necesaria”, “útil”, “razonable” u “oportuna”, la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente. En este orden de ideas, debe distinguirse entre el ámbito interno, que se refiere al contenido propio o esencial del derecho —que ha sido definido como aquella parte del contenido sin el cual el derecho mismo pierde su peculiaridad, o lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a determinado tipo—, de manera que no caben las restricciones o límites que hagan impracticable su ejercicio, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección; y el ámbito externo, en el cual cobra relevancia la actuación de las autoridades públicas y de terceros. Asimismo, “la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales está ordenada a

una serie de principios que este Tribunal ha señalado con anterioridad —sentencia número 3550-92—, así por ejemplo: 1.- deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2.- para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3.- la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4.- la restricción debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional.”

En el caso que se analiza la regulación existente tiene relación con la planificación urbana, materia que lleva implícita la necesidad de armonizar los intereses existentes en una colectividad que habita en un territorio determinado, a fin de tutelar bienes jurídicos comunes tales como la seguridad, la salud, el bienestar, la protección del medio ambiente, entre otros. Concretamente, la publicidad exterior tiene que ver con esa planificación urbana, en donde concurren tanto intereses de terceros como lo relacionado con el respeto a la moral y al orden público” (Voto 5503-02).

15. Los alcances de la libertad de información

En una de las primeras consultas, formulada precisamente por Costa Rica, la CIDH precisó los alcances de la libertad de información. Luego, con base en esa opinión consultiva, el afectado recurrió en inconstitucionalidad ante la Sala la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas que exigía la colegiatura a ese ente público no estatal para ejercer la profesión de periodista. Dijo la Sala al respecto “Se complementa la jurisprudencia nacional con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N°. OC-5-85 del 13 de noviembre de 1985 (caso Schmith), en el que declaró la incompatibilidad de la Ley 4420 del 22 de setiembre de 1969 con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte expresó, en lo conducente, en relación con la colegiatura obligatoria lo siguiente:

‘68. La Corte observa que la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es per se contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.

(...)

72. *El argumento según el cual una ley de colegiación obligatoria de los periodistas no difiere de la legislación similar, aplicable a otras profesiones, no tiene en cuenta el problema fundamental que se plantea a propósito de la compatibilidad entre dicha ley y la Convención. El problema surge del hecho de que el artículo 13 expresamente protege la libertad de “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ya sea ésta oralmente, por escrito o en forma impresa...” La profesión de periodista —lo que hacen los periodistas— implica precisamente el buscar, recibir, y por tanto requiere precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención.*

73. *Esto no se aplica, por ejemplo, al ejercicio del derecho o la medicina; a diferencia del periodismo, el ejercicio del derecho o la medicina —es decir, lo que hacen los abogados o los médicos— no es una actividad específicamente garantizada por la Convención.’*

Finalmente, en torno a la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales se ha expresado:

‘...La Sala opta por la tesis que califica a los colegios profesionales como manifestación expresa de la llamada “Administración Corporativa”, que es aquella de régimen jurídico mixto, que engloba a entidades públicas representativas de intereses profesionales o económicos calificadas por el Derecho positivo como Corporaciones de Derecho Público. Bajo esta síntesis definitoria, el colegio profesional resulta ser una agrupación forzosa de particulares, a la que la ley dota de personalidad jurídica pública propia y cuyos fines, junto con la defensa de los intereses estrictamente privados, propios de los miembros que lo integran, son los de ejercer determinadas funciones públicas. Adoptar esta posición no implica, desde luego, desconocer la crítica de quienes asumen que asociación y corporación son sinónimos, en el sentido de que ambos términos aluden a grupos de personas que se unen para perseguir fines comunes y en consecuencia, subsumidos ambos conceptos en el contenido del artículo 25 constitucional. Es por ello que resulta de la mayor importancia, señalar las diferencias jurídicas de ambas figuras. Un primer acercamiento, estrictamente gramatical, nos conduce a entender por asociación todo conjunto de personas para realizar un mismo fin, y en su caso, la persona jurídica por ella formada, constituida para perseguir fines lícitos privados; y por corporación, la comunidad, generalmente de interés público y reconocida por la autoridad. La asociación nos conduciría al mundo del Derecho privado y la corporación al del Derecho público. Parece más que evidente que los regímenes jurídicos que regulan cada grupo son distintos: el derecho asociativo (artículo 25 constitucional) regula las actividades privadas de las personas y por su medio se pretende la autorrealización de los sujetos, ejerciendo actividades lícitas, mientras que la llamada “administración corporativa” forma parte integral de la

diversificación de entidades administrativas (descentralización del Estado). Es por lo anterior que el complejo debate no se ubica en señalar la existencia de un elemento común a ambas instituciones, como lo es la base asociativa, sino en el ámbito de la definición de la tipología de los entes públicos que hace el Derecho Administrativo. Ello porque si bien es cierto que al decir que “toda agrupación de individuos que libremente busque, en forma solidaria, duradera e independiente, la promoción y defensa de principios propuestos lícitos que comparten”, como lo afirma la doctrina nacional, es asociación pura, entre otras cosas, por el hecho de tener base asociativa, ello no conduce a sentar una regla general derivada de la premisa que toda agrupación, sea asociación. La sentencia, si bien es válida para el ámbito del Derecho privado, no lo es para el Derecho público. En éste, al considerar la distinción de las personas jurídicas, el esquema que se ha mantenido es la distinción entre corporaciones e instituciones, para afirmar que entre las primeras existen las corporaciones territoriales genuinas que son las locales (municipios) y las llamadas sectoriales de base privada, que a su vez pueden ser de Derecho público o privado. Se trata de grupos sectoriales asociados alrededor de alguna finalidad específica y la cualidad de miembros determinada por una condición objetiva que hace relación al fin corporativo específico; corporaciones de Derecho público, como por ejemplo en el caso de los colegios profesionales y de Derecho privado, como en las sociedades mercantiles, discriminando entre ellas en razón de su origen: las primeras creadas directamente por acto legislativo (por ley) en el que se configura el fin específico y las funciones a desarrollar y las segundas parten de un pacto asociativo previo, configurado libremente por sus miembros. Pero debe advertirse que no toda corporación de Derecho público forma parte de la Administración Pública. Sólo en campos muy específicos, como se verá más adelante, las actuaciones de las corporaciones sectoriales de base privada, estarán reguladas o serán actividad administrativa. La doctrina más calificada del Derecho Administrativo, sobre el tema, sostiene que el propósito de los colegios profesionales es hacer valer intereses de los miembros de una determinada profesión, que constituyen, obviamente, un grupo privado y sectorial, no una colectividad pública estrictamente tal. El fin inmediato de una Corporación lo constituye la atención de los intereses de sus miembros, que es precisamente lo propio de este tipo de personas jurídicas. Por ello lo propio de los Colegios es defender los ámbitos competenciales de las respectivas profesiones, y aun procurar extenderlos, luchar contra el ejercicio indebido y las competencias desleales, perfeccionar las condiciones de ejercicio profesional, promover la cooperación y ayuda entre sus miembros, la protección mutua y la asistencia social de los mismos y sus familiares, desarrollar su formación y promoción, etc. Es evidente que todos estos son fines privados, pero que no excluye la posibilidad de que con frecuencia incidan sobre regulaciones públicas (las regulaciones de las profesiones) y sobre esta base privada se produce con el fenómeno adicional, que no afectando a la sustancia de estos entes, es lo que ha solido justificar su inclusión en la categoría de Administraciones Públicas, aportando otro grave factor de equivo-

cidad, como lo es la atribución a los mismos por el ordenamiento jurídico, o por delegaciones expresas de la Administración, de funciones que normalmente son propias de ésta; esto es, utilizar a estas Corporaciones según la técnica de la “auto-administración”, confiriéndoles facultades en el orden administrativo a ejercer sobre sus propios miembros. Así, a los Colegios profesionales se les asigna como norma el control objetivo de las condiciones de ingresos en la profesión y la potestad disciplinaria sobre sus miembros y no cabe duda que la encomienda de estas funciones públicas juega con frecuencia como causa determinante de la creación de Corporaciones públicas sectoriales o colegios. En realidad se trata de verdaderos agentes de la Administración (descentralización) de la que reciben, por delegación, el ejercicio de algunas funciones propias de aquélla y controladas por ella misma. En síntesis y siguiendo la doctrina del Derecho público costarricense la corporación es un ente público constituido por la personificación de un grupo de base que lo dirige y domina, integrado por personas legalmente calificadas para ello y servido por un colegio gobernante de su elección para la satisfacción de las necesidades del grupo; la corporación puede ser de origen voluntario (sociedades y asociaciones en Derecho Privado) u obligatoria (entes territoriales públicos entre otros). Esto implica que los colegios profesionales, como ha quedado dicho, sean corporaciones de Derecho público, porque en ellos se cumplen las notas esenciales que ha desarrollado la doctrina del Derecho público costarricense: a) la existencia de un grupo integrado por miembros calificados como tales a partir de una cualidad personal distintiva, que otorga derecho subjetivo a pertenecer al grupo y que conlleva, además, un estatus especial, incluyente de deberes y derechos que escapan total o parcialmente a quienes no lo tienen, ni integran, por ello mismo el grupo; b) la erección del grupo en un ente jurídico (con personalidad), exponente de los intereses del grupo y llamado a satisfacerlos, cuya organización está compuesta por dos órganos de función y naturaleza diversas: una asamblea general o reunión del grupo, que es el órgano supremo de la entidad, de funcionamiento periódico o extraordinario, que tiene por cometido resolver en última instancia todos los asuntos encargados al ente y dictar sus decisiones fundamentales (programas, presupuestos, normas, etc.) y un cuerpo colegiado, llamado consejo o junta directiva, que, dentro del marco del ordenamiento y de las decisiones y reglas dictadas por la asamblea general, a la que está subordinado, gobierna y administra los intereses del grupo en forma continua y permanente; y c), el origen electoral y el carácter representativo del colegio gobernante, en relación con el grupo de base. La junta directiva o consejo administrativo ordinario son electos por la asamblea general y representan su voluntad.’

(...) VI.- ...En el Derecho costarricense, son notas características de la personalidad jurídica pública de los Colegios las siguientes: a) pertenecen a la categoría de corporaciones (*universitas personarum*), que a diferencia de las asociaciones son creados y ordenados por el poder público (acto legislativo) y no por la voluntad pura

y simple de los agremiados. El acto legislativo fundacional señala, invariablemente, los fines corporativos específicos que se persiguen y la organización básica bajo la que funcionará el Colegio; b) la pertenencia obligatoria al Colegio; c) la sujeción a la tutela administrativa; y d), ejercer competencias administrativas por atribución legal. En consecuencia, aunque también se persigan fines privados, que interesan a los miembros que integran el Colegio, las corporaciones participan de la naturaleza de la Administración Pública, pero sólo en cuanto ejercen funciones administrativas. Todo ello conduce, a su vez, a que en el funcionamiento de los Colegios profesionales, puedan éstos representar a sus colegiados frente al poder, ejerciendo, entre otros, la facultad consultiva en todas sus modalidades, ejerciendo la legitimación ante los Tribunales en defensa de la profesión y ejercitando la condición de perito natural en la materia de su conocimiento. También, son competentes los Colegios para darse su propia organización interna (funcionamiento de los órganos superiores: asambleas generales y consejo o junta directiva), por medio de estatutos o reglamentos que aseguren la presencia y continuidad de la corporación en el ámbito nacional. Además, ejerce su competencia en las materias que suponen el control de la actividad de los miembros, que se debe reflejar en la actuación profesional seria, honrada y digna en beneficio de los particulares que utilizan los servicios, competencia que se puede manifestar en el acceso a la profesión, en la represión del intrusismo y de los abusos profesionales, el control sobre las tarifas de honorarios, el dictado y la observancia de normas de ética profesional y la vigilancia, en general, del marco jurídico que regula la actividad. En resumen, las atribuciones de los Colegios profesionales involucran la potestad reglamentaria sobre el ejercicio de la profesión; la de gobierno y administración en cuanto al régimen interno; la de representación; la jurisdiccional, que se concreta en juzgar las infracciones del orden corporativo e imponer las sanciones disciplinarias correspondientes; y la de fiscalización del ejercicio profesional. Todo lo anterior, desde luego, se refiere a los Colegios de profesiones tituladas que es el objeto de la acción, advirtiéndose, eso sí, que la Sala no prejuzga sobre la posibilidad jurídica de las otras categorías diferentes que, aunque enmarcadas en el Derecho corporativo y aunque compartan las notas esenciales señaladas, tienen sus propias características y especialidades, como por ejemplo, las cámaras de productores o industriales (caña de azúcar y café) y cualesquiera otras actividades, empleos, facultades, oficios o profesiones no tituladas. Igualmente es relevante señalar que no toda colegiatura puede y debe ser obligatoria; se requiere para que ello sea posible, que la actividad de que se trate, sea en algún grado de importancia, el ejercicio de funciones públicas y de profesiones muy cualificadas por su incidencia social y en general, en los campos en que es imprescindible proteger valores sociales o cuando la colegiatura sea necesaria para la consecución de fines públicos. En otras palabras, el elemento teleológico de un Colegio profesional no es la defensa de los intereses de sus agremiados, sino la defensa de la colectividad. La repercusión que puede tener en la sociedad la actuación de los profesionales, hace que el Estado haga suyo el interés de mantener la cohesión del grupo y

ejercer un poder frente a los miembros del Colegio. Sin embargo, conviene precisar que sólo en la medida en que se persigan fines públicos los Colegios profesionales utilizan y ostentan prerrogativas de poder público” (RSC 5483-95, los destacados no son del original) (Voto 5133-02).

16. Los Colegios Profesionales persiguen un interés público

Sobre este tema, la Sala Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos: “20. No cabe duda a esta Sala que por principio y por disposición de su Ley Orgánica, el Colegio de Abogados bifurca su actuación en dos sectores: a) por un lado, cumple una función de interés público que el Estado le ha encomendado, en resguardo del debido ejercicio de la profesión; este control o fiscalización lo puede ejercer sobre todos sus miembros, por ser obligatoria la colegiatura. La actuación del Colegio de Abogados, y en general de todos los colegios profesionales, como ya lo indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva N°. OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, encuentra su razón de ser (especialmente en aquellas profesiones que se denominan de carácter liberal) en el interés público existente a que exista una preparación adecuada de sus miembros, y una estricta observancia de las normas de la ética y el decoro profesional. Para la Sala, es precisamente en cumplimiento de este fin de interés público, que la Ley Orgánica del Colegio de Abogados, autoriza al Colegio de Abogados para conocer y sancionar las faltas de sus miembros” (Voto 493-93, reiterado por las resoluciones 7550-94, 2313-95 y 3220-00).

17. Los Estados tienen discrecionalidad para establecer los requisitos para la naturalización

La Sala Constitucional, basado en una opinión consultiva de la CIDH, estableció que “21.- No obstante lo anterior, para los efectos de la inconstitucionalidad que se declara, es importante determinar que los requisitos para la obtención de la naturalización son de rango constitucional. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva número Oc-4/84, del 19 de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, sobre la Propuesta de modificación a la Constitución Política relacionada con la naturalización, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, indicó:

‘35. ...Con distintas modalidades, la mayoría de los Estados ha establecido la posibilidad de que personas que no tenían originalmente su nacionalidad puedan adquirirla posteriormente, en general, mediante una declaración de voluntad, manifestada previo cumplimiento de ciertas condiciones. La nacionalidad, en estos casos, no depende ya del hecho fortuito de haber nacido en un territorio determinado o de nacer de unos progenitores que la tenían, sino de un hecho voluntario que persigue vincular a quien lo exprese con una determinada sociedad política, su cultura, su manera de vivir y su sistema de valores.

36. Siendo el Estado el que establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad a quien originariamente era extranjero, es natural que las condiciones y procedimientos para esa adquisición sea materia que dependa predominantemente del derecho interno. Siempre que en tales regulaciones no se vulneren otros principios superiores, es el Estado que otorga la nacionalidad, el que ha de apreciar en qué medida existen y cómo se deben valorar las condiciones que garanticen que el aspirante a obtener la nacionalidad esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. Es igualmente lógico que sean las conveniencias del Estado, dentro de los mismos límites, las que determinen la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad; y como esas conveniencias son generalmente contingentes, es también normal que las mismas varíen, sea para ampliarlas, sea para restringirlas, según las circunstancias. De ahí que no sea sorprendente que en un momento dado, se exijan nuevas condiciones enderezadas a evitar que el cambio de nacionalidad sea utilizado como medio para solucionar problemas transitorios sin que se establezcan vínculos efectivos reales y perdurables que justifiquen el acto grave y trascendente del cambio de nacionalidad” (Voto 6780-94).

18. El proceso penal debe reconocer y resolver los factores de desigualdad

La Sala Constitucional ha señalado que “La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 señaló que para alcanzar sus objetivos el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los Tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos

medios de compensación, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (Voto 11532-05).

19. Potestad de emitir decretos de urgencia

La Sala Constitucional ha señalado que “En el caso de Costa Rica, la Constitución Política regula los estados de emergencia en los artículos 121 inciso 7) y 140 inciso 4) para el caso de la suspensión de derechos fundamentales, normas que además son complementadas por el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma que a su vez fue ampliamente desarrollada en la opinión consultiva número OC-8/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Constitución Política regula además, en el numeral 180, situaciones de emergencia en las que, si bien resulta innecesario aplicar las competencias excepcionales de los artículos 121 inciso 7) y 140 inciso 4) constitucionales, sí permiten al Poder Ejecutivo variar el destino de partidas presupuestarias o autorizar créditos adicionales, en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública. A partir de esta norma, se ha entendido que existe una autorización implícita para el Poder Ejecutivo de dictar decretos de emergencia, que le permiten ajustar la normatividad vigente a las condiciones excepcionales, como herramienta para combatir los efectos de la emergencia. Este último es el tema objeto de esta consulta. De todos modos, cualquier restricción que surja como consecuencia del ejercicio de estas potestades, debe ser absolutamente necesaria para lograr conjurar los peligros provocados por la situación excepcional, y deben prolongarse únicamente por el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su finalidad” (Voto 8675-05).

20. Vinculatoriedad de las opiniones consultivas de la CIDH

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha reconocido la obligatoriedad o vinculatoriedad de las opiniones consultivas de la CIDH, al disponer que “*La familia como núcleo central de protección por parte del Estado ha sido un tema desarrollado, jurisprudencialmente, en los distintos sistemas regionales de protección de los derechos humanos. En este sentido, resulta valioso citar lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión Consultiva número OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, no sin antes reiterar que tanto las sentencias como las opiniones consultivas vertidas por ese Tribunal forman parte del parámetro de desarrollo de los derechos humanos en el plano regional. Bajo esta inteligencia, en*

atención a lo establecido en el ordinal 48 de la Constitución Política —en el sentido que el proceso de hábeas corpus tiene por propósito garantizar la libertad e integridad personales consagrados en la Constitución Política y (...) establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (...)”—, este Tribunal Constitucional estima que, incluso, las opiniones consultivas emanadas de esa instancia regional son vinculantes en la interpretación y aplicación de los alcances, contenido y límites de los Derechos humanos en el ámbito del Derecho interno costarricense. Así, en la supracitada opinión consultiva, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente... (Votos 16860-05 y 5813-07).

V. CONCLUSIONES

La principal conclusión que podemos extraer es que la jurisprudencia de la CIDH ha permeado profundamente la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual desde sus inicios no sólo la aplicó sino que la hizo vinculante. Eso ocurrió 17 años antes de que la propia CIDH estableciera que los tribunales internos de los países signatarios estaban obligados a aplicar la jurisprudencia de la Corte.

El diálogo entre ambas Cortes se irá enriqueciendo conforme pase el tiempo y la CIDH aborde y profundice en la interpretación de la Convención.

El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte mexicana con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tras las reformas constitucionales del 2011

ALFONSO HERRERA GARCÍA¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Las reformas constitucionales del 2011 como bases normativas para el diálogo de la jurisprudencia constitucional con el ordenamiento internacional de los derechos humanos. III. El expediente “varios” 912/2010: La recepción del “caso Radilla” por la Suprema Corte de Justicia. IV. Los amparos en revisión de los “reos de Zacatecas”. V. La acción de inconstitucionalidad 155/2007 (Caso de los “Trabajos a favor de la comunidad”). VI. A modo de conclusión. La Suprema Corte: entre la irreversibilidad del diálogo jurisprudencial y su aún indefinido perfil de interlocución.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es presentar una descripción básica de determinadas decisiones de la Suprema Corte de Justicia mexicana en las cuales puede observarse el germen de unas bases metodológicas para la aplicación de normas internacionales de derechos humanos en el ordenamiento interno. El punto de partida que importa a esta descripción es la puesta en marcha de las trascendentes reformas a la Constitución federal de junio de 2011 en materia de amparo y de derechos humanos². El panorama re-

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (Campus Cd. de México). Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [Correo: jalfonso.herrera@gmail.com/Twitter: @jAlfonsoHerrera].

² La denominación oficial de los decretos de estas reformas constitucionales son, respectivamente, los siguientes: “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011; y “Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del

sultante permitirá poner de relieve elementos dialógicos admitidos por la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte frente al Derecho y la jurisprudencia internacionales de los derechos humanos.

Desde el punto de vista de la cultura jurídica mexicana, la idea del diálogo jurisprudencial es apenas embrionaria. No es atrevido afirmar que la introspección del constitucionalismo nacional, hasta antes de las reformas del 2011, había sido máxima. Esta situación enaltece la importancia de este tema a la luz de los primeros pronunciamientos de la Suprema Corte, los cuales reflejan, en menor o mayor medida, una apertura a análisis dialógicos de su jurisprudencia frente a otras extranjeras o internacionales, ya sea explícita o implícitamente.

Debo aclarar que el objeto de este trabajo es la actuación del Tribunal Pleno de la Corte, y no propiamente de sus Salas, aunque se haga necesaria referencia a algunos criterios de éstas. Ello permitirá concentrarse en los pronunciamientos del máximo colegiado de la Suprema Corte, que es a quien corresponde las decisiones últimas dentro del sistema jurídico nacional, en este caso, tanto para efectos internos como externos. Tampoco está de más mencionar que me he detenido en resoluciones que considero arquetípicas de un “diálogo”, de entre varias otras que pueden considerarse aproximadas a un ejercicio de esas características en los últimos dos años. La razón de este acotamiento es la identificación de una hoja de ruta a través de los que pueden considerarse *leading cases* en este tema, que son y serán, por tanto, ineludible punto de referencia para la propia Corte, y para el resto de los tribunales federales y locales mexicanos, en torno a la idea del diálogo jurisprudencial.

Para el desarrollo de este trabajo, procederé de la siguiente manera. En primer lugar, me situaré en el nuevo contexto que implica las dos grandes reformas a la Constitución federal mexicana de junio de 2011. La sencilla tesis que al respecto se sustenta es que esas modificaciones a la Ley fundamental han significado unas bases normativas asequibles para el diálogo de la jurisprudencia constitucional producida por la Suprema Corte mexicana con el ordenamiento internacional de los derechos humanos. En este sentido, en concreto me referiré a un diálogo entre pronunciamientos jurisprudenciales nacionales, por un lado, tanto con disposiciones jurídi-

Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el mismo *Diario* el 10 del mismo mes y año. Los ejemplares del *Diario Oficial de la Federación* pueden consultarse en el enlace web: dof.gob.mx

cas como con pronunciamientos jurisprudenciales internacionales, por el otro. Ésta ha sido la manera en que se ha manifestado este diálogo en la inicial etapa de desarrollo de la jurisprudencia de la Suprema Corte tras las reformas del 2011, como veremos.

En segundo lugar, me detendré en la explicitación de los criterios emanados de una resolución que puede considerarse inaugural de ese diálogo franco, en especial, con el sistema interamericano de derechos humanos, que es la emitida en el muy conocido caso de la “recepción del caso Radilla” (expediente “varios” 912/2010). En tercer lugar, haré referencia al ejercicio dialógico que supuso un conjunto de juicios de amparo en revisión resueltos por la Corte, que llamaré de los “reos de Zacatecas”. En estos asuntos, la funcionalidad del artículo 1º constitucional como canal de comunicación, permitió situar al principio *pro persona*, consagrado en el segundo párrafo de ese precepto, como un presupuesto básico del diálogo.

En cuarto lugar, me ocuparé de las consideraciones del Pleno en la acción de inconstitucionalidad 155/2007 (caso de los “Trabajos a favor de la comunidad”), en la que, mediante la aplicación del principio *pro persona*, a diferencia de los casos de los “reos de Zacatecas”, se llegó a la conclusión inversa sobre la fuente efectivamente aplicable, esta vez a favor de las normas internacionales frente a lo establecido por la Constitución federal. Por último, se ensayan unas líneas conclusivas respecto al estado de la cuestión en torno a las condiciones del diálogo jurisprudencial de la Corte mexicana con fuentes internacionales de los derechos. La tesis en la que se desemboca es la irreversibilidad histórica de ese diálogo, con perfiles de interlocución aún por caracterizarse en el futuro inmediato por la propia Suprema Corte.

II. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DEL 2011 COMO BASES NORMATIVAS PARA EL DIÁLOGO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CON EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El 2011 ha dejado una notable impronta en el orden jurídico mexicano con motivo de dos conjuntos de reformas a la Constitución mexicana, como se adelantó, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 y el 10 de junio, en materia de juicio de amparo y de derechos humanos, respectivamente. Es inevitable referirse inicialmente a estas reformas no sólo

por su indiscutida trascendencia para el Derecho constitucional positivo, sino también porque varios de los más relevantes criterios que se destacarán en este trabajo son consecuencia de la inicial aproximación a ellas por parte de la Suprema Corte.

Debe advertirse desde un inicio que el escenario de posibilidades que se abrió con esas reformas, en cuanto a la futura orientación de la jurisprudencia constitucional se refiere, resulta difusamente amplio. Era previsible que ello diera lugar a debates complejos en la búsqueda de la definición judicial de buena parte de los temas que fueron objeto de modificación. De hecho, así empezaron a revelarse las discusiones entre los integrantes del Pleno de la Corte, en especial, desde la entrada en vigor de la reforma constitucional que incidió en el capítulo de los derechos humanos.

Sólo por destacar algunos aspectos de indudable interés, la reforma constitucional en materia de amparo del 6 de junio de 2011, en vigor a partir del 4 de octubre del mismo año (de acuerdo al artículo primero transitorio del decreto promulgatorio), implicó lo siguiente: creó los denominados Tribunales “Plenos de Circuito” para resolver determinadas “contradicciones de tesis” que antes eran de la competencia de la Corte; introdujo el amparo contra omisiones de las autoridades; incorporó como parámetro de validez de los actos de autoridad a los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano; reconoció la institución del interés legítimo para demandar el amparo; posibilitó la declaratoria general de inconstitucionalidad de leyes en materias distintas a la fiscal; eliminó la posibilidad de conceder “amparo para efectos” (o con reserva de jurisdicción, con lo que, en principio, se cerró la puerta a la “devolución” de amparos); introdujo la institución del amparo adhesivo; y constitucionalizó el principio de “aparición de buen derecho” al valorarse la concesión de la suspensión del acto reclamado³. Unos primeros análisis en torno a esta reforma incluso han sostenido que estamos en presencia de un “nuevo juicio de amparo” en México⁴.

Por su parte, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, vigente a partir del día siguiente (de conformidad con el artículo 1º transitorio

³ Para un análisis de varios de estos aspectos reformados del juicio de amparo, véase: Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM/IJ, 2002, *in toto*.

⁴ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa/UNAM/IMDPC, 2013; Cossío Díaz, José Ramón, “El nuevo juicio de amparo”, *El Universal*, México, 8 de febrero de 2011.

de ese otro decreto), modificó el título del capítulo primero, que desde 1917 se intitulaba “De las garantías individuales”, al de: “De los derechos humanos y sus garantías”⁵; en consonancia con la reforma del amparo, reconoció como derechos los establecidos en tratados internacionales de los que México es parte; ordenó una interpretación de los derechos humanos conforme a la Constitución y los tratados siempre a favor de la protección más amplia para las personas; y expresó como obligación de todas las autoridades la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (todo ello como parte del nuevo artículo 1º)⁶.

Por señalar algunos otros elementos de especial relevancia, la reforma también incorporó a las “preferencias sexuales” como condición prohibitiva de discriminación; y el “respeto a los derechos humanos” como principio rector de la educación estatal, el sistema penitenciario y la política exterior del Poder ejecutivo; reconoció los derechos al asilo y refugio; prohibió la celebración de tratados que alteren derechos humanos previamente incorporados al ordenamiento jurídico; creó un conjunto de derechos no susceptibles de suspensión en tiempos de emergencia —análogo al de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—⁷; reconoció la garantía de audiencia previa a los extranjeros de cara a su eventual expulsión del país; estableció la obligación de las autoridades para fundar y motivar su eventual negativa a aceptar recomendaciones del *ombudsman*, quienes incluso pueden ser citados por el Senado o las cámaras locales para que expliquen dicha negativa; introdujo el principio de autonomía de los organismos de defensa de los derechos humanos en los Estados; reconoció a la Comisión Nacional de Derechos Humanos facultad para investigar “hechos que constituyan violaciones graves a derechos humanos”, y otorgó a

⁵ Para un estudio sobre las implicaciones sustantivas derivadas de esta modificación, en apariencia sólo nominal, véase: Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: Una propuesta de clasificación de los derechos civiles y políticos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXI, núm. 256, julio-diciembre 2011, en especial, pp. 32-37.

⁶ Acerca de estas características de los derechos humanos, a las que alude el nuevo párrafo tercero del artículo 1º constitucional, y de algunas adicionales no expresamente contempladas ahí, véase: Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: Naturaleza, denominación y características”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre 2011, en especial, pp. 17-25.

⁷ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Herrera García, Alfonso, “La suspensión de garantías (Artículo 27)” en Vv. Aa., *La América de los derechos. Comentarios a la Convención Americana de Derechos Humanos* [Edgar Corzo Sosa, coord.], México, UNAM/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013 [en prensa].

ésta la posibilidad de invocar tratados al interponer acciones abstractas de inconstitucionalidad⁸.

En seguimiento a las modificaciones constitucionales, y a la espera de las reformas que a su vez implicarán en varios ordenamientos legales —aún pendientes al momento en que se escriben estas líneas—, el Pleno de la Suprema Corte modificó varios acuerdos generales y emitió otros nuevos. Entre estos últimos, cabe destacar cuatro: el número 9/2011, de 29 de agosto, por el que se determina el inicio de la décima época del Semanario Judicial de la Federación⁹; el 11/2011, de 4 de octubre, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad¹⁰; el 12/2011, de 10 de octubre, por el que se determinan las bases de la décima época del Semanario Judicial de la Federación¹¹; y el 5/2013, de 13 de mayo, sobre la definición de las competencias que conserva el Pleno de la Corte y las delegadas a sus Salas y a los Tribunales Colegiados de Circuito¹².

⁸ Para reflexiones más detenidas sobre los contenidos y alcances de esta reforma, véanse: Fix-Zamudio, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* [González Pérez, Luis Raúl, y Valadés, Diego, coords.], México, UNAM-IJ, 2013, pp. 153-212; Vv. Aa., *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma* [Miguel Carbonell y Pedro Salazar, coords.], México, Porrúa/UNAM, 2012; García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2ª ed., México, Porrúa/UNAM, 2012; Vv. Aa., *La reforma humanista. Derechos humanos y cambio constitucional en México* [José Pablo Abreu Sacramento y Juan Antonio Le Clercq, coords.], México, Miguel Ángel Porrúa/Senado de la República/Konrad Adenauer Stiftung/Fundación Humanismo Político, 2011.

⁹ En su único punto de acuerdo, estableció: “La décima época del Semanario Judicial de la Federación se iniciará con la publicación de la jurisprudencia del Pleno y de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los Tribunales Colegiados de Circuito, derivada de las sentencias dictadas a partir del cuatro de octubre de dos mil once, de los votos relacionados con éstas, de las tesis respectivas y de las diversas ejecutorias emitidas a partir de esa fecha, que expresamente acuerden los referidos órganos jurisdiccionales”. Este acuerdo general se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de septiembre de 2011.

¹⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de octubre de 2011.

¹¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de octubre de 2011.

¹² El Tribunal Pleno sustituyó su Acuerdo General 5/2001, que había regido su actuación durante casi doce años, por el Acuerdo General 5/2013, cuya denominación oficial es la siguiente: “Acuerdo General número 5/2013, de trece de mayo de dos mil trece, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la determinación de los asuntos que el Pleno conservará para su resolución, y el envío de los de su competencia originaria a las Salas y a los Tribunales Colegiados de Circuito”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de mayo de 2013.

Ahora bien, las referidas reformas constitucionales han significado un verdadero “crucigrama” constitucional para la Suprema Corte de Justicia y para el resto de los tribunales de la judicatura federal y de las entidades federativas. Las disposiciones difusamente amplias que produjo el renovado marco constitucional, cuya piedra angular se sitúa en el artículo 1° de la Ley fundamental, exigieron precisiones inmediatas por parte de los tribunales federales y, en especial, de la Suprema Corte.

Unas primeras pautas de esa labor emergieron de la importante resolución al expediente “varios 912/2010” (Caso “recepción del caso Radilla”), en la cual la Suprema Corte mexicana se hizo cargo de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos en torno a aquello que consideró de la incumbencia del Poder Judicial de la Federación, la cual emitió en el mes de julio de 2011. Por esta razón, se dedica buena parte de este trabajo a las decisiones emanadas de esta importante resolución.

Sin embargo, a lo largo del 2012, esos primeros trazos del rumbo jurisprudencial se mostraron insuficientes para clarificar unas bases satisfactoriamente diáfanas para una doctrina constitucional en franca transición. Aún más, la discusión de los temas centrales en los cuales incidieron las reformas ha culminado en votaciones divididas de los ministros integrantes del Pleno y de las Salas de la Corte.

Hay que decir que la complejidad de la implementación de las reformas constitucionales de mérito, más allá del ámbito jurisdiccional, tiene otras fuentes de alimentación. Como se mencionó, el decreto de reformas en materia de derechos humanos previó la emisión de determinados ordenamientos legales y el plazo máximo de un año al legislador para ese efecto, sin que al momento se hayan aprobado, pese a que dicho plazo ha expirado con creces¹³. Por otra parte, el decreto de reformas en materia de amparo, que previó que el Congreso federal expidiera las reformas legales

¹³ Se trata de las leyes que habrán de regular lo establecido en el párrafo tercero del artículo 1° constitucional sobre reparación de violaciones a derechos humanos; el artículo 11, en materia de asilo; el 29, en materia de suspensión del ejercicio de derechos y garantías, y el artículo 33 en materia de expulsión de extranjeros del territorio nacional. Véanse los artículos segundo a quinto de decreto de reforma, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011. Sobre estas leyes “reglamentarias” y las políticas públicas esperadas de la administración pública, por virtud de esta reforma, véase: Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa/UNAM, 2013, pp. 27-33.

correspondientes dentro de los 120 días posteriores a su publicación¹⁴, no vio satisfecho ese mandato hasta abril de 2013, en que finalmente se ha expedido la nueva Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución federal¹⁵.

Este escenario de circunstancias ha significado que, durante el 2012, la Suprema Corte de Justicia haya debido operar sus competencias, en especial, la relativa al juicio de amparo, con fundamento directo en las normas constitucionales vigentes, sin la respectiva legislación procesal. Por otro lado, para los casos en los que aún correspondió su aplicación, operó su jurisdicción con base también en la Ley de Amparo anterior, sin perder de vista la vigencia de los nuevos artículos 103 y 107 constitucionales desde el 4 de octubre de 2011¹⁶.

Con todo, la Suprema Corte ha debido resolver un conjunto de casos en los que es posible observar esfuerzos interpretativos encaminados a reconfigurar su doctrina constitucional y a modificar las reglas internas de su competencia¹⁷. Asimismo, en su jurisprudencia, se abrieron paso resoluciones que se aproximaron a un diferente modo de aplicar las normas de derechos humanos, incluso dotándose a los tratados internacionales de una relevancia jurídica inédita para el quehacer judicial mexicano. Corresponde ahora referirme a dichas resoluciones.

¹⁴ Véase el artículo segundo transitorio del respectivo decreto en el *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2011.

¹⁵ Cfr. *Diario Oficial de la Federación* de 2 de abril de 2013. La nueva Ley de Amparo entró en vigor al día siguiente de su publicación, de conformidad con el artículo único transitorio del decreto respectivo. Para un primer análisis en torno al contenido de esta nueva Ley, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo*, cit. *supra*, nota 4.

¹⁶ Ello, desde luego, tiene también parte de su explicación en los artículos primero y tercero transitorios del decreto de reforma constitucional de 6 de junio de 2011, los cuales dispusieron respectivamente lo siguiente: “*Primero*. El presente Decreto entrará en vigor a los 120 días de su publicación en el Diario Oficial de la Federación”. // “*Tercero*. Los juicios de amparo iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, continuarán tramitándose hasta su resolución final conforme a las disposiciones aplicables vigentes a su inicio, salvo por lo que se refiere a las disposiciones relativas al sobreseimiento por inactividad procesal y caducidad de la instancia, así como el cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo”.

¹⁷ Cfr. Acuerdo general 5/2013 del Pleno de la Suprema Corte, citado *supra*, nota 12.

III. EL EXPEDIENTE “VARIOS” 912/2010: LA RECEPCIÓN DEL “CASO RADILLA” POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Los primeros criterios que deben ponerse de relieve son los que emanaron de la resolución del expediente “varios” 912/2010, denominado popular y doctrinalmente como “caso Radilla” —aunque en propiedad se trate de la “recepción del caso Radilla”, como veremos— por el Pleno de la Suprema Corte.

Sin lugar a dudas, esta resolución ha sido una de las más trascendentes para el orden jurídico mexicano desde que se encuentra en vigor la Constitución mexicana de 1917. A partir de ella se desprende una convicción del Tribunal Pleno —o al menos de una mayoría de sus integrantes— para interrumpir un esquema jurisdiccional previo, inmovilizado durante décadas en los aspectos que fueron finalmente resueltos. Por otro lado, en ella se sientan bases que pretenden orientar un sendero distinto en el quehacer de la justicia constitucional mexicana, en cuanto a la aplicación de normas de derechos humanos se refiere¹⁸.

Debe advertirse desde el comienzo que los criterios emanados del “varios 912/2010” no consiguieron la adhesión unánime de los ministros integrantes del Pleno, aunque son dos las excepciones notables: los relativos a la obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, y a la restricción del fuero miliar —como se verá—. Sin embargo, ningún criterio constituye todavía “jurisprudencia”, esto es, criterios jurídicamente vinculantes, pues el procedimiento del que emergieron (un expediente “varios”)¹⁹ no reviste la aptitud jurídico-procesal para esos efectos.

¹⁸ La resolución fue incluso publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre de 2011, lo que resulta más que simbólicamente significativo no sólo porque en esa fecha, como ya se destacó, la Corte determinó la apertura de la décima época del Semanario Judicial de la Federación. Recuérdese que, además, en ese mismo día entraron en vigor las reformas constitucionales en materia de juicio de amparo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo primero transitorio del decreto de 6 de junio de 2011.

¹⁹ El Pleno fundó su competencia para resolver este caso en la atribución genérica e indefinida que le concede el artículo 10-XI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que dispone: “La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en Pleno: [...] De cualquier otro asunto de la competencia de la Suprema Corte de Justicia, cuyo conocimiento no corresponda a las Salas”. Y agregó que el Pleno era competente para resolver “toda vez que el propio Pleno determinó, el siete de septiembre de dos mil diez (en el diverso expediente varios 489/2010), que debe hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso

Dichos criterios constituyen “tesis aisladas”, es decir, tesis orientadoras para todos los tribunales y los operadores jurídicos del país, lo cual, por cierto —lo que seguramente incluso constituye su mayor inconveniencia— ha generado no pocas incertidumbres a la hora de enfrentar su aplicación en la práctica judicial.

Sin embargo, en mi opinión, estas circunstancias procesales no palidecen la trascendencia del que aquí he llamado “recepción del caso Radilla”. En primer lugar, sus consideraciones constituyen precedentes vertebrarles de un renovado modelo de control de constitucionalidad en materia de derechos humanos, que, en atención al principio de progresividad recogido en el propio artículo 1º constitucional, cobra una fortaleza de características “enraizantes”.

En segundo lugar, en la actual integración de la Suprema Corte, las mayorías que dieron construcción a esos pronunciamientos constituyen convicciones con indudable capacidad de rectoría para casos futuros. Es previsible que esas mayorías simples se repitan en sucesivas discusiones, lo que, en algún momento, puede colmar los requisitos para integrar jurisprudencia obligatoria, sobre todo los establecidos en la legislación de amparo. Así, por ejemplo, basta una sola resolución con la votación de una mayoría simple —6 votos— en casos de contradicciones de tesis entre las Salas de la propia Corte o entre Tribunales Colegiados de Circuito²⁰.

En tercer lugar, la hoja de ruta señalada en la resolución se vislumbra irreversible precisamente si se toma en cuenta que su basamento argumentativo está anclado al nuevo marco constitucional, por encima del texto anterior del artículo 1º, en el que ninguna referencia se hacía a tratados internacionales o al principio “pro persona” como mandato de interpretación de normas de derechos humanos.

Y en cuarto lugar, en lo que especialmente interesa a estas líneas, el conjunto de notas jurisprudenciales de la “recepción del caso Radilla”, marcan una ruta, inicial pero decidida, de “diálogo” de la jurisprudencia producida por la Suprema Corte mexicana con el orden supranacional de los derechos humanos al que se encuentra comprometido el Estado mexicano.

Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, ante la duda que genera la inexistencia de normas legales expresas que regulen su ejecución, y a la importancia que dicho caso reviste para el orden jurídico nacional” (párrafo 10, considerando primero, de la resolución al expediente varios 912/2010).

²⁰ Véanse los artículos 197 y 197-A de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal.

Dicho lo anterior, debe advertirse que no es éste el lugar para analizar los peculiares antecedentes que dieron lugar a la resolución del expediente “varios 912/2010”²¹. Pero es obligado hacer notar que si bien se resolvió en definitiva por la Corte unos días después de haber cobrado vigencia el nuevo marco constitucional (el 14 de julio de 2011), en realidad sus extremos fueron consecuencia de las consideraciones que había hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia al caso “Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, dictada el 23 de noviembre de 2009. En esta sentencia internacional, el Estado mexicano fue condenado por esa Corte a diversas actuaciones como consecuencia del acreditamiento de violaciones, entre otros, a los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, consagrados en los artículos 7.1, 5.1, 5.2, 3 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor Rosendo Radilla. Se trata de una de las 6 sentencias condenatorias que, desde el 2008, ha recibido el Estado mexicano por parte de la Corte Interamericana²².

²¹ La bibliografía en torno al caso es creciente. Véanse, por ejemplo: Cossío Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, junio-diciembre de 2012, pp. 31-63; Cossío Díaz, José Ramón, Mejía Garza, Raúl M., y Rojas Zamudio, Laura Patricia, *El caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012; Vv. Aa., *El caso Rosendo Radilla Pacheco. Impacto e implicaciones en el nuevo modelo constitucional en derechos humanos* [Juan Carlos Gutiérrez Contreras y Silvano Cantú Martínez, coords.], México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C./Ubijus, 2012. La sentencia de la Corte Interamericana es analizada en los siguientes trabajos: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa/UNAM, 2011; Gómez-Robledo, Alonso, “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. México. Sentencia del 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, y Castilla, Karlos, “El control de convencionalidad: Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, ambos artículos en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 561-591 y 593-624, respectivamente; Pelayo Moller, Carlos María, “El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 959-1021; Gómez-Robledo, Alonso, “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. México. Desaparición forzada de personas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, edición de décimo aniversario, 2012, pp. 421-459.

²² Las restantes 5 son las sentencias que recayeron a los siguientes asuntos: Caso Castañeda Gutman vs. México (de 6 de agosto de 2008); Caso González y otras (“Campo algodoner”) vs. México (16 de noviembre de 2009); Caso Fernández

La resolución del expediente varios 912/2010 implicó la generación de estándares en el ámbito interno a partir de una fuente jurisprudencial internacional. Y debe destacarse que esa construcción de la Corte mexicana, fue realizada *ex officio*, esto es, sin que la Corte Interamericana haya llamado a la Corte mexicana a cumplir rol explícito alguno en las condenas formuladas —si bien, más genéricamente, sí aludió al “Poder Judicial de la Federación” en el párrafo 347 de la sentencia—. A continuación, destaco, pues, esos criterios.

Prácticamente durante toda la vigencia de la Constitución federal de 1917, la Suprema Corte había mantenido una interpretación inconvencional en el sentido de que el sistema de control de constitucionalidad imperante en México era el concentrado en los tribunales de la federación, pese a que la lectura del artículo 133 constitucional parecía sugerir una cosa distinta²³. Mediante el juicio de amparo, los juzgados y tribunales federales (jueces de distrito y tribunales colegiados de circuito) eran los órganos judiciales encargados de operar la justicia constitucional, con la proscripción de que en esa labor pudiese intervenir cualquier otro juez, de cualquier materia, fuero, o instancia, incluidos los integrantes de los poderes judiciales de los Estados²⁴.

Ortega y otra vs. México (30 de agosto de 2010); Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (31 de agosto de 2010); y Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. (Como se sabe, todas ellas consultables en el portal Web de la Corte Interamericana: www.corteidh.or.cr). La doctrina ha venido analizando la situación de México a la luz de esas condenas; al respecto, pueden verse: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa/UNAM, 2009; de estos mismos autores, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La segunda sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa/UNAM, 2011. Más recientemente: García Ramírez, Sergio, y del Toro Huerta, Mauricio Iván, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, Porrúa/UNAM, 2011; Carpizo, Jorge, “La Constitución mexicana y el Derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 801-858.

²³ Resulta pertinente recordar el texto de este precepto: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

²⁴ Véase la revisión que de esos criterios se hace en: Sánchez Gil, Rubén A., “El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 11, julio-diciembre 2004, en especial, pp. 212-219.

Pues bien, en la resolución del expediente varios 912/2010, la Corte decidió modificar esa lógica concentradora del control de constitucionalidad de los actos de autoridad, incluida, destacadamente, la autoridad legislativa. En la tesis P. LXX/2011 (9a.) se determina que, en la actualidad, existen dos vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, los que, además, son acordes con el modelo que denominó de “control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos”, a cargo de los jueces.

En primer término, se encuentra el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control, en donde se localizan las acciones de inconstitucionalidad (control abstracto de normas legales), controversias constitucionales (conflictos entre poderes y órganos públicos), ambas, competencias de la Corte; y el juicio de amparo directo e indirecto, competencia de los jueces y tribunales federales y, excepcionalmente, también de la Corte²⁵. En segundo término —aquí, el aspecto novedoso de su criterio—, se encuentra el control de constitucionalidad en forma incidental que deberán operar el resto de los jueces del país, en los procesos ordinarios en los que sean competentes.

Se trata —sostiene la Corte— de un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permitirá que sean los criterios derivados de las declaraciones de inconstitucionalidad o de las determinaciones de inaplicación, que asuma la Suprema Corte, lo que determine la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Ambas vertientes de control deben ejercerse de manera independiente, lo que significa que la existencia del referido modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas.

Además, en esta redefinición del modelo general de control de constitucionalidad, se toma también en cuenta la tarea del resto de autoridades públicas del país. En el ámbito de sus competencias, éstas tienen también la obligación de aplicar las normas jurídicas bajo una lógica de interpretación más favorable a la persona (*pro persona*), para obtener una protección más amplia de sus derechos humanos. No obstante, a diferencia de los jueces, las autoridades no-judiciales no cuentan con facultades para inapli-

²⁵ Para una exposición sintética sobre la intervención excepcional de la Suprema Corte en los recursos de revisión de los juicios de amparo, permítaseme la remisión a: Herrera García, Alfonso, “Suprema Corte de Justicia de la Nación” en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones*, tomo III, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 1584-1599.

car o declarar la incompatibilidad de dichas normas con la Constitución General de la República²⁶.

Esta reconfiguración del modelo general de control de constitucionalidad trajo como consecuencia que en un posterior asunto (la llamada “Solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011”)²⁷, la Corte declarara que quedaban sin efectos jurídicos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos elocuentes rubros eran los siguientes: “Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación”, y “Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución”²⁸. Se aclaró que esta conclusión se derivaba del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor de la reforma en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011.

Además de las referidas vertientes concentrada y difusa del control de constitucionalidad, la Suprema Corte introdujo en ese modelo la doctrina que, en sede de jurisdicción interamericana, se ha denominado “control de convencionalidad” *ex officio* en materia de derechos humanos²⁹. Esta decisión se apoyó en la nueva redacción del artículo 1º, párrafo segundo, de la Constitución, que, como se puso de relieve con anterioridad, establece que todas las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, sino también por aquellos contenidos en los tratados

²⁶ El ministro encargado del engrose de la resolución al expediente varios 912/2010 fue José Ramón Cossío Díaz (Secretarios: Raúl M. Mejía Garza y Laura Rojas Zamudio). En cuanto al criterio de que se trata, hubo mayoría de 7 votos; votaron en contra los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales.

²⁷ Ponente: Olga Sánchez Cordero (Secretarios: Ignacio Valdés Barreiro, Jorge Ordóñez Escobar y Rafael Coello Cetina). Mayoría de 9 votos; votaron en contra y por la modificación de las tesis jurisprudenciales (no por la declaratoria “sin efectos”), los ministros Valls Hernández y Sánchez Cordero.

²⁸ Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 fueron publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo X, agosto de 1999, pp. 18 y 5, respectivamente.

²⁹ Sobre el significado de esta modalidad de control de regularidad, es recomendable la consulta del reciente libro colectivo: Vv. Aa., *Control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* [Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord.], Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2012. Véase, asimismo: Carbonell, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* [González Pérez, Luis Raúl, y Valadés, Diego, coords.], México, UNAM-IIJ, 2013, pp. 67-95.

internacionales celebrados por el Estado mexicano, debiéndose adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate.

Los mandatos interpretativos contenidos en el artículo 1º constitucional, sostuvo la Corte, deben cohonestarse con el artículo 133 de la propia Constitución³⁰, para definir el marco dentro del cual debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo de los jueces, y que se encuentra inserto en el modelo nacional de control de constitucionalidad. Mediante una interpretación sistemática del texto de nuevo cuño, se determinó que, en consonancia con la última parte del artículo 133, en los casos litigiosos de su conocimiento, los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma jurídica inferior.

Se precisó además que si bien los jueces no tienen competencia para emitir una declaración general sobre la invalidez (expulsar del orden jurídico), las normas que consideren contrarias a los derechos humanos (los tribunales de la Federación pueden emitir declaratorias de inaplicación a casos concretos en juicios de amparo, y la Suprema Corte declaratorias de invalidez general en los procesos de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales), todos los jueces están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores, en caso de conflicto normativo con las contenidas en la Constitución y en tratados internacionales³¹.

En la línea de estos criterios, la resolución al varios 912/2010 generó, por primera vez en la historia judicial de México, el reconocimiento de vinculatoriedad de las sentencias emitidas por un tribunal internacional,

³⁰ El artículo 133 se transcribió *supra*, nota 23. El modificado artículo 1º dispone, en sus tres primeros párrafos, lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. // Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. // Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

³¹ Tesis aislada P. LXVII/2011 (9a.). Mayoría de 7 votos; votaron en contra los ministros Aguirreanguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sólo en lo que respecta a sus puntos resolutivos, sino también a la fundamentación jurídica en que tales sentencias se apoyan —“en sus términos”—, tanto para la propia Corte mexicana como para todos los jueces y demás autoridades del país, siempre que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio resuelto por la sentencia.

Las razones torales en que se funda esa decisión consideraron que si el Estado mexicano aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando éste ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, constituye cosa juzgada. Así, corresponde exclusivamente a ese órgano internacional, en el caso sometido a su jurisdicción, evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte, como si lo están con las reservas y salvedades formuladas por el mismo Estado.

Por ese motivo, la Suprema Corte mexicana debe declararse incompetente para analizar, revisar, calificar o decidir acerca de la corrección o supuesta incorrección, de una sentencia dictada por la Corte Interamericana, o si ésta supuestamente excede las normas que rigen su materia y proceso. Esto significa que la Corte mexicana es un tribunal al que sólo corresponde “acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos”³², con todo lo que ello significa para la redefinición de su propio status institucional.

Por otro lado, se concluyó que otra es la situación cuando se trata de casos ante la Corte Interamericana en los que el Estado mexicano no haya intervenido como parte en la controversia. En este supuesto, los criterios de dicha Corte internacional son solamente orientadores para los jueces mexicanos, “siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º de la Constitución federal”.

En esa tesitura, la Corte mexicana precisó que los jueces, al resolver los casos concretos que se presenten a su consideración, deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los

³² Tesis aislada P. LXV/2011 (9a.). Unanimidad de 11 votos, en relación con la obligatoriedad de estas sentencias, con salvedades de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas y Aguilar Morales. Mayoría de 8 votos en cuanto a la imposibilidad de revisar si se configura alguna de las excepciones del Estado mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas formuladas por el Estado; votaron en contra: ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos y Aguilar Morales.

criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos, y acudir luego a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure un beneficio más amplio del derecho “que se pretende proteger”.

Esto no prejuzga la posibilidad —advierte la Corte— de que los criterios internos cumplan de mejor manera lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º (cláusula *pro persona*), lo cual tendrá que valorarse caso a caso, “a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos”³³. Esta decisión reflejaría la más genuina de las formas de “diálogo” entre Cortes de justicia, en el cual la premisa de los interlocutores es la búsqueda de la más amplia protección jurídicamente posible al derecho o derechos respecto de los que se dialoga. Así, el diálogo jurisprudencial encuentra su verdadero y último propósito: el acuerdo entre los tribunales, pero también su compromiso, de asumir la más extensa o amplia protección de los derechos humanos en el caso concreto a resolver.

Ahora bien, no terminan ahí los criterios de calado generados con la “Recepción del caso Radilla”. Con el esfuerzo de delinear con mayor precisión la forma en que debe operar el que puede llamarse “nuevo modelo integral del control difuso de regularidad”, la Corte configura el que denomina como parámetro de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos.

El propósito de la Corte es pedagógico también en este punto. Trata de compatibilizar el modelo general de control de constitucionalidad interno, con el control, también interno, de convencionalidad de las normas de derechos humanos³⁴. Así, sostiene que el parámetro de análisis que deben ejercer todos los jueces del país se integra por los elementos normativos siguientes: a) los derechos humanos contenidos en la Constitución federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por los tribunales del Poder Judicial de la Federación (Suprema Corte

³³ Entre las derivadas de la “recepción del caso Radilla”, ésta ha sido la decisión más dividida entre los integrantes del Pleno, pues únicamente alcanzó el consenso de 6 ministros, contra 5. Cfr. Tesis aislada P. LXVI/2011 (9a.). Votaron en contra los ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero y Silva Meza.

³⁴ En torno a este concepto, véase García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, incluido en el libro: Vv. Aa., *Control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* [Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord.], Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2012, pp. 211-243.

y Tribunales Colegiados de Circuito, así como, se entiende, la del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, para los tribunales y procesos especializados en esa rama del derecho); *b*) los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; *c*) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y *d*) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de dicha Corte cuando el Estado mexicano no haya sido parte³⁵.

Ahora bien, la Corte también introduce una especie de recetario metodológico para hacer frente a ese complejo sistema de control de regularidad, en lo que denominó como “pasos a seguir” para su operatividad, con especial atención al principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Estableció que la posibilidad de inaplicar leyes por los jueces del país no supone el desconocimiento de dicho principio, sino que éstos deben partir de esa presunción y realizar de esta manera un contraste constitucional de las leyes, previo a su aplicación a los casos concretos.

Así, al ejercer el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, la Corte estableció que deben realizarse los siguientes “pasos”: *a*) “Interpretación conforme en sentido amplio”, que significa que los jueces del país “y todas las demás autoridades del Estado mexicano” deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; *b*) “Interpretación conforme en sentido estricto”, que significa que cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, los jueces deben preferir aquella que haga a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte³⁶, “para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos”; y, *c*) “Inaplicación de

³⁵ Tesis aislada P. LXVIII/2011 (9a.). Mayoría de 7 votos; votaron en contra los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales.

³⁶ Para una explicación de la cláusula de interpretación conforme y su relación con el principio “pro persona”, en el nuevo contexto constitucional mexicano, véase: Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, Vv. Aa., *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma* [Miguel Carbonell y Pedro Salazar, coords.], México, UNAM/IIJ, 2011, pp. 103-133.

la ley” cuando no sea posible efectuar una interpretación conforme de la norma analizada, frente a la Constitución³⁷.

Para terminar con la “recepción del caso Radilla”, debe destacarse un criterio sustantivo cuya adopción por la Corte mexicana marca un hito en la historia judicial por ser el primero que, en un sentido formal, implica la inserción de una determinación enteramente forjada en una jurisdicción externa, aplicada en sus términos, sin condicionante alguna, por el máximo tribunal del país. Se trata de la interpretación consistente en la restricción del fuero militar, asumida por el Pleno, pero configurada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte mexicana, “en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana”, y en aplicación de lo que ahora se conoce como “control de constitucionalidad/convencionalidad”, determinó que el artículo 57-II del Código de Justicia Militar es incompatible con el artículo 13 de la Constitución federal, “a la luz de los artículos 2º y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. Resulta destacado que, al hacer suya esta decisión de “incompatibilidad” del precepto legal, la Corte mexicana es suficientemente clara en el sentido de que lo hace en aplicación de lo establecido por la Corte Interamericana: expresa que la Corte Interamericana “determinó que no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero señaló que su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1 de la citada Convención Americana”.

Bajo estas premisas —sostiene la Corte mexicana—, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, no puede operar, bajo ninguna circunstancia, la jurisdicción militar. Cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no sólo respecto del imputado, el cual necesariamente debe contar con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Por lo tanto, la actual redacción del artículo 57-II del Código de Justicia Militar³⁸,

³⁷ Tesis aislada P. LXIX/2011 (9a.). Mayoría de 7 votos; votaron en contra: ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales.

³⁸ En lo que resulta de interés, este precepto dispone lo siguiente: “Son delitos contra la disciplina militar: // I. Los especificados en el Libro Segundo de este Código; // II.

es incompatible con el artículo 13 constitucional, “a la luz” de los señalados artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁹.

IV. LOS AMPAROS EN REVISIÓN DE LOS “REOS DE ZACATECAS”

Con posterioridad al expediente “varios” 912/2010, debe destacarse un conjunto de juicios de amparo en revisión fallados por el Tribunal Pleno en el mes de enero de 2012, conocidos como los asuntos de los “reos de Zacatecas”, en materia de ejecución de penas⁴⁰. Este conjunto de amparos en revisión resultan de singular importancia, no sólo por las determinaciones alcanzadas, sino también por la técnica interpretativa que terminó imponiéndose para arribar a ellas. En la deliberación de estos asuntos, de alguna u otra manera se desenvuelve un diálogo con normas de Derecho internacional de derechos humanos con estándares advertidos como inferiores a los constitucionales, a efecto de conceder la protección del derecho fundamental en juego.

Antes de referirme a esa concreta conclusión, para precisar el contexto de estos asuntos, conviene señalar las decisiones preliminares adoptadas por el Pleno en estos recursos de revisión. Un primer criterio que se definió en estos asuntos fue el consistente en que los litigios relativos a la ejecución de las penas son competencia exclusiva del poder judicial, y ya no del poder ejecutivo. Con la entrada en vigor de la reforma a los artículos 18 y 21 constitucionales el día 19 de junio de 2011, por virtud del decreto de reforma de 18 de junio de 2008⁴¹, se introdujo en la Ley fundamental

Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: [...] Cuando en los casos de la fracción II, concurran militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar. [...]”

³⁹ Tesis aislada P. LXXI/2011 (9a.). Ministro encargado de engrose: José Ramón Cossío Díaz (Secretarios: Raúl M. Mejía Garza y Laura Rojas Zamudio). Unanimidad de 10 votos; votaron con salvedades: ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales y Ortiz Mayagoitia.

⁴⁰ Se trata de los amparos en revisión 151/2011, 197/2011, 199/2011, 205/2011 y 198/2011, fallados por el Tribunal Pleno de la Corte en su sesión de 12 de enero de 2012.

⁴¹ Ello, en términos del artículo quinto del decreto de reforma respectivo, que es de la literalidad siguiente: “*Quinto*. El nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entrarán en vigor cuando lo

un modelo penitenciario de reinserción social y de judicialización del régimen de ejecución de las penas que supuso una transformación del sistema, basada en la sustracción de su control por parte del poder ejecutivo. Con la reestructuración del modelo que implicó esa reforma, la facultad de administrar las prisiones permanece en el poder ejecutivo pero se confirió al poder judicial, de modo exclusivo, la facultad de ejecutar lo juzgado a través de los llamados “jueces de ejecución de sentencias”.

Esta reestructuración del sistema tuvo por propósito evitar el rompimiento de la secuencia de una sentencia penal, en virtud de lo cual corresponde al poder judicial emisor de la resolución, la vigilancia del cumplimiento de la pena impuesta, evitándose la discrecionalidad de las autoridades administrativas en materias tales como la aplicación de penas alternativas a la prisión, los problemas del trato de los sentenciados, la concesión o cancelación de beneficios, la determinación de los sitios para cumplir la condena, y situaciones conexas⁴². Dentro de esos supuestos se incluye la determinación relativa al traslado de sentenciados de un centro penitenciario a otro, prevista en el artículo 21, párrafo tercero, de la Constitución federal⁴³.

Un segundo criterio de relevancia derivado de estos amparos en revisión lo constituye la conclusión de que una orden de traslado de un centro penitenciario a otro, que se reclame por un sentenciado en vía de juicio de amparo, es de la competencia de juzgados de distrito en materia penal. Esta determinación tiene parte de su importancia en que superó precedentes tanto del Pleno como de la Primera Sala, que habían considerado que la competencia para conocer del juicio de amparo en estas situaciones se surtía a favor de los juzgados de distrito en materia administrativa⁴⁴. Era claro que con el cambio del presupuesto constitucional, hubo de modifi-

establezca la legislación secundaria correspondiente, *sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este decreto*” (cursivas mías).

⁴² Jurisprudencia P./J. 17/2012 (10a.), por unanimidad de 10 votos. Ponentes: Sergio Valls Hernández, Fernando Franco González Salas y Margarita Luna Ramos (secretarios: Adriana Saulés Pérez, Arnoldo Castellanos Morfín y Jaime Núñez Sandoval).

⁴³ Jurisprudencia P./J. 20/2012 (10a.), por unanimidad de 10 votos. Ponentes: Sergio Valls Hernández, Fernando Franco González Salas y Margarita Luna Ramos (secretarios: Adriana Saulés Pérez, Arnoldo Castellanos Morfín y Jaime Núñez Sandoval).

⁴⁴ Se trata de las jurisprudencias P./J. 37/2010 del Tribunal Pleno y 1a./J. 128/2008 de la Primera Sala, cuyos respectivos rubros eran: “Orden de traslado de un centro penitenciario a otro. La competencia para conocer del juicio de amparo promovido en su contra por un sentenciado, se surte a favor de los juzgados de distrito en materia administrativa” y “Orden de traslado de un centro penitenciario a otro. La competencia para conocer del juicio de amparo promovido en su contra por un sentenciado, se surte a favor de los juzgados de distrito en materia administrativa”, publicadas en el

carse también esta otra tesis: al quedar dentro del ámbito exclusivo de supervisión del cumplimiento de ejecución de sentencias en los jueces, y en concreto, en los jueces de ejecución en materia penal, tanto federal como local, era de estimarse que las disputas relacionadas con este tema, promovidas por los sentenciados, pasaran a la jurisdicción de estos jueces, sin que el hecho de que la orden de traslado eventualmente reclamada en un juicio de amparo hubiese sido emitida por una autoridad administrativa⁴⁵.

El análisis de fondo de estos casos implicaba establecer una interpretación del artículo 18, párrafo octavo, constitucional, en relación con la reserva de ley en él establecida, en torno a la compurgación de una pena de prisión en el centro penitenciario más cercano al domicilio del sentenciado. En este criterio, el inicial aspecto destacado es la conclusión del Pleno de que esta disposición constitucional recoge un genuino “derecho humano” a favor del sentenciado. De acuerdo con el artículo 18 constitucional, este derecho humano es exigible cuando el sentenciado haya sido condenado por delitos distintos a los de delincuencia organizada y que no requieren medidas especiales de seguridad⁴⁶.

El Pleno determinó que cuando el referido artículo constitucional establece que los sentenciados “podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio”, el verbo “podrán” se entiende dirigido a favor de los sentenciados y no de una eventual potestad de las autoridades legislativas o administrativas. El ejercicio de dicho derecho humano se representa como un acto volitivo del sentenciado que puede materializarse mediante una petición concreta para ser trasladado al centro penitenciario que considere más próximo a su domicilio. Sólo de esta manera, en razón de la cercanía del sentenciado con su comunidad, puede alcanzarse con mayor eficacia el objetivo constitucional de la reinserción social.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXXI, abril de 2010, p. 7, y tomo XXIX, marzo de 2009, p. 228, respectivamente.

⁴⁵ Jurisprudencia P./J. 18/2012 (10a.), por unanimidad de 10 votos. Ponentes: Sergio Valls Hernández, Fernando Franco González Salas y Margarita Luna Ramos (secretarios: Adriana Saulés Pérez, Arnoldo Castellanos Morfín y Jaime Núñez Sandoval).

⁴⁶ El artículo 18 constitucional, en su penúltimo párrafo, tiene la literalidad siguiente: “Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad”.

Por otro lado, en relación con la reserva de ley expresada por el artículo 18 constitucional, la Corte determina que si la ley de que se trata no establece en qué “casos” y con qué “condiciones” los sentenciados pueden purgar sus penas en los centro penitenciarios más cercanos a su domicilio, ello no debe obstaculizar el goce de su derecho a ubicarse en el presupuesto constitucional, pues lo contrario implicaría que dicho derecho y, en consecuencia, el propio mandato constitucional, quedaran indebidamente sujetos a un acto de voluntad de uno de los poderes del Estado⁴⁷.

En lo que a la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos se refiere, la relación dialógica con el orden constitucional interno llevó a concluir que tal Derecho internacional, en realidad, no cobraba aplicación en los casos analizados. Ello resultó así porque, en atención al segundo párrafo del artículo 1º constitucional, se encontró que en esta ocasión el principio *pro persona* se satisfacía con la aplicación de la propia Constitución federal, y no con el Derecho internacional.

En efecto, resultó más benéfico para los quejosos considerar la aplicación directa del artículo 18 constitucional, penúltimo párrafo, a sus situaciones jurídicas concretas, incluso al grado de alcanzar el otorgamiento “liso y llano” del amparo. Esto significó imprimir efectos resarcitorios de la violación de los derechos humanos de los quejosos, al haberse ordenado su restitución al estado en que se encontraban antes de esa violación. Por tanto, al no haberse advertido por la Corte ordenamientos o criterios jurisprudenciales internacionales que ofrecieran una solución todavía más protectora a la alcanzada, en virtud del principio *pro persona*, la fuente prevalecte en estos casos fue la nacional. De este modo, el desenlace del diálogo sirvió a la búsqueda de estándares más protectivos del derecho cuya violación fue reclamada y, como consecuencia de ello, también a incentivar la construcción de un criterio garantista por la Corte, como interlocutor responsable de analizar esa protección, finalmente concedida.

⁴⁷ Jurisprudencia P./J. 19/2012 (10a.), por mayoría de 9 votos, con el voto en contra del ministro Aguirre Anguiano (y un precedente, por mayoría de 10 votos, con el mismo voto disidente). Ponentes: Sergio Valls Hernández, Fernando Franco González Salas y Margarita Luna Ramos (secretarios: Adriana Saulés Pérez, Arnoldo Castellanos Morfín y Jaime Núñez Sandoval).

V. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 155/2007 (CASO DE LOS “TRABAJOS A FAVOR DE LA COMUNIDAD”)

Por los resultados que esta acción de inconstitucionalidad supuso para la reconfiguración del sistema de control de regularidad de las leyes, más que por el problema de fondo que se planteaba, la sentencia de esta acción es una de las más trascendentes del Pleno de la Suprema Corte tras las reformas constitucionales de junio de 2011 y tras sus determinaciones en la resolución al expediente varios 912/2010⁴⁸. Alguno los extremos de esas determinaciones, por cierto, ha sido reiterado por la Primera Sala, como es la relativa al reconocimiento del “nuevo modelo” de control de constitucionalidad y convencionalidad que implicó la reforma de 10 de junio de 2011 a la Constitución federal⁴⁹.

De la acción de inconstitucionalidad 155/2007 destacan al menos 3 importantes conclusiones: *a)* Que los tratados internacionales de derechos humanos funcionan como parámetro de validez en el control abstracto de regularidad de las normas generales que se realiza mediante las acciones de inconstitucionalidad; *b)* Que tales tratados pueden ser invocados *ex officio* por la propia Suprema Corte al ejercer su labor de control; y *c)* Que la falta de concordancia e imposible conciliación entre las restricciones expresas de la Constitución frente a las previstas en el Derecho internacional de los derechos humanos, debe llevar a la práctica inaplicación de tales restricciones, en virtud del principio *pro persona* explícitamente reconocido en el artículo 1º de la propia Constitución mexicana⁵⁰.

A modo de paréntesis, en relación con la consideración de que los tratados internacionales operen como canon de validez en el control abstracto de regularidad de las leyes, cabe señalar que la Corte ya había avanzado un

⁴⁸ El asunto fue fallado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte en su sesión del 7 de febrero de 2012.

⁴⁹ Esa conclusión se derivó de la sentencia a la contradicción de tesis 259/2011. A partir de este asunto, la Primera Sala emitió la jurisprudencia 1a./J. 18/2012 (10a.), de rubro: “Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011)”, por mayoría de 3 votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo; disidentes: Guillermo Ortiz Mayagoitia y José Ramón Cossío Díaz (secretario: Jesús A. Sepúlveda Castro). Esta tesis, como otras más que se sitúan en una similar línea jurisprudencial de la Primera Sala, ha sido objeto de una denuncia por su aparente contradicción con otra sustentada por la Segunda Sala de la propia Corte. Este asunto está pendiente de resolverse por el Tribunal Pleno en el expediente de la contradicción de tesis 263/2013.

⁵⁰ El texto del artículo 1º constitucional quedó transcrito *supra*, nota 30.

importante precedente antes de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011. En efecto, el Pleno ya había determinado que, a través de una acción de inconstitucionalidad, aun cuando ni el artículo 105, fracción II, de la Constitución, ni su Ley Reglamentaria, lo previeran expresamente, las comisiones de defensa de los derechos humanos podían plantear violaciones a algún tratado internacional relacionado con estos derechos. Este razonamiento se elaboró a partir de la invocación del principio de legalidad, establecido en los artículos 14 y 16 constitucionales, esgrimiéndose una “inconstitucionalidad indirecta” de la ley en cuestión. Debe destacarse que se llegó a dicha conclusión a pesar de que la Constitución, al momento de resolver, era explícita en señalar como parámetro único de control a la propia Constitución Federal. Esto es, sólo se preveía que mediante las acciones de inconstitucionalidad se planteara la contradicción entre una norma de carácter general y la propia Constitución (como aún hoy se conserva, pero en un contexto sustancialmente modificado, precisamente a consecuencia de la reforma en materia de derechos humanos).

La razón fundamental de dicha decisión estribó en que, de acuerdo con la Corte, no existía “un catálogo de derechos fundamentales tutelados por la Constitución General de la República a los que deban ceñirse dichos organismos al promover acciones de inconstitucionalidad, (por lo que) todos los derechos fundamentales expresados en la Constitución pueden invocarse como violados, sin que proceda hacer clasificaciones o exclusiones de derechos susceptibles de tutelarse por esta vía”, incluidos los relacionados con el principio de legalidad contenido en los referidos artículos 14 y 16 constitucionales. De este modo, resultaba posible presentar argumentos en torno a la eventual incompatibilidad de una norma con algún tratado internacional de derechos humanos⁵¹. En este punto, debe también recordarse que la reforma al artículo 105, fracción II, inciso g), constitucional, de 10 de junio de 2011, recogió expresamente la posibilidad de que la Co-

⁵¹ Acción de inconstitucionalidad 22/2009. Tesis: P./J. 31/2011. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Secretaria: Fabiana Estrada Tena). Unanimidad de votos en relación con el criterio contenido en la tesis; mayoría de 7 votos en cuanto a que la legitimación de las comisiones de derechos humanos para hacer valer acciones de inconstitucionalidad les permite plantear violaciones a derechos humanos previstos expresamente en la Constitución federal, incluso violaciones a los artículos 14 y 16 constitucionales; votaron en contra y en el sentido de que las comisiones de derechos humanos incluso tienen legitimación para promover acciones de inconstitucionalidad en las que se haga valer la invalidez de una ley por violar derechos humanos previstos en tratados internacionales, los ministros Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero y Silva Meza.

misión Nacional de los Derechos Humanos invoque, en sus demandas de acciones de inconstitucionalidad, tratados internacionales sobre derechos humanos⁵².

Pero volviendo a la acción de inconstitucionalidad 155/2007, el Tribunal Pleno declaró la inconstitucionalidad de los artículos 72, fracción V, 73, fracción V, y 70, fracción VII, de la Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán por su incompatibilidad con lo establecido por los artículos 2º del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo, en relación con el artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 6º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos tratados internacionales fueron fijados por la Corte como ordenamientos de referencia para el análisis de regularidad de los preceptos impugnados, al revelarse como menos restrictivos para las personas en comparación con lo establecido por la Constitución federal.

Los impugnados preceptos de la ley local reconocían a los “trabajos en favor de la comunidad” como sanción por reincidencia para el padre o tutor que desatendiera los programas terapéuticos y de rehabilitación establecidos en favor de sus hijos, pupilos o representados. Además, esos preceptos reconocían como órganos sancionatorios, a la Secretaría de Salud, para algún supuesto, y en otros al juez calificador municipal, y en su ausencia, al presidente municipal. En el caso, resultaba válido, bajo lo expresamente dispuesto por el artículo 21, párrafo cuarto, constitucional, la imposición de esa clase de sanciones por parte de alguna autoridad administrativa. Sin embargo, una mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno estimó que los mencionados tratados internacionales debían cobrar aplicación al caso: éstos fijaban como contenido normativo mínimo aplicable a los trabajos forzosos u obligatorios que éstos sólo puedan imponerse válidamente por una autoridad judicial, y no por una administrativa.

⁵² El texto actualmente en vigor dispone lo siguiente: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: // II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. // g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte [...]”.

Así, la Corte concluyó que al revelarse como más limitativas para las personas las restricciones del artículo 21 constitucional, al autorizar a la autoridad administrativa, y no a la judicial, a imponer un trabajo no voluntario en favor de la comunidad, en este caso debía tomarse en cuenta como parámetro de validez de la ley, no la Constitución, sino las disposiciones internacionales. En consecuencia, en virtud del principio *pro persona* reconocido por el artículo 1º, párrafo segundo, de la Constitución federal, se determinó la invalidez de los preceptos impugnados⁵³.

Este modo de aplicar las normas de derechos humanos de distintas fuentes de derecho —para algunos miembros de la Corte, como se reflejó en el caso anterior, exigida por la reforma al artículo 1º constitucional— fue confirmada por la Primera Sala al integrar la tesis de jurisprudencia 1ª./J. 107/2012 (10ª.). En esta jurisprudencia se establece que, de acuerdo con el texto vigente de ese precepto, el ordenamiento jurídico mexicano tiene, en realidad, dos fuentes “primigenias”: *a*) los “derechos fundamentales” reconocidos en la Constitución federal, y *b*) todos aquellos “derechos humanos” establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. En consecuencia, sostiene la Primera Sala, las normas de ambas fuentes “son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano”.

Pues bien, en el supuesto en que un derecho esté reconocido en ambas “fuentes supremas”, la elección de la norma aplicable debe atender al principio *pro persona*. De esta manera, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o protección reconocida en las normas de esas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona, o la que le implique una menor restricción. Así, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que incluye también a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano⁵⁴.

⁵³ Ponente: Sergio Aguirre Anguiano (secretario: Alfonso Herrera García). El ministro encargado del engrose de la sentencia fue José Ramón Cossío Díaz (secretarios: Raúl Mejía Garza y Laura Rojas Zamudio), la cual se aprobó por mayoría de 9 votos, con los votos en contra de los ministros Aguilar Morales y Ortiz Mayagoitia. Debe aclararse que las consideraciones jurídicas del fallo, de entre la señalada mayoría, fueron aprobadas por 6 votos, con los votos en contra de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos y Pardo Rebolledo. La sentencia fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de octubre de 2012.

⁵⁴ Jurisprudencia 1ª./J. 107/2012 (10ª.). Ponentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz (secretarios: Javier Mijangos y González, Mario Avante Juárez y Teresita Lucía Segovia). En los 5 precedentes en los que se reiteró este criterio,

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. LA SUPREMA CORTE: ENTRE LA IRREVERSIBILIDAD DEL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL Y SU AÚN INDEFINIDO PERFIL DE INTERLOCUCIÓN

Como se vio en la revisión de las decisiones que han incidido en la reconfiguración del sistema de control de constitucionalidad —y ahora, también, de convencionalidad— en México, verificadas tras las reformas de junio de 2011, éstas tuvieron un alentador punto de apoyo en elementos jurídicos supraconstitucionales de derechos humanos. Destacadamente, los razonamientos de la sentencia de la Corte Interamericana al caso “Radilla Pacheco” contra México, tal como fueron caracterizados por la Corte mexicana en la resolución al expediente “varios” 912/2010, fueron un detonante crucial —aunque desde luego aún no definitivo— de esa inicial reconstrucción⁵⁵.

Como cabía esperarlo, el proceso deliberativo del Tribunal Pleno de la Corte, del que dimanaron estos primeros criterios jurisprudenciales, ha resultado complicado. No obstante, dicha complicación se debe también a otros factores como el hecho de que el nuevo texto constitucional permita una apertura extraordinariamente difusa al Derecho internacional de los derechos humanos. Los términos elegidos por el Poder reformador para acuñar el nuevo artículo 1º constitucional distan de marcar una ruta nítida, no sólo desde un punto de vista gramatical —lo que, por lo demás, resulta connatural a esta clase de consensos constitucionales—, sino desde la perspectiva de que, en mi opinión, no es fiel a un sistema conceptual enteramente coherente.

No ha sido propósito de este trabajo ir más allá de la relatoría de esos criterios. Baste dejar anotado que la Constitución mexicana ahora no sólo

sólo en uno hubo unanimidad de 5 votos. En el resto, se emitió al menos un voto disidente (2 del ministro Ortiz Mayagoitia, 1 del ministro Pardo Rebolledo, y 1 del ministro Cossío Díaz). Esta tesis también ha sido objeto de denuncia ante el Tribunal Pleno, por su aparente oposición a otra de la Segunda Sala, lo cual ameritó la apertura del expediente relativo a la contradicción de tesis 26/2013, también pendiente de resolución.

⁵⁵ En todo caso, no podría pasarse por alto que, precisamente en una lógica de diálogo, recientemente la propia Corte Interamericana ha expresado su beneplácito por el rol asumido por la Corte mexicana para la protección y promoción de los derechos humanos, no sólo a nivel interno sino también a nivel regional. Cfr. Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2013, especialmente párrafos 5, 6 y 26.

reconoce a los tratados internacionales como parámetro de validez de los actos del poder público (incluidos los legislativos), sino también como parámetro para la interpretación conforme, con una orientación “pro persona”. Pero aunado a ello hay que considerar que, según expresan los primeros dos párrafos del nuevo artículo 1º constitucional, los derechos y sus garantías se han de ejercer sin restricción ni suspensión “salvo en los casos y bajo las condiciones que (la propia) Constitución establece”. Este importante dilema, no fue atajado —y muy probablemente no pudo haberlo sido— por la resolución de la Corte sobre el caso Radilla.

Tras resolver el expediente “varios” 912/2010, la Suprema Corte ha debido continuar la reconstrucción de bases jurisprudenciales asequibles a las transformaciones del marco constitucional. Esa labor siguió caracterizándose por su dificultad, lo que se manifestó, en algún sentido, con decisiones divididas tanto en el Pleno como en las Salas, en torno a las disposiciones constitucionales más representativas de tales transformaciones.

Esta situación, desde la perspectiva de la necesitada urgencia en la definición jurisprudencial que acompañe el renovado marco constitucional, resulta, cuando menos, riesgosa para la estabilidad del ordenamiento jurídico. La falta de acuerdos básicos ha llevado incluso a la discrepancia técnica entre las posiciones de las dos Salas nada menos que en torno a las bases de la interpretación y aplicación de las normas y principios de los derechos humanos emergidas del nuevo artículo 1º constitucional⁵⁶.

Se espera entonces que el Tribunal Pleno, durante el transcurso del 2013, acabe resolviendo diversas contradicciones de tesis que sobre temas angulares de las reformas del 2011, se encuentran pendientes. Se trata de las contradicciones de tesis 21/2011, 293/2011, 26/2013 y 263/2013, todas entre ambas Salas de la Corte (con excepción de la segunda, que se suscitó entre dos Tribunales Colegiados), en las que el Pleno deberá zanjar temas tales como los efectos de la reforma de 10 de junio de 2011 al principio de supremacía constitucional; si la invocación de tratados internacionales de derechos humanos en demandas de amparo reúne el mérito suficiente para la procedencia del recurso de revisión ante la propia Corte; si la Constitución reconoce o no el llamado “bloque de constitucionalidad” en materia de derechos humanos; o, nuevamente, si las sentencias de la Corte Interamericana en las que el Estado mexicano no ha figurado como parte,

⁵⁶ Una descripción puntual de esta situación se encuentra en: Cossío Díaz, José Ramón, y Mejía, Raúl M., “Derechos descafeinados”, *Nexos en línea*, 1º de junio de 2013, página web: <http://www.nexos.com.mx>

tienen fuerza vinculativa en el orden jurídico mexicano. Todos estos temas son centrales para la definición, entre otras importantes cuestiones, de qué clase de interlocutor aspira llegar a ser la Suprema Corte en el diálogo de su jurisprudencia, tanto con las normas jurídicas como con las resoluciones —jurisdiccionales o no— de órganos supranacionales con competencia para interpretar y aplicar los tratados internacionales de derechos humanos de los que forma parte el Estado mexicano.

No obstante, el desenlace de las señaladas contradicciones de tesis pendientes de resolución, es de pronóstico reservado, y puede simplificarse con dos escenarios posibles: decantarse por una apertura sostenida hacia el Derecho internacional de los derechos humanos, o por la aplicabilidad condicionada de sus disposiciones en el ordenamiento interno. En todo caso, debe recalcar, ninguno de ellos podría significar la indiferencia de la Corte mexicana a lo que tenga que decir el ordenamiento supranacional de los derechos humanos —ya sea con un carácter obligatorio o, por lo menos, con uno “orientador”— al que se ha comprometido el Estado mexicano, de cara a los casos concretos bajo su jurisdicción⁵⁷. En otras palabras, ninguno de esos panoramas podría cerrar la puerta ya decididamente abierta por la Corte al “diálogo jurisdiccional” con el Derecho internacional, o incluso con el Derecho comparado, así sea no explícitamente, en materia de derechos humanos, con toda la extraordinaria importancia que ello significa para el proceso de democratización del entero ordenamiento jurídico mexicano en el inmediato futuro.

⁵⁷ En este punto, por ejemplo, resulta ilustrativo que una de las decisiones que consiguieron la unanimidad de 11 votos en el Pleno de la Corte en la resolución del expediente varios 912/2010 fue el relativo a la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidas en casos en los que el Estado mexicano ha sido parte. Véase la tesis P. LXV/2011 (9ª.), de rubro: “Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 556.

Un avance en el control de convencionalidad

(El efecto ‘erga omnes’ de las sentencias de la Corte Interamericana)¹

JUAN CARLOS HITTERS

SUMARIO: I. El valor vinculante de las sentencias en el “caso concreto”. 1. Antecedentes. 2. Efectos generales de las sentencias para todo el ámbito doméstico. II. Efecto amplio ‘erga omnes’ de sus sentencias. 1. El Caso Gelman vs. Uruguay sobre Supervisión (inaplicabilidad de los fallos domésticos que contradicen a la jurisprudencia de la Corte Interamericana). 2. El Caso “M. L., J. F. F., O. – Denuncia” (el ‘Caso de los Coroneles’). 3. La Corte Interamericana y su réplica a la Suprema Corte Uruguaya. 4. El Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. III. Conclusiones.

I. EL VALOR VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS EN EL “CASO CONCRETO”

1. Antecedentes

Destacamos antes de ahora que las sentencias de la Corte IDH deben ser acatadas en el ámbito interno por los tres poderes del Estado².

Sin embargo, ese camino no ha sido llano para los tribunales de los diversos países que componen el modelo aquí analizado, a tal punto que la Corte Suprema de la Nación Argentina ha ido evolucionando *progresivamente*—con marchas y contramarchas— para hacer frente con los pronunciamientos del Tribunal Interamericano.

Con respecto al incumplimiento de los tratados en el ámbito doméstico, este país fue por primera vez condenado por la Corte regional en el

¹ Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, núm. 96, lunes 27 de mayo de 2013, pp. 1-4.

² Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, EDIAR, 2012, T. II, V. 1, pp. 277 a 281. Ídem Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad*, Revista La Ley 2008-E, p. 1169.

año 2002 en el Caso “Cantos”, por violentar los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al perjudicar el acceso a la justicia del reclamante³. Ese Tribunal mandó —entre otros tópicos— a fijar nuevamente *de manera razonable* los gastos de un pleito por considerar que los determinados con anterioridad implicaban limitaciones económicas para el acceso a la justicia, pero la verdad no dio acatamiento total al decisorio referido invocando razones de “derecho interno”⁴. Actualmente se esta intentando acatar *in totum* ese fallo, como veremos.

Luego, en el Caso “Bulacio”⁵ la Corte IDH condenó otra vez al país por violar los artículos 4, 7, 8, 25 y 1.1 de la Convención, en esta oportunidad por la muerte de un joven por parte de la policía. Dispuso allí que se investigue y se sancione a los responsables y que sean indemnizados los familiares. La Corte Nacional —en un interesantísimo decisorio y por entonces ya con una nueva integración— cambió de tornas y —con algunas disidencias pero en concordancia argumental— acató a cabalidad aquella sentencia⁶, a tal punto que dejó sin efecto un fallo local que había decretado la prescripción de la acción penal a favor del imputado (Comisario Espósito), disponiendo que se juzgue nuevamente al mismo, orden que se viene cumpliendo. Pese a ello todavía no se concluyó la nueva investigación, que aún esta en trámite, aunque muy adelantado.

Vemos en “Espósito” (“Bulacio”) un avance en la jurisprudencia interna⁷. En efecto, sostuvo sin eufemismos por el mas alto órgano jurisdiccio-

³ Corte IDH, Caso Cantos, pronunciamiento del 28 de noviembre de 2002, véase, González Campaña, Germán, *Juicio Internacional a la Justicia Argentina. Tasas, honorarios, costas y plazos en la mira de la Corte Interamericana*, Revista La Ley, Tomo 2003-C, p. 1.

⁴ Corte Suprema de la Nación Argentina, Expte. 1307/2003 Decisorio del 21 de agosto de 2003, (véase el voto de la minoría Dres. Boggiano y Maqueda).

⁵ Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina (cit.). Puso énfasis allí la Corte Interamericana siguiendo sus precedentes que son inadmisibles las disposiciones sobre prescripción o de cualquier otro obstáculo de derecho interno (párr. 116) mediante los cuales se pretenda impedir la investigación (arts. 1.1, 2 y 25 del Pacto de Costa Rica). Ninguna disposición de la legislación doméstica puede impedir el cumplimiento de las obligaciones del Estado en cuanto a investigar y sancionar a los responsables (párr. 117) ni obstaculizar decisiones de órganos internacionales (párr. 119), se ha configurado, añadió, un caso de impunidad por lo que el Estado debe concluir la investigación e informar sobre sus avances (párr. 191).

⁶ Corte Suprema de la Nación Argentina, Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción, E.224 39 del 23 de diciembre de 2004.

⁷ Véanse también los Casos Lariz Irondo y Arancibia Clavel *sus similitudes y diferencias con respecto a delitos de lesa humanidad* en Gelli, María Angélica, *El Terrorismo y el desarrollo progresivo de un delito internacional*, La Ley, 20 de septiembre de 2005.

nal del país —por mayoría— que “...la decisión de la Corte IDH [...] *resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino* (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional...” (párr. 6)⁸ [énfasis agregado].

Dicho criterio fue ampliamente confirmado y ampliado en el Caso “Simón”⁹, donde la Corte Suprema, parando mientes en los delitos de lesa humanidad decretó —por mayoría—¹⁰ la inconstitucionalidad de dos leyes de impunidad como las llamadas de “obediencia de vida” (Ley 23.521) y “punto final” (Ley 23.492)¹¹. Para ello —con buen tino— siguiendo el modelo regional dinamitó varios postulados jurídicos, tales como el de la irretroactividad de la ley penal (en este caso en perjuicio del reo), el de la cosa juzgada y el de la prescriptibilidad de las acciones¹².

La Corte IDH en base a lo dispuesto por los arts. 62.3 y 68.1 del Pacto de Costa Rica ha dicho que ‘sus fallos’ son —en el caso concreto—, de cumplimiento obligatorio para los Estados. Los países del sistema interamericano, salvo algunas excepciones como en Perú¹³ que finalmente luego aceptó una condena, y Venezuela que solicitó su retiro de la Corte IDH¹⁴, han sido

⁸ Ídem, CSN, Fallos: 321:3555.

⁹ Corte Suprema Nacional, Simón, Julio H. y otros, sent. 14-junio-2005, Revista La Ley, Buenos Aires, 29 de julio de 2005. Ese órgano jurisdiccional ha expresado hace ya tiempo que la jurisprudencia de la Corte IDH, así como las directivas de la Comisión, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados del Pacto de San José (CSN, Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado nacional – Armada Argentina y otro s/ accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad, 28/11/2006, M.678. XXXVIII, T. 329, p. 5382). Aquí ese tribunal ya no habla de que los preceptos deben “servir de guía”, como decía en “Giroldi” y “Bramajo”.

¹⁰ Esta vez con la disidencia del Dr. Fayt, que en su brillante voto consideró que la Corte IDH no puede decidir sin base legal retroactivamente la imprescriptibilidad de la acción penal (párr. 7).

¹¹ Dicho pronunciamiento fue criticado por varios autores (entre ellos por Gregorio Badeni, *El Caso Simón y la supremacía constitucional*, La Ley, 29 de julio de 2005), la Academia Nacional de Derecho y por el Colegio de Abogados de Buenos Aires. En el caso “Casal” la CSN ratificó lo dicho en “Simón”.

¹² CSJN. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación. V.281. XLV. 31 de agosto de 2010.

¹³ Véase, Hitters, Juan Carlos, *Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso de Perú)*, LA LEY, Buenos Aires, 1999-F, p. 893.

¹⁴ Vale recordar que el 6 de septiembre de 2012 se presentó ante la Secretaría General de la OEA la solicitud de Venezuela —firmada por el entonces Canciller Nicolás Maduro Moros—, de denuncia (retiro) a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Fundamentó su decisión en que ese país había recibido varias medidas cau-

casi siempre respetuosos de los fallos regionales no sólo en cuanto a la reparación económica, sino también cuando ordenan al poder público llevar a cabo ciertas conductas reparatorias tanto de hacer como de no hacer¹⁵.

Por último y para demostrar esta influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno, podemos citar el caso “Verbitsky” donde la Corte Suprema de la Nación, siguiendo los pronunciamientos interamericanos, ordenó al Poder Judicial bonaerense adaptar las condiciones carcelarias a los conceptos modernos y a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a llevar a cabo acciones en tal sentido¹⁶.

2. *Efectos generales de las sentencias para todo el ámbito doméstico*

Hace ya algún tiempo la Corte IDH refiriéndose al derecho interno peruano y a partir de los casos: “Barrios Altos”, “El Tribunal Constitucional

telares y decisorios injustos en su contra por parte de la Corte IDH, y algunos casos de la Comisión IDH que violarían la soberanía de ese país, sobre todo emitiendo medidas de seguridad sin agotar —dicen— los recursos internos. El artículo 78 de la Convención autoriza esa situación, si el retiro se impetra mediante un preaviso de un año. La denuncia no tiene efectos de desligar al Estado parte de las obligaciones incumplidas hasta la fecha en la cual la denuncia produce efecto (art. 78.2). El plazo de un año vence en este caso el 6 de septiembre de 2013.

Este apartamiento de la Convención sólo es válido con respecto a la Corte Interamericana, ya que no es posible retirarse de la Comisión IDH por formar parte éste órgano de la Carta de la OEA. Esto significa que este organismo puede dictar medidas y resoluciones respecto de Venezuela luego de producirse su retiro. Esta postura vino como consecuencia —entre otros motivos— de un movimiento producido por varios países por ejemplo: Bolivia, Ecuador, Venezuela, Colombia y El Salvador, que se quejaron por la dureza de las medidas cautelares dictadas en su contra por la Comisión IDH. Ello generó la creación de un Grupo de Trabajo y Reflexión por el Consejo Permanente de la OEA en el año 2011, que luego de varias reuniones culminó con un Informe, el 22 de marzo de 2013 —AG/Res. 1 (XLIV-E/13)—. Una de las consecuencias de todo ese proceso fue la modificación del Reglamento de la Comisión, el 13 de mayo de 2013, por lo que a partir de allí podemos hablar de un nuevo Reglamento.

¹⁵ Véase, Hitters, Juan Carlos, *Los Tribunales Supranacionales*, La Ley, Buenos Aires, 2006-E, p. 818.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verbitsky, Horacio”. Sup. Const. 2005 (julio), 32, con nota de Marcela I. Basterra; Pedro M. Lorenti (h.) – DJ 18/05/2005, 174 – Sup. Penal 2005 (agosto), 16, con nota de María de los Ángeles Milicic; Víctor R. Corvalán, *Revista La Ley*. 2005/05/03. Ver también Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. P. 83.909. “Verbitsky, Horacio. —Representante del Centro de Estudios Legales y Sociales—. Habeas corpus. Rec. de casación. Rec. extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley”. diciembre de 2005.

de Perú” y especialmente en “La Cantuta” (entre otros)¹⁷, había parado mientes en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos no sólo para el asunto concreto sino para todo el derecho interno de un país, aún fuera del caso juzgado¹⁸.

Dicho órgano doméstico peruano tomó nota de los efectos atrapantes de los decisorios de marras diciendo que: “...*La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal [...] La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrear las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere*”¹⁹ [énfasis añadido].

En efecto, la Corte IDH en el caso “La Cantuta” había expresado que “... De las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye

¹⁷ Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75); La Cantuta Vs. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional Vs. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71). Véase Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.

¹⁸ Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú (cit.); La Cantuta Vs. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional Vs. Perú (cit.).

¹⁹ Tribunal Constitucional en el caso Arturo Castillo Chirinos, Expediente N° 2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006, párrs. 12 y 13.

que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el *caso Barrios Altos* está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia”²⁰.

Por ende, vale la pena recordar que tanto en “Barrios Altos”, como en los casos “Tribunal Constitucional de Perú” y en “La Cantuta” ya referidos, la Corte IDH se comportó como un Tribunal Constitucional anulando — indirectamente— las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes*²¹.

Obsérvese cómo dicho Tribunal interamericano había “amplificado” notablemente su tradicional doctrina legal, sosteniendo a partir de allí que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive, (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia), a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares²².

Ya dijimos que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para el caso concreto, y en algunas circunstancias para los demás asuntos de la misma esencia (como en Perú).

La duda aparece —lo expresamos con anterioridad—²³ cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de ‘doctrina legal’ para todos los casos similares, en cualquiera de los Estados signatarios del Pacto de San José.

En este orden de pensamiento resulta preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional —particularmente en el ámbito de los derechos humanos—, tiene la obligación de realizar sus

²⁰ Caso La Cantuta Vs. Perú (cit.), párr. 186, citando el caso Barrios Altos vs. Perú (cit.). Dichas pautas fueron aplicadas por la CSN en varios casos, entre los que podemos citar: Hagelin, Ragner (cit.), voto del Dr. Fayt, párr. 7 y voto del Dr. Boggiano, párr. 4.

²¹ Repárese en la similitud que tienen dichos precedentes con lo actuado por ejemplo por la CSN en el ya aludido caso “Simón”.

²² Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad*, cit., p. 1169.

²³ Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad*, cit., p. 1169.

mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes (arts. 1.1 y 2 de la CADH)²⁴.

Empero, lo cierto es que ninguna norma del Pacto de Costa Rica le da en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH. Salvo —reiteramos—, para el caso concreto (art. 62 y 68 del Pacto de San José).

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Corte Interamericana.

II. EFECTO AMPLIO ‘ERGA OMNES’ DE SUS SENTENCIAS

1. *El Caso Gelman vs. Uruguay sobre Supervisión (inaplicabilidad de los fallos domésticos que contradicen a la jurisprudencia de la Corte Interamericana)*

El tema de los efectos de las sentencias de la Corte IDH lo hemos abordado en varias oportunidades tal cual ya lo adelantamos, mas la cuestión vuelve a tener rigurosa actualidad a raíz de la Resolución del Tribunal Regional del 20 de marzo del corriente año, donde a nuestro modo de ver éste avanzó *con relación a la obligatoriedad de sus pronunciamientos no ya en el caso particular, sino para todos los signatarios de la Convención, dándole una vuelta más de tuerca a esta álgida problemática*²⁵.

En efecto, en el año 2011 sostuvo que la República Oriental del Uruguay había infringido la CADH en relación al caso “Juan Gelman, María García de Gelman, y María Macarena Gelman García” atinente a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, acaecida a fines del año 1976, quién fue apresada en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en un avanzado estado de embarazo; y que fuera trasladada

²⁴ Gozaíni, Osvaldo, *Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno*, en El papel de los Tribunales Superiores, Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello, Segunda Parte, Berizonce, Roberto; Hitters, Juan Carlos y Oteiza, Eduardo Coordinadores, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 307.

²⁵ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013.

al Uruguay donde habría dado a luz a su hija quien fuera entregada a una familia de ese país²⁶.

Con anterioridad el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento Uruguayo había aprobado la Ley de Caducidad (Ley 15.848)²⁷, similar a las de Obe-

²⁶ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrs. 1 y 2. Dijo lo siguiente: “La Corte declara que el Estado es responsable por haber violado, desde el nacimiento de María Macarena Gelman y hasta el momento en que recuperó su verdadera y legítima identidad, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos del niño y a la nacionalidad, reconocidos en los artículos 3, 4, 5, 7, 17, 18, 19 y 20.3, en relación con los artículos 1.1 de la Convención y los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en perjuicio de ella” [...] “Además, el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, reconocidos en los artículos 5 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Juan Gelman”, Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, cit., párrs. 137 y 138.

²⁷ Ley de Caducidad: “Funcionarios Militares y Policiales. Se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985. El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, Decretan: *Artículo 1°*: Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto. *Artículo 2°*: Lo dispuesto en el artículo anterior no comprende: a) Las causas en las que, a la fecha de promulgación de esta ley, exista auto de procesamiento; b) Los delitos que se hubieren cometido con el propósito de lograr, para su autor o para un tercero, un provecho económico. *Artículo 3°*: A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1° de la presente ley. Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria. Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presuntoriales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo. *Artículo 4°*: Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes el Juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonios de las denuncias presentadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley referentes a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones. El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento

diencia de Vida y Punto Final dictadas en Argentina. Vale la pena recordar que la normativa del país vecino pasó —como es sabido— por varias vicisitudes en el ámbito doméstico²⁸.

Finalmente llegado el asunto a la Corte Interamericana, ésta concluyó que el Estado había violado los derechos y las garantías judiciales previstas en los artículos 8.1 y 25.1 del referido Pacto, sosteniendo en particular que la aplicación de la Ley de Caducidad carece de efecto jurídico respecto de

de estos hechos. El Poder Ejecutivo dentro del plazo de ciento veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia dará cuenta a los denunciantes del resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada. *Artículo 5º: [...]º*.

²⁸ Señala el Tribunal Interamericano que “Tras la promulgación de la Ley de Caducidad, la Suprema Corte de Justicia fue llamada a pronunciarse sobre su constitucionalidad, en virtud de acciones de inconstitucionalidad presentadas por representantes de víctimas y familiares de desaparecidos o de planteamientos formulados de oficio por los jueces que estaban conociendo de las denuncias” [...] “En 1988 la Suprema Corte de Justicia sostuvo la constitucionalidad de la Ley de Caducidad por mayoría de tres votos a dos, lo cual, de acuerdo con el derecho constitucional uruguayo, tenía efectos vinculantes únicamente para el caso concreto. En dicho caso los jueces consideraron que, pese a no figurar la palabra ‘amnistía’ en el texto, la intención del legislador había sido conferir una ‘auténtica amnistía’ a las fuerzas de seguridad” [...] “El 16 de abril de 1989 un grupo de ciudadanos y familiares de detenidos desaparecidos, que conformaron la ‘Comisión Nacional pro Referéndum contra la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado’, promovió y obtuvo la recolección de las firmas de más del 25% de los electores (aproximadamente 630.000), con las cuales se interpuso un recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad, el cual no fue aprobado por la ciudadanía uruguaya, pues solo el 42.4% de los votantes se pronunció a favor de hacer lugar al recurso y el resto en contra” [...] “El 19 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia dictó la sentencia No. 365 en la causa *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela*, en la que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley y resolvió que son inaplicables al caso concreto que generó la acción” [...] “El 25 de octubre de 2009 se sometió a consideración de la ciudadanía, junto con las elecciones de autoridades nacionales y mediante el mecanismo de ‘iniciativa popular’ que requirió previamente el apoyo de más de doscientas cincuenta mil (250.000) firmas, un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declararía nula la Ley de Caducidad y dejaría inexistentes los artículos 1, 2, 3 y 4 de la misma, propuesta que sólo alcanzó el 47.7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada” [...] “El 29 de octubre de 2010 la Suprema Corte de Justicia dictó otro fallo en la causa ‘Organización de los Derechos Humanos’, en el cual, mediante el mecanismo de ‘Resolución anticipada’, reiteró la jurisprudencia establecida en el caso *Sabalsagaray*, acerca de la excepción de inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad, confirmándose los argumentos esgrimidos en la sentencia referida”. Corte IDH, Caso *Gelman Vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, cit., párrs. 145 a 150.

las graves violaciones de los Derechos Humanos llevadas a cabo en el Uruguay con motivo de los hechos antes relatados²⁹.

2. El Caso “M. L., J. F. F., O. – Denuncia” (el ‘Caso de los Coroneles’)

Resulta muy importante poner de manifiesto que cuando el Tribunal Interamericano tuvo que Supervisar el Cumplimiento de la Sentencia “Gelman vs. Uruguay”, el 20 de marzo de 2013, se ocupó del asunto que hemos denominado como el “Caso de los Coroneles”³⁰ citado en el epígrafe. Allí dos militares de alto rango³¹ atacaron la Ley 18.831 (del 27-10-2011) como contraria a la Constitución en el marco de una investigación penal³². Cabe señalar que ese cuerpo legal fue dictado como consecuencia de lo dispuesto por la Corte IDH en el caso “Gelman vs. Uruguay” (del 24-02-2011).

En efecto, la Suprema Corte de Justicia de ese país en el decisorio del 22 de febrero de 2013 declaró —por mayoría— que lo dispuesto por la Corte Interamericana en el ya nombrado fallo “Gelman”³³ y en general, en los

²⁹ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, cit., párrs. 241 a 246.

³⁰ Suprema Corte del Uruguay, Caso “M. L., J. F. F., O. – Denuncia-Excepción de Inconstitucionalidad Arts. 1, 2 y 3 de la Ley N° 18.831. IUE 2-109971/2011”; al que nosotros denominamos el ‘Caso de los Coroneles’. Sentencia N° 20 del 22 de febrero de 2013. Dicho cuerpo legal dispone: “Ley N° 18.831. Pretensión Punitiva del Estado. Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985. El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, Decretan: *Artículo 1°*: Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1° de la Ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986. *Artículo 2°*: No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1° de esta ley. *Artículo 3°*: Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte. *Artículo 4°*: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación por el Poder Ejecutivo. Sala de Sesiones de la Cámara de Representantes, en Montevideo, a 27 de octubre de 2011”.

³¹ Galai Palermo, Pablo, “Uruguay: Una sentencia declara inconstitucional Ley 18831”, <http://www.asuntosdelsur.org/uruguay-sentencia-scj-inconstitucional-ley-18831/>.

³² En ese expediente, los Coroneles R.R.S.S. y M.C., impugnaron por vía de excepción de inconstitucionalidad de la Ley de marras.

³³ Dijo la Corte IDH que “...durante la audiencia de supervisión la Corte fue informada por los representantes y por el Estado que la Suprema Corte de Justicia uruguayana había admitido recursos de excepción de inconstitucionalidad contra la ley 18.831 planteados por militares imputados en investigaciones presumariales. Sin embargo,

demás pronunciamientos de ese organismo internacional *no son vinculantes para quienes no han sido parte de ese proceso judicial*. Para ello puso en juego la doctrina denominada “margen de apreciación nacional”.

Recientemente el 29 de abril del corriente año, la Jueza Penal de 10° Turno, Dra. Dolores Sánchez de León condenó al General M.A.D.A. a 28 años de prisión por el homicidio de Nibia Sabalsagaray acaecido —según se dice— en una sesión de tortura, por hechos ocurridos en el Uruguay durante la dictadura militar en el año 1974³⁴.

Este fallo parece seguir el modelo de la Corte IDH del caso “Gelman vs. Uruguay”, contradiciendo la postura de la Suprema Corte de ese país en el mentado asunto de “Los Coroneles”. Aquí la aludida Magistrada siguió a pie juntillas la jurisprudencia de la Corte IDH respecto al derecho a la verdad.

En síntesis, podemos decir, que la Suprema Corte local entendió que los decisorios del Tribunal Interamericano *sólo son atrapantes ‘en el caso concreto’*.

tan sólo unos días después de celebrada la audiencia de supervisión de cumplimiento, en relación con otro caso que también se refería a desapariciones forzadas, y mediante Sentencia No. 20 de 22 de febrero de 2013, la Suprema Corte de Justicia hizo lugar parcialmente a dicha excepción y, ‘en su mérito, declaró inconstitucionales y, por ende, inaplicables a los excepcionantes los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831’ [...] “De tal manera, sería posible considerar que lo expresado en el Decreto 323 del Poder Ejecutivo en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 18.831 del Poder Legislativo, tenía por objeto permitir que hoy en día la Ley de Caducidad no constituya más un obstáculo para investigar hechos de graves violaciones de derechos humanos. No obstante, según la información presentada, la emisión del Decreto 323 y la cesación de efectos de la Ley de Caducidad en los términos del artículo 1° de la Ley No. 18.831, no serían suficientes para despejar todos los obstáculos a las investigaciones dado que, en razón de lo expresado en la decisión de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia uruguaya, la vigencia de la Ley de Caducidad no habría afectado los términos de prescripción de los delitos referidos a hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos cometidos durante la dictadura. En estrecha relación con lo anterior, según la Suprema Corte no serían aplicables a esos hechos otras calificaciones legales, como la desaparición forzada o los crímenes de lesa humanidad, a pesar de estar contemplados en su legislación, por considerar que fueron tipificados con posterioridad a esos hechos y, por ende, tal calificación implicaría su aplicación en forma retroactiva atentando contra el principio de legalidad. Esto último fue, en efecto, así considerado en la referida reciente decisión de la Suprema Corte de Justicia”. Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de marzo de 2013, cit., párrs. 47 y 48.

³⁴ Véase nota 27.

3. *La Corte Interamericana y su réplica a la Suprema Corte Uruguay*

El Tribunal regional en la Resolución de la Supervisión del caso Gelman (del 20 de marzo de 2013) ya referida replicó con severidad los basamentos de los jueces domésticos, poniendo sobre el tapete varios argumentos, *entre ellos uno que nos parece innovador*.

Dijo en ese sentido con referencia al control de Convencionalidad que “...en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”³⁵.

La Corte IDH tomando en cuenta un antecedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos remarcó “...que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención *erga omnes* (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales”³⁶.

El en pronunciamiento sobre Supervisión de Cumplimiento ya aludido (del 20 de marzo de 2013) el cuerpo jurisdiccional con asiento en Costa Rica reiteró —algo ya indiscutido— sobre el carácter vinculante de sus sen-

³⁵ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de marzo de 2013, cit., párr. 69.

³⁶ Al respecto, véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 “*Execution of judgments of the European Court of Human Rights*”. Ídem <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=EN>. Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., nota 49.

tencias en el caso concreto³⁷ sosteniendo que “...La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respal-

³⁷ La Corte regional señaló en tal orden de ideas que “..., se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del ‘control de convencionalidad’, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal” [...] “Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” [...] “De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.” [...] “En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente” (Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., párrs. 65 a 58).

dado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional³⁸.

Ratifica entonces —y en esto es muy claro—, que el decisorio emitido por ella en un asunto particular es totalmente vinculante para el Estado condenado³⁹.

Pero aclara luego, como anticipamos (véase nota 35), que “...es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional⁴⁰.”

Diversa es la circunstancia —añade el fallo— cuando el Estado *no ha sido parte* en el proceso internacional donde se fijó la jurisprudencia. En tal hipótesis por el sólo hecho de ser Parte en la Convención, la conducta de sus autoridades públicas y de la totalidad de sus órganos incluidos las instancias democráticas, están obligadas por el Tratado debiéndose acatar el mismo y considerar los precedentes y lineamientos judiciales del Tribunal interamericano⁴¹.

Respecto del Control de Convencionalidad reiteró que el mismo debe hacerse primero a nivel interno por los órganos locales —control primario—, teniendo en consideración —obviamente— las interpretaciones de aquélla, y si las domésticas se contraponen, *subsidiariamente* la Corte IDH

³⁸ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., párr. 59.

³⁹ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., párr. 69.

⁴⁰ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., párr. 67.

⁴¹ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., párr. 69.

(Principio de Subsidiariedad) queda hacer el *control complementario*⁴² de *convencionalidad*⁴³.

A través de esta ‘inspección’ de convencionalidad los jueces locales deben llevar a cabo una tarea *preventiva* para evitar potenciales infracciones a los Derechos Humanos⁴⁴.

4. *El Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot*

En el asunto que venimos comentando el excelente Voto Razonado⁴⁵ del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot explica con toda claridad la cuestión atinente al efecto vinculante de las sentencias de la Corte.

Al votar en la Supervisión de Cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay, ya nombrado, reitera lo dicho por sus colegas añadiendo —con profundidad— sus propias argumentaciones.

Alude a la eficacia objetiva de la sentencia interamericana ‘como norma convencional interpretada’ con una vinculación indirecta ‘erga omnes’, como estándar interpretativo mínimo de la efectividad de la norma convencional⁴⁶, siguiendo en parte algunos basamentos del ex presidente del Tribunal, Antônio Augusto Cançado Trindade, para referirse al efecto de los fallos de la Corte en asuntos en los que el Estado no fue parte del pleito.

El Voto Razonado aludido pone de relieve la proyección de la eficacia hermenéutica erga omnes que tiene la sentencia con respecto a todos los países que se han plegado al sistema interamericano. Ello significa —dice— que la totalidad de las autoridades domésticas deben aplicar no

⁴² Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., párr. 72.

⁴³ Añade que “Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con lo señalado anteriormente en cuanto a la primera manifestación del control de convencionalidad cuando existe cosa juzgada internacional, este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso” (Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., párr. 73).

⁴⁴ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión, cit., párrs. 72 y 73.

⁴⁵ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de marzo de 2013, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

⁴⁶ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., párrs. 42 y 43.

sólo el principio convencional —que surge del Tratado—, sino la norma convencional interpretada, (res intepretata)⁴⁷. Esto es —valga la redundancia—, la interpretación que de la misma ha hecho el órganos jurisdiccional interamericano (art. 62.1 CADH) que resulta atrapante (arts. 1.1 y 2 CADH).

Además, el citado sufragio habla de la ‘efectividad mínima’ como piso de marcha del modelo, ya que del art. 29 del Pacto de San José señala que si en el ámbito interno surge una protección mayor (es decir más eficaz) debe ponerse en juego el esquema local y no el internacional⁴⁸.

Queda claro entonces que los decisorios de la Corte Interamericana producen efectos no solamente para el país condenado —vinculación directa, inter partes—, sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional (vinculación relativa erga omnes), pero sólo en la medida de la norma interpretada, no así en la totalidad del fallo. Salvo que no exista —ya lo dijimos— una interpretación local más favorable al ser humano⁴⁹ en cuya hipótesis vale la más ventajosa (art. 29 CADH).

En suma, según este elevado criterio —que compartimos—, las sentencias del Tribunal Interamericano originan dos tipos de consecuencias, ha

⁴⁷ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., párr. 43.

⁴⁸ Para ello no debe omitirse que “El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligatorio derivado del artículo 2º de la Convención Americana de ‘adoptar disposiciones de derecho interno’ sean ‘medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos’ los derechos y libertades. Esto ha motivado una jurisprudencia interamericana amplia sobre diversas temáticas; por ejemplo, pueblos indígenas o tribales, libertad de expresión y acceso a la información, derecho del inculpado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal, pena de muerte, fuero militar, derecho laboral, estabilidad e inamovilidad de jueces, y sobre leyes de amnistía. En esta última línea jurisprudencial sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistías, como sucedió en la Sentencia del *Caso Gelman*, expresamente se concluye en el Resolutivo 6 que ‘El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana’ y específicamente dentro de la motivación, se expresa: ‘En particular, debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos en los términos antes indicados, ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas’”, Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., párr. 46.

⁴⁹ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., párrs. 34, 42, 69 y 70.

saber: uno de *vinculación directa* —y obligatoria— para el país condenado (arts. 62 y 68 CADH); y otra de *vinculación relativa* —*erga omnes*— para todos los miembros del modelo, *que no participaron del proceso*.

Es por ello que la norma interpretada en la decisión, no puede ser controvertida en el ámbito doméstico, y que de serlo, tolera el control de convencionalidad secundario (subsidiario)⁵⁰ por vía de la Corte IDH, que debe declararla ‘inaplicable’, es decir ‘inconvencional’⁵¹.

III. CONCLUSIONES

Hemos traído a colación el caso *Gelman vs Uruguay*⁵², y en particular el decisorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Supervisión de Cumplimiento del mismo⁵³, pues entendemos que en este último dicho Tribunal regional ha dado un paso adelante al sostener, sin requilorios, que sus sentencias no sólo son atrapantes en el caso concreto (vinculación directa inter-partes), sino que también producen efectos vinculantes *para todos los Estados signatarios de la CADH*, en lo que respecta a la interpretación que dicho Tribunal efectúa de las normas convencionales (vinculación indirecta *erga omnes*).

Puede decirse finalmente que la doctrina legal (o judicial) de ese cuerpo jurisdiccional es obligatoria (vinculante) para el conjunto de los países plegados al sistema en cuanto a la hermenéutica que él hace de las normas regionales interpretadas (*res interpretata*)⁵⁴.

En fin, consideramos que del fallo anotado se infiere un avance explícito de lo que la Corte Interamericana venía diciendo de manera implícita en la doctrina del control de convencionalidad, esto significa que se obser-

⁵⁰ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso *Gelman Vs. Uruguay*, cit., párrs. 67 a 71.

⁵¹ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso *Gelman Vs. Uruguay*, cit., párr. 67.

⁵² Corte IDH, Caso *Gelman Vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, cit.

⁵³ Corte IDH, Caso *Gelman Vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013, cit.

⁵⁴ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso *Gelman Vs. Uruguay*, cit., párrs. 67, 69 y 72.

va una argamasa entre la norma y la interpretación de la misma (jurisprudencia interamericana).

Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales¹

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ²

SUMARIO: I. Los tratados de derechos humanos y las obligaciones que implican para los estados partes. 1. La caracterización de los tratados de derechos humanos. 2. Las obligaciones generales que generan los tratados de derechos humanos para los estados partes: el PIDCP y la CADH. 2.1. El artículo 2.2. del PIDCP. 2.2. Las obligaciones generales impuestas por la CADH a los Estados Partes. 2.2.1. El deber del Estado Parte respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente. 2.2.2. El deber del Estado de adecuar su ordenamiento jurídico y conducta a las obligaciones convencionales. 3. Consideraciones finales. II. El desarrollo del concepto de control de convencionalidad, su contenido y las obligaciones jurídicas que determina para los jueces nacionales. 1. El control de convencionalidad en sede internacional. 2. El control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales en cuanto Estado juez. 2.1. Diferencias entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad. 2.2. Los efectos del control de convencionalidad aplicado por el juez nacional. 2.3. El aseguramiento de una interpretación conforme con la Convención por el juez convencional interno que ejerce jurisdicción constitucional. III. El control de convencionalidad en la praxis del Tribunal Constitucional chileno. 1. Tribunal Constitucional y control de convencionalidad respecto del derecho al recurso (roles 986 y 1130). 1.1. El recurso de inaplicabilidad en el caso Aarón Vásquez respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal (Rol N° 986). 1.2. El caso de inaplicabilidad deducido por Carolina Gajardo Salazar respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código

¹ Este artículo es parte del proyecto de investigación Fondecyt Regular N° 1110016 – 2011 sobre “Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre utilización del derecho constitucional extranjero y del derecho internacional de los derechos humanos y sus implicancias para el parámetro de control de constitucionalidad” del cual el autor es investigador principal.

² Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Talca. El autor es Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica. Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile y del Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca, Campus Santiago. Miembro asociado de la Academia Internacional de Derecho comparado de La Haya. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

Procesal Penal (rol N° 1130). 2. El Tribunal Constitucional asume la regla básica de interpretación de derechos favor homine. 3. Requerimiento de parlamentarios y otros para que se declare la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad (rol N° 567). IV. El control de convencionalidad por los tribunales constitucionales y cortes supremas de América Latina. V. Consideraciones finales. VI. Bibliografía.

I. LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y LAS OBLIGACIONES QUE IMPLICAN PARA LOS ESTADOS PARTES

1. *La caracterización de los tratados de derechos humanos*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, precisa las características que identifican a los tratados de derechos humanos y las diferencias de los tratados que se concretan tradicionalmente en mutuo beneficio de los intereses de las partes contratantes:

“(...) los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”³.

Sobre la materia ya se había manifestado la CIDH en sus primeras opiniones consultiva, determinando las especificidades que vienen dadas de las convenciones o tratados de derechos humanos, por el carácter de instrumentos de protección de derechos a favor de los individuos⁴ en las que se desprende que los Estados tienen la obligación de respetar los tratados internacionales de derechos humanos y proteger a cualquier individuo que se encuentre bajo su jurisdicción.

³ Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, denominada *El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana* (artículos 74 y 75). En el mismo sentido, se expresa la Corte Interamericana en el caso del *Tribunal Constitucional Vs. Perú*, sentencia de 24 de septiembre de 1999. (*Competencia*). Serie C N°. 55, párrafo 42.

⁴ Ver, Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, párrafo 24. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de septiembre de 1982, OC-2/82, párrafo 29.

La Corte Europea ha afirmado con anterioridad la misma perspectiva, en el caso *Irlanda vs. Reino Unido* (1978), precisando que

“a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una ‘garantía colectiva’”⁵.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Soering vs. Reino Unido* (1989), precisó que la Convención Europea “debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias”⁶.

A su vez, con mucha anterioridad, a Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva relativa a *Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1951), afirmó que “en este tipo de tratados, los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención”.

2. Las obligaciones generales que generan los tratados de derechos humanos para los estados partes: el PIDCP y la CADH

Los Estados que forman parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en adelante PIDCP, como asimismo de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, están vinculados por los respectivos artículos 2.1 y 2.2. y 1.1. y 2, de los respectivos instrumentos internacionales.

2.1. El artículo 2.2. del PIDCP

En efecto, el artículo 2 del PIDCP precisa:

“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna

⁵ Eur. Court HR, *Ireland vs. United Kingdom* case, Judgment of 18 January 1978, Series A N°. 25, p. 90, párr. 239.

⁶ Eur. Court H.R., *Soering Case*, decision of 26 January 1989, Series A N°. 161, párr. 87.

de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición socia.”

“2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Tal disposición determina que los Estados partes en el PIDCP asumen la obligación, respecto de toda persona en su territorio o bajo su jurisdicción de respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos. Esto implica que deben abstenerse de violar estos derechos (“respetar”), pero también adoptar medidas positivas para que los derechos sean efectivos (“garantizar”). De acuerdo con el artículo 14, deben poner a disposición de toda persona víctima de una violación un recurso imparcial y efectivo para su defensa.

La Observación General N° 31 del Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas ha precisado el alcance del artículo 2° del PIDCP, determinando que éste impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y asegurar su aplicación a todas las personas que se encuentran bajo la potestad del Estado parte, cumpliendo dichas obligaciones jurídicas de buena fe:

“3. El artículo 2 define el alcance de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados Partes en el Pacto. A los Estados Partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción (véanse los párrafos 9 y 10). En cumplimiento del principio claramente especificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados Partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe”.

A su vez, el párrafo 4° determina la vinculatoriedad de las normas respecto de cualquier órgano u agente estatal, de cada uno de ellos y de todos ellos, cualquier actuación contraria al PIDCP de cualquiera de los órganos o agentes estatales genera la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos. Asimismo el Estado no puede oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de sus obligaciones internacionales, como lo determina el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, disposición de que sin dejar de ser derecho internacional es parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, con aplicación preferente sobre las normas jurídicas de generación interna:

“4. Las obligaciones del Pacto en general y del artículo 2 en particular son vinculantes para todos los Estados Partes en conjunto. Todos los poderes del Estado (ejecu-

tivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte. El poder ejecutivo, que suele representar al Estado Parte internacionalmente, incluso ante el Comité, puede no señalar que un acto incompatible con las disposiciones del Pacto fue llevado a cabo por otra rama del Estado como medio de tratar de atenuar la responsabilidad del Estado Parte por el acto y la incompatibilidad consiguiente. Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con arreglo al cual un Estado Parte ‘no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su falta de aplicación de un tratado’. Aunque el párrafo 2 del artículo 2 permite a los Estados Partes que hagan efectivos los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado”.

Como señala el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el párrafo 1º del artículo 2º, que determina el respeto y garantía de los derechos contenidos en el PIDCP, produce “un efecto inmediato en todos los estados partes” de acuerdo al párrafo 5º de la Observación General N° 31; a su vez, el párrafo 6º determina que dicha obligación jurídica es de carácter positivo como negativo:

“Los Estados Partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto. Cuando se introducen restricciones, los Estados deben demostrar su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten proporcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos del Pacto. En ningún caso se deben aplicar las restricciones o invocarse de una manera que menoscabe la esencia de un derecho del Pacto.”

Por otra parte, el artículo 2º impone a los Estados Partes, como señala el párrafo 7º de la Observación General N° 31 que comentamos:

“la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas. El Comité cree que es importante elevar los niveles de conocimiento acerca del Pacto no sólo entre los funcionarios públicos y los agentes del Estado sino también entre la población en general.”

Debe tenerse presente también que las obligaciones positivas de los Estados Partes de garantizar los derechos asegurados por el Pacto:

“sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación

entre personas o entidades privadas. Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas”, como lo determina el párrafo 8º, de la Observación General comentada.

Finalmente, debemos precisar que la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y “*es de efecto inmediato*”, como prescribe el párrafo 14 de la Observación General N° 31, agregando que

“La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado”.

2.2. Las obligaciones generales impuestas por la CADH a los Estados Partes

2.2.1. El deber del Estado Parte de respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente

El artículo 1º de la CADH determina para los estados parte la obligación jurídica de respetar y garantizar los derechos asegurados por ella:

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Las obligaciones contenidas en el derecho convencional internacional, con mayor razón aún si se trata de derechos fundamentales, sobre todo si el Estado es parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el cual es parte, además, del derecho interno, constituye para los jueces derecho directamente aplicable y con carácter preferente frente a las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyo los artículos 26 y 31.1, por una parte y el 27 de la Convención, por otra; los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (*Pacta Sunt Servanda* y *Bonna Fide*), el artículo 27, a su vez, establece el deber de no generar obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales.

En esta materia, la CIDH ha sido extremadamente clara al respecto:

“125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que ‘[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno’⁷. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”⁸.

Asimismo la CIDH en el caso “La última tentación de Cristo” ha precisado que: “*En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial*”⁹.

A su vez, la CIDH, desde el primer caso conocido jurisdiccionalmente, en la sentencia en el caso Velásquez Rodríguez, en forma uniforme y reiterada ha determinado que

“La segunda obligación de los Estados partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹¹.

Finalmente, la CIDH ha precisado que la obligación de garantizar los derechos asegurados en la Convención:

⁷ Cfr. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N°. 14, párr. 35.

⁸ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N°. 154, párrafo 125.

⁹ cfr. “*principe allant de soi*”; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., serie B, N°. 10, p. 20; y *Caso Durand y Ugarte*, *supra* nota 20, párr. 136.

¹⁰ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N°. 73, párrafo 87.

¹¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 166. La Corte se había pronunciado previamente respecto de excepciones preliminares en Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 1.

“(…) no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹².

2.2.2. *El deber del Estado de adecuar su ordenamiento jurídico y conducta a las obligaciones convencionales*

A su vez, el artículo 2 de la CADH establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno por los estados partes de ella, en sus expresiones:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

La CADH establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Ello significa que el Estado debe adoptar todas las medidas para que aquello establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo determina el artículo 2 de la Convención. Dicho deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención, como ha precisado la CIDH en su jurisprudencia¹³.

Podemos señalar concordando con Cecilia Medina que el artículo 1º de la CADH establece obligaciones de exigibilidad inmediata que el Estado tiene frente a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin discriminación¹⁴.

¹² Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Nº 140, párrafo 142.

¹³ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Nº. 73, párrafo 87.

¹⁴ Medina Quiroga, Cecilia. (2008), *Las obligaciones de los Estados bajo a Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en III Curso especializado para funcionarios de Estado sobre utilización del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Materiales bibliográficos Nº 1, San José, p. 246.

Por otra parte, es necesario referirse a la obligación general de los Estados Partes contenida en el artículo 2º de la CADH, a través de la cual “*se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”.

La adopción de medidas legislativas que la CADH establece como deber del Estado cuando no se encuentran debidamente asegurados y garantizados los derechos convencionales, implica el deber estatal de adoptar medidas que adecuen el derecho interno, desde el texto constitucional hasta la última disposición administrativa, de manera que el ordenamiento jurídico del Estado Parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH. Sobre dichos estándares el Estado tiene siempre la libertad de asegurar mayores atributos y garantías de los derechos que los establecidos convencionalmente. Asimismo, en la materia rige como reglas interpretativas básicas contenida en la misma Convención, en su artículo 29, los postulados o principios de “*progresividad*” y “*favor persona*”¹⁵, este último derivado del art. 29, literal b) de la CADH, lo que posibilita aplicar los estándares de otros tratados en que el Estado forme parte que establecen estándares superiores de atributos y garantías de los derechos que los contenidos en la CADH.

Al ratificar la CADH como también otros tratados sobre derechos humanos, el Estado, en el ejercicio de su potestad pública (soberanía) ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior al mismo, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana que se expresa en el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales, los cuales se constituyen como un límite al ejercicio del poder estatal. En tal sentido, ello implica reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de tales derechos, reconociendo los estados partes de la CADH, jurisdicción a la CIDH para que ésta determine con carácter vinculante

¹⁵ El principio pro homine o favor persona la CIDH lo ha aplicado reiteradamente, a manera ejemplar se pueden citar en las Opiniones Consultivas 1/82, párrafo 24; OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo. 52; la Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 agosto de 1986, especialmente Opinión separada Magistrado Rodolfo Piza Escalante; la Opinión Consultiva OC 18/03. (Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados), párrafo 156; como en los casos contenciosos, entre los cuales puede citarse el *Caso Ricardo Canese*, párrafos. 180 y 181; el *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, párrafo 106; el caso “*Ivcher Bronstein con Perú*”, párrafos 42 y 54.

y con la obligación del Estado Parte de acatar la sentencia y concretarla como obligación de resultado, aunque ello implique la reforma misma de la Constitución, como ocurrió en el caso “La última tentación de Cristo”, donde la sentencia de la CIDH ordenó que el Estado de Chile debía modificar el artículo 19 N° 12, inciso final, de la Constitución, por ser contrario al artículo 13 de la Convención que asegura el derecho a la libertad de expresión e información sin censura previa.

El Estado Parte de la CADH debe eliminar de su ordenamiento jurídico y está impedido de crear o generar leyes que vulneren los derechos asegurados convencionalmente¹⁶, como ocurrió en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” con el DL 2191 de 1978 de Amnistía; o en el caso “La Cantuta vs. Perú”¹⁷ con leyes de amnistía¹⁸, o mas recientemente, en el caso “Gelman vs. Uruguay”¹⁹ sobre la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, determinando que estos preceptos legales carecen de efectos jurídicos, vale decir, sin inaplicables.

Los estados partes de la CADH deben abstenerse de emitir resoluciones judiciales que constituyan actos arbitrarios e írritos que vulneren derechos humanos, los cuales se declaran sin valor y eficacia jurídica, como ha ocurrido en el caso “Palamara Iribarne vs. Chile”²⁰, como asimismo, en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”²¹, para sólo señalar un par de casos chilenos.

A su vez, la expresión “*medidas (...) de otro carácter*” que determina la Convención en su artículo 2°, implica que los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales que contempla el ordenamiento estatal, en cuanto órganos del Estado, se encuentran vinculados directa e inmediatamente por los derechos asegurados convencionalmente, mas aún cuando el ordenamiento jurídico estatal al ratificar la Convención, la convierte en dere-

¹⁶ *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N°. 14.

¹⁷ Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N°. 162.

¹⁸ Como se explicita en el caso, “En consecuencia dichas ‘leyes’ no han podido generar efectos, no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro”.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C N°. 221, párrafo 223.

²⁰ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N°. 135.

²¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N°. 154.

cho interno sin que deje de ser simultáneamente derecho internacional. Así, la norma convencional en esta doble dimensión, de norma interna e internacional, vincula a los jueces ordinarios, constitucionales y otros especiales, a respetar y a garantizar los atributos y garantías de los derechos asegurados por dicha normativa en el estándar mínimo asegurado convencionalmente.

Como ha precisado la CIDH, en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”:

“123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”²².

Esta realidad jurídica que implica que los estados partes se encuentran en la obligación de respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente, a través de sus diversos órganos y agentes del Estado, lleva a determinar también las obligaciones que corresponden a los jueces nacionales, para que a través de sus actos jurisdiccionales no vulneren los derechos, sino que como corresponde a sus obligaciones jurídicas contribuyan a respetarlos, asegurarlos y garantizarlos, impidiendo así hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en su calidad de Estado juez.

En tal perspectiva, no debe olvidarse que cuando llega un caso al sistema interamericano de protección de derechos fundamentales y el Estado es condenado, es porque ha fallado una instancia jurisdiccional del sistema nacional, ya que para acceder al sistema interamericano deben haberse agotado previamente las instancias jurisdiccionales internas, así ocurrió

²² Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N°. 154, párrafo 123.

con los casos chilenos “La última tentación de Cristo”²³, “caso Palamara”²⁴, caso “Claude Reyes vs. Chile”²⁵ y caso “Almonacid y otros vs. Chile”²⁶.

3. Consideraciones finales

El análisis efectuado nos permite sostener que las obligaciones generales contenidas en el artículo 1.1. y 2 de la CADH, como asimismo las obligaciones contenidas en el artículo 2º del PIDESC, denominadas obligaciones erga omnes, como asimismo, las obligaciones específicas respecto de cada uno de los derechos asegurados por dichos pactos o convenciones internacionales, son aquellas que los correspondientes órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales establecidos por las respectivas convenciones tienen el deber de examinar al conocer de un caso específico que se les presente por el procedimiento respectivo. Las violaciones de estas obligaciones generales y específicas por alguno de los órganos o agentes del Estado, son atribuibles al Estado como sujeto internacional, configurando un hecho ilícito internacional, el cual genera la responsabilidad internacional respectiva, con el agravante de constituir violaciones de derechos humanos.

Es conveniente dejar establecido que la CIDH ha establecido que no existe jerarquía entre los derechos específicos protegidos en la CADH, lo que no permite afirmar la existencia de un núcleo de derechos más importante que otros de aquellos asegurados convencionalmente, “no hay jerarquía de derechos en la Convención”²⁷, sino solo hay algunos que son mas protegidos que otros durante los estados de excepción constitucional.

²³ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N°. 73. El caso llega a la CIDH después de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

²⁴ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N°. 135. El caso llega a la CIDH después de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas y Juzgado Naval de Magallanes.

²⁵ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N°. 151. La CIDH conoce de la materia después de pronunciamientos de sentencias en Recurso de Protección de la Corte de Apelaciones de Santiago y de sentencia en recurso de Queja de la Corte Suprema de Justicia.

²⁶ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N°. 154. La CIDH se pronuncia después de sentencias de la Corte Marcial y de la Corte Suprema de Justicia.

²⁷ Corte IDH, “caso Villagrán Morales y otros (caso ‘niños de la calle’) vs. Guatemala”, Sentencia de 26 de mayo de 2001.

En definitiva, cuando un Estado ha manifestado su consentimiento en aceptar la competencia de órganos internacionales de protección de derechos humanos admite que la determinación de la infracción del Pacto o Convención Internacional determinado por dichos órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, según sea el caso, genera la responsabilidad internacional del Estado, con todas sus consecuencias jurídicas y políticas. En el caso de la CADH, debemos tener presente que su artículo 68,1, precisa que “los Estados partes han asumido el compromiso de cumplir las decisiones de la Corte, en todo caso en que sean partes; de allí que las sentencias de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento”.

II. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE *CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*, SU CONTENIDO Y LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS QUE DETERMINA PARA LOS JUECES NACIONALES

En el presente acápite analizaremos el control de convencionalidad determinando su sentido y alcance, como asimismo su concreción en cuanto control concentrado que ejerce la CIDH en el plano internacional y el control difuso de convencionalidad que deben ejercer las jurisdicciones domésticas o nacionales.

Es necesario precisar inicialmente que el *control de convencionalidad concentrado* constituye un mecanismo que utiliza la CIDH, ya sea en sede contenciosa o consultiva, a través del cual determina la compatibilidad o incompatibilidad del derecho interno o los actos de agentes de un Estado Parte, a través de una sentencia judicial, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado Parte, como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de derecho interno y prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los tratados o convenciones complementarios del sistema, para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos por las personas sujetas a la jurisdicción de dicho Estado Parte.

El control de convencionalidad en sede internacional de la CIDH implica una subordinación de todo el ordenamiento jurídico al respeto y garantía de los derechos humanos asegurados convencionalmente, lo que tiene como fundamento que los derechos esenciales de la persona son parte del bien común regional que es superior al bien común nacional, desde la perspectiva de la estimativa jurídica, lo que obliga en la dimensión norma-

tiva del derecho a preferir los estándares mínimos de los derechos asegurados por la Convención a niveles inferiores de aseguramiento de atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho interno, incluido el texto constitucional. Este es el compromiso asumido por los estados al ratificar la CADH y al aceptar la jurisdicción vinculante de la Corte Interamericana.

Como bien señala Sagüés, el *“Estado que no esté dispuesto a pagar ese precio para sumarse al proceso integrativo en el ámbito de los derechos humanos, le quedará la salida honrosa (si decide afrontar el costo jurídico y político que ella también tiene) de denunciar al Pacto de San José de Costa Rica, e irse de él según el trámite de retiro. Lo que no parece honroso es ratificar el Pacto y después argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución”*²⁸.

En la historia de la jurisdicción constitucional de la Corte Interamericana hay un solo Estado que ha abandonado el sistema interamericano de protección de derechos que es Barbados; hay un Estado que intentó resistir las sentencias de la Corte Interamericana, como ocurrió con Perú durante el régimen de Fujimori, sin embargo, el Estado peruano cumplió las sentencias una vez restablecido el sistema constitucional democrático, luego de la huida de Fujimori a Japón. En la actualidad, hay un Estado del sistema interamericano que se resiste a acatar las sentencias de la Corte Interamericana, como es el caso de Venezuela, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sus sentencias ha solicitado al gobierno que denuncie el sistema interamericano de protección de derechos humanos, lo que el Gobierno del Presidente Chávez, no ha hecho. El resto de los Estados que forman parte del sistema interamericano de derechos humanos acata las sentencias de la CIDH.

Cabe señalar que el control de convencionalidad *per se* no es exclusivo del sistema interamericano, este es un control jurídico y jurisdiccional que se concreta en el plano internacional o supranacional en cada caso, el que posibilita determinar el grado de cumplimiento de las obligaciones convencionales de un Estado Parte a partir de la coherencia entre la conducta del Estado y las obligaciones determinadas por la norma jurídica o tratado internacional. Este control de convencionalidad lo ejerce la Corte Europea de Derechos Humanos respecto de los estados partes de Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte de Luxemburgo respecto de los

²⁸ Sagüés, Néstor Pedro. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Revista Estudios Constitucionales año 8 N° 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, Universidad de Talca, p. 125.

estados miembros de la Unión Europea, entre otros sistemas. El examen de convencionalidad verifica la adecuación de la conducta de un Estado Parte a la norma o convención internacional respectiva.

El ejercicio del control de convencionalidad que deben practicar los jueces domésticos implica confrontar, en las materias que son de su competencia y de acuerdo a los procedimientos previstos en el orden jurídico, que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el derecho convencional internacional o supranacional en su caso. Dicho control de convencionalidad en sede de jueces nacionales implica asumir por parte de éstos, que el derecho vigente y vinculante, no es sólo el de fuente interna, sino también aquel emanado de fuente internacional el que debe ser asegurado y garantizado en la concreción de sus actos jurisdiccionales, de manera que la inobservancia de un juez de las normas convencionales o de la interpretación de las mismas hecha por el órgano encargado de su interpretación y aplicación, implica responsabilizar al Estado por dicho incumplimiento, al concretar un ilícito internacional. El control de convencionalidad constituye como señala Albanese una “garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente”²⁹, con sus fuentes internas, internacionales o supranacionales.

En el caso del sistema interamericano, el control de convencionalidad exigido a los jueces nacionales por la CIDH, implica que los jueces domésticos deben internalizar en su actividad jurisdiccional que también son jueces interamericanos en el plano nacional, debiendo siempre garantizar la CADH y sus pactos complementarios, aplicando los derechos asegurados y garantizados, impidiendo que estos sean afectados por normas jurídicas de derecho interno o conductas y actos de agentes del Estado que desconozcan los estándares mínimos determinados convencionalmente, de acuerdo a la interpretación formulada por la CIDH, como interprete final de la CADH.

Así, el control de convencionalidad es un control jurisdiccional desarrollado siempre por tribunales, ejercido en forma concentrada por la CIDH en el sistema interamericano como jurisdicción internacional vinculante para los estados partes, como por las jurisdicciones nacionales, quienes al efecto, son jueces descentralizados del sistema interamericano, además de jueces nacionales, en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, debiendo inaplicar

²⁹ Albanese, Susana. (Coord.) (2008). *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 15.

las normas de derecho interna contradictorias o que confronten la CADH, utilizando para ello los principios de progresividad y favor persona.

1. El control de convencionalidad en sede internacional

El control de convencionalidad en el plano externo al Estado, en el ámbito del derecho internacional, constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional para que éste determine cuando los estados partes, a través de sus normas u actos vulneran el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional. En el caso del sistema interamericano de protección de derechos humanos ese Tribunal es la CIDH, a la que se le ha dotado de jurisdicción vinculante cuyas decisiones irrecurribles constituyen obligaciones de resultado para los estados partes, como asimismo, para cada uno de los órganos y agentes estatales que lo integran, entre ellos sus jueces.

La CIDH ejerce control de convencionalidad cada vez que determina que un Estado del sistema interamericano, a través de uno de sus órganos (cualquiera de ellos) o un agente de un órgano estatal, por acción u omisión, por aplicación de normas jurídicas internas o por conductas contrarias a los derechos asegurados en la Convención, no cumple con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que son de carácter directo e inmediato, o no utiliza las competencias de las que está dotado para adecuar el ordenamiento jurídico a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, en relación con un atributo de uno o mas derechos específicos asegurados por la CADH. Puede sostenerse, por tanto, que desde su primera sentencia, la CIDH ha ejercido control de convencionalidad³⁰.

En la inmensa mayoría de los casos que le ha tocado analizar a la CIDH, ha determinado la inconvencionalidad de las actuaciones de los agentes del Estado, en cuanto actuaciones que han vulnerado la CADH en forma clara, habiendo sido los derechos afectados, la vida, la integridad personal, el derecho a la jurisdicción, el debido proceso, la libertad de expresión, donde no cabe prácticamente ningún margen de apreciación.

³⁰ Sobre el desarrollo del concepto de control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ver: Hitters, Juan Carlos. (2009). "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación"; en Revista Estudios Constitucionales año 7 N° 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, Universidad de Talca, pp. 109-128.

No debemos olvidar que el control jurisdiccional desarrollado por la CIDH es un control subsidiario, que se emplea cuando todos los controles jurisdiccionales nacionales han fallado y no queda otra alternativa a la persona que se han vulnerado sus derechos que ocurrir al amparo interamericano, para obtener la protección del derecho conculcado.

El control de convencionalidad en sede internacional de la CIDH, implica que las infracciones a los atributos y garantías de los derechos fundamentales cometidas por los jueces ordinarios, constitucionales o especiales (Estado Juez) tienen hoy consecuencias internacionales que hace sólo unas décadas atrás no tenían, gracias a la existencia de los mecanismos de protección internacional de derechos, entre ellos, en el ámbito regional americano, la CISH y la existencia del amparo interamericano de derechos, lo cual demuestra que, en la actualidad, los custodios jurisdiccionales nacionales están custodiados por custodios jurisdiccionales internacionales y supranacionales.

2. El control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales en cuanto Estado juez

Lo mas novedoso del concepto de control de convencionalidad explicitado por la CIDH es que dicho control también corresponde ejercerlo a los jueces y tribunales nacionales, los cuales de acuerdo al artículo 2º de la CADH deben adoptar a través “*de las medidas (...) de otro carácter*” que son, entre otras, las resoluciones jurisdiccionales, a través de las cuales debe cumplirse con el objeto de respetar y garantizar los derechos e impedir que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en virtud de sus propios actos jurisdiccionales.

El concepto de control de convencionalidad fue establecido formalmente por la CIDH, por primera vez, en forma unánime, en la sentencia “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, el 26 de septiembre de 2006, señalando que:

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

no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." (Subrayado añadido)³¹.

La obligación por parte de los jueces nacionales de concretar el control de convencionalidad fue reiterada en forma uniforme en diversos fallos de la CIDH, sin mayores variantes³², hasta llegar al caso "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú", donde la CIDH precisó en mejor forma el control de convencionalidad, señalando que:

"128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes." (Subrayado añadido)³³.

A su vez, en el *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 2008, la CIDH precisó:

"180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías³⁴. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina 'control de convencionalidad', según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de

³¹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N°. 154, párrafo 124.

³² Los casos "*La Cantuta vs. Perú*", sentencia del 29 de noviembre de 2006, considerando 173; en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", Serie C N°. 162, del 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

³³ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N°. 158., párrafo 128.

³⁴ Cfr. *Caso Castillo Petrucci y otros, supra* nota 17, párr. 207; *Caso Almonacid Arellano y otros, supra* nota 10, párr. 118, y *Caso Salvador Chiriboga, supra* nota 6, párr. 122.

normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos^{35/36}.

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010³⁷, la CIDH, introduce nuevas precisiones al control de convencionalidad que deben desarrollar las jurisdicciones nacionales:

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

Esta perspectiva se ha reiterado uniformemente hasta el presente en muchos casos por la CIDH³⁸, con el objeto de que dicha obligación de concretar el control de convencionalidad sea efectivamente desarrollado

³⁵ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 10, párr. 124, y *Caso Boyce y otros*, *supra* nota 20, párr. 113.

³⁶ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C N° 186, párrafo 180.

³⁷ Corte IDH. *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

³⁸ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C N° 186, párrafo 180; *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párrafo 339. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C N° 213, párrafo 208, nota 307; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214, párrafo. 311; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215, párrafo 234; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C N° 221, párrafo 193. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 226.

por las jurisdicciones nacionales, lo que posibilita, asimismo, descargar a la CIDH de un cúmulo de casos que perfectamente pueden ser asumidos por los jueces nacionales por aplicación de la Convención y de la interpretación de sus enunciados normativos sobre derechos que ya han sido interpretados y aplicados por la CIDH, existiendo claras líneas jurisprudenciales de ésta sobre la materia.

La obligación de aplicar el control de convencionalidad interno ya existía previamente al caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, lo que hace la CIDH en este caso es simplemente bautizar la obligación de los jueces nacionales como “*control de convencionalidad*”.

De las sentencias de la CIDH antes precisadas, pueden determinarse las obligaciones de los jueces nacionales en términos de hacer cumplir en el derecho interno el respeto y garantía de los derechos humanos convencionalmente asegurados contra toda norma interna que los contravenga, dándole a tales derechos un efecto útil.

Cuando la CIDH se refiere a los jueces nacionales, no se refiere únicamente a los jueces ordinarios que integran el Poder Judicial, como queda clarificado en la sentencia *del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, donde se refiere a “*todos sus órganos*”, refiriéndose al Estado Parte que ha ratificado la Convención Americana, “*incluidos sus jueces*”, deben velar por el efecto útil del Pacto, como asimismo que “*los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*” están *obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”*, es claro, entonces que todo órgano que ejerza jurisdicción dentro del Estado, lo que incluye obviamente a los Tribunales Constitucionales, a los órganos que ejerzan jurisdicción electoral, y a todo juez especial que determina el ordenamiento jurídico nacional, además de los jueces ordinarios de todas las instancias, deben ejercer el control de convencionalidad contra normas internas que afecten o vulneren los derechos convencionales. Tales jueces deben asegurar el objeto y fin de la Convención y el respeto y garantía específico de los derechos asegurados convencionalmente. Todos y cada uno de los jueces domésticos debe realizar el control de convencionalidad, integrando en el sistema de toma de decisiones jurisdiccionales los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los convenios complementarios, dando un efecto útil al deber de garantizar tales derechos.

En este velar por el respeto de los estándares mínimos determinados convencionalmente respecto de los atributos y garantías de los derechos,

los jueces deben aplicar siempre el *principio de progresividad y favor persona*³⁹ que se encuentran en las normas de interpretación de derechos contenidas en el artículo 29 literal b) de la CADH⁴⁰, como asimismo, en el artículo 5° del PIDCP⁴¹, entre otros tratados de derechos humanos.

Por otra parte, a partir de la última década del siglo pasado y los primeros años de la nueva centuria, las Constituciones han empezado a positivar en los textos constitucionales los postulados de interpretación básicos en materia de derechos humanos⁴², como son la *interpretación conforme con el*

³⁹ Ver entre otros, Pinto Mónica, (1997), “El principio Pro Homine”, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editorial Del Puerto. Bidart Campos, G., (2001), “Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine”, publicado en Bidart Campos, G. y Gil Domínguez, A., (coords.). AAVV, *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*. Buenos Aires, Editorial Ediar. Amaya Villareal, Álvaro Francisco. (2005). “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado” en *Revista Colombiana de Derecho Internacional* N° 5, junio, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. pp. 337-380.

⁴⁰ Art. 29 Literal b) CADH, prescribe que ninguna disposición de mismo puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados”.

⁴¹ Art 5° PIDCP: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

⁴² La *Constitución de Bolivia de 2009*, en su artículo 13.IV. determina que “los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. La *Constitución de Colombia en su artículo 93* determina: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. La *Constitución Ecuatoriana de 2008*, en su artículo 417 prescribe que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. La *reforma constitucional de México de 2011 en el artículo 1°, incisos 2° y 3° de la Constitución*, precisa: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán

derecho internacional de los derechos humanos, el principio de progresividad, el principio pro homine o favor persona, entre otras reglas de interpretación de derechos, lo que otorga directrices precisas y seguras de interpretación a los jueces nacionales sobre la materia, aún cuando ellas operan como elementos básicos de toda interpretación de derechos fundamentales aún cuando no se encuentren positivadas en el texto constitucional respectivo, por la necesaria aplicación del artículo 29 de la CADH, que en todos los estados partes integra el derecho interno y es de preferente aplicación frente a las fuentes formales generadas internamente.

El control de convencionalidad deben concretarlo cada uno y todos los jueces cuando lo soliciten las partes, pero si ellas no lo demandan constituye un deber del juez aplicar el *control de convencionalidad "ex officio"*, como se explicita en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, manteniéndose uniformemente dicha línea jurisprudencial hasta la actualidad. La CIDH entiende que los jueces nacionales conocen y deben aplicar el derecho convencional, *iura novit curia*⁴³, por ser no solo derecho internacional ratificado y vigente, de aplicación preferente, sino también derecho interno. Por tanto, cada vez que un juez dentro de sus competencias y de acuerdo a los procedimientos establecidos deja de aplicar el dere-

de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley". La Constitución de República Dominicana de 2010, en su artículo 74, numeral 3°, determina: "Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido mas favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución". La Constitución del Perú de 1993, en su disposición cuarta transitoria dispone: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú." La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 23, determina: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público."

⁴³ El juez dispone de la facultad y el deber de aplicar las disposiciones convencionales en el litigio, aún cuando las partes no las invoquen.

cho convencional que asegura los derechos fundamentales está generando un acto írrito que carece de valor jurídico, siendo un acto contrario a derecho, un acto que vulnera derechos humanos y genera responsabilidad internacional del Estado, en cuanto el juez es un agente del mismo Estado, es el Estado Juez, si ello no se corrige en el derecho interno, antes de llegar al sistema interamericano.

En esta tarea de control de convencionalidad, los jueces no solo deben tener en consideración la norma jurídica positiva que se encuentra en el tratado, sino también la interpretación auténtica que ha establecido la CIDH, en el ámbito de su competencia de interpretación y aplicación de la convención, en cuanto interprete último de los derechos asegurados y garantizados en la Convención, según lo dispuesto en ella misma, como lo determina la CIDH desde el *caso Almonacid Arellano vs. Chile*. La CIDH entiende que su jurisprudencia debe servir de base para la aplicación de la CADH, así lo establece claramente en diversas otras sentencias, entre ellas, “*Boyce y otros vs. Barbados*”, cuando determina que los jueces deben “(...) tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención”⁴⁴. Así, la interpretación formulada por la CIDH debe entenderse incorporada a la norma interpretada mientras ella no cambie de posición, de la misma manera como se entiende operativa la interpretación de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional respecto de la norma constitucional interpretada, en aquellos casos en que dicha interpretación es vinculante.

No podemos sino concordar con Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado en la sentencia de la CIDH en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* cuando afirma que “la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere ‘eficacia directa’ en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como ‘parte material’. Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce ‘efectos expansivos’ de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia”⁴⁵.

El control de convencionalidad implica que todos los jueces de los estados partes de la Convención en cuanto expresión del Estado juez se en-

⁴⁴ Corte IDH: Caso “Boyce y otros vs. Barbados”, párrafo 78; “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 124.

⁴⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, en voto razonado en *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 79.

cuentran vinculados por ésta, como asimismo por la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos del mencionado instrumento. Ello implica que los estados partes del sistema deben asumir, mas allá del Estado específico directamente obligado por la respectiva sentencia de acuerdo al artículo 68 numeral 1 de la CADH, la “*ratio decidendi*” o “*holding*” de la sentencia, en cuanto interpretación fidedigna y auténtica de la Convención emanada de su intérprete final, lo que constituye un aporte jurisprudencial de la CIDH al desarrollo del sistema interamericano, lo que algunos autores han llamado “interpretación mutativa por adición”⁴⁶. Para facilitar la eficacia general *con efectos de norma interpretada, que tienen los fallos de la CIDH*, la CADH, en su artículo 69, establece que, el fallo, además de notificarse al Estado parte objeto de la controversia, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”, con el objeto de que tengan un conocimiento acabado del bloque convencional interpretado por la CIDH, como intérprete final del *corpus juris* interamericano.

En este plano, es necesario precisar que, el control de convencionalidad que exige la Corte Interamericana que realicen los tribunales domésticos, es el que *debe ejercer todo juez de un Estado Parte aplicando como estándar mínimo los derechos y garantías contenidos en los derechos asegurados por la CADH*, lo que constituye un *control diferente y distinto del control de constitucionalidad*.

Concordamos con Lucchetti, cuando éste destaca la labor del juez en la protección y garantía de los derechos convencionales, ejerciendo de oficio el control judicial de convencionalidad, “*y para cumplir con este mandato el juez del Estado parte debe agudizar al máximo su imaginación con el propósito de encontrar el o los caminos a tales fines, tomando como punto de partida la interpretación ya dada a esos derechos y garantías por la Corte Interamericana y, de más está decir, que la interpretación de los jueces de un Estado parte debe estar en estricta consonancia con lo prescrito en el artículo 29 de la Convención Americana*”⁴⁷.

En el control de convencionalidad interno se concreta una especie de comunicación interjurisdiccional entre la CIDH y los tribunales naciona-

⁴⁶ Thury Cornejo, Valentín. (2011). La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana. Documento inédito presentado a las Jornadas Argentino. Chileno, Peruano, Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional. Montevideo, Uruguay, octubre de 2011, p. 4.

⁴⁷ Lucchetti, Alberto. (2008). “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”; en Albanese, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 142.

les de todo orden⁴⁸, una interacción que tiene un carácter mas bien vertical por la posición de control final que desarrolla la CIDH respecto de la aplicación de los derechos efectuado por las jurisdicciones domésticas. La CIDH busca que los tribunales domésticos implementen la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de la CIDH, con escaso margen de apreciación para los tribunales nacionales. Se trata de una comunicación interjurisdiccional de sentido único, de la CIDH a los tribunales domésticos, donde hasta ahora hay poca recepción de aportes locales de parte de la CIDH. El uso que la CIDH hace de la jurisprudencia de los tribunales domésticos en sus sentencias es la de destacar los fallos nacionales que cumplen con los estándares definidos por ella, como se explicita por la CIDH en el caso “*Gelman vs. Uruguay*”, respecto de los fallos de la Corte Suprema del Uruguay respecto de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado⁴⁹. A su vez, puede señalarse que la línea jurisprudencial de la CIDH junto con resolver los casos concretos de violación de derechos humanos ha contribuido a que los estados innoven el ordenamiento jurídico retirando normativas inconventionales, como asimismo posibilitando mejorar, como señala Abramovich, “*las condiciones estructurales que garantizan la efectividad de los derechos a nivel nacional*”⁵⁰.

El desarrollo de este control de convencionalidad interno exige un esfuerzo de capacitación en el adecuado conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana por los jueces nacionales de todos los niveles, jerarquía y materia, como asimismo un cierto manejo de la dinámica de la jurisprudencia convencional.

⁴⁸ Ver voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia de la CIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párrafo 7°; ver también, García-Sayán, Diego. (2005), “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 323-384.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párrafo 232.

⁵⁰ Abramovich, Víctor. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: el nuevo enfoque y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*”. Vol. 6 N° 11, p. 10 www.revistasur.org http://www.surjournal.org/esp/contenidos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_01.htm

2.1. Diferencias entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad

En efecto, el control de convencionalidad tiene como parámetro de control la CADH y los instrumentos complementarios del mismo, como determina el artículo 29 de la Convención, para estos efectos, el derecho interno es un mero hecho que se conforma o no a la CADH para efectos de este control. Sin embargo, las sentencias que se consideran en este análisis, como señala Sagüés, con quién concordamos, “*se expresan en términos más generales, y refieren a la hipótesis de que un Estado haya ratificado ‘un tratado como la Convención’. La doctrina se aplicaría así en relación a cualquier tratado; el Pacto de San José de Costa Rica sería solamente una muestra o ejemplo de material normativo controlante*”⁵¹, en tal perspectiva, pueden formar parte del parámetro de control de convencionalidad, a manera ejemplar, la Convención sobre Derechos del Niño, el Convenio 169 de la OIT, u otros instrumentos internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos.

Sobre el uso de otros instrumentos convencionales internacionales sobre derechos fundamentales la CIDH ya manifestó su perspectiva favorable en la Opinión Consultiva 1/82, utilizando como regla el principio pro homine o *favor persona*, con sede en el art. 29, literal b) de la CADH, sosteniendo al respecto:

“La función que el art. 64 de la Convención atribuye a la Corte forma parte del sistema de protección establecido por dicho instrumento internacional. Por consiguiente, este tribunal interpreta que excluir, a priori, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a estados americanos, en materias concernientes a derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas en el artículo 29.b)”⁵².

A su vez, la CIDH, en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”⁵³, la Corte IDH estableció que:

⁵¹ Sagüés, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales, en *La Ley*, Buenos Aires, Jueves 19 de febrero de 2009, p. 2.

⁵² CIDH, Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, “otros tratados, objeto de la función consultiva de la Corte”, Serie A N° 1, párrafo 42.

⁵³ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999*. Serie A N°. 16.

“El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”⁵⁴.

Más recientemente, la CIDH ha sostenido en el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, que el objeto de su mandato —dice el propio Tribunal Interamericano en un fallo reciente— “es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia”⁵⁵ y, por consiguiente, la interpretación de dichos tratados. El parámetro del “control difuso de convencionalidad” comprende la Convención Americana, junto a los “Protocolos” adicionales a ella, como asimismo otros instrumentos internacionales que se han integrado al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la CIDH.

De esta forma, como señala Ferrer Mac-Gregor, “se forma de esta manera un auténtico ‘bloque de convencionalidad’ como parámetro para ejercer el ‘control difuso de convencionalidad’”⁵⁶ por parte de los jueces nacionales.

El control de constitucionalidad es un control diferente al de convencionalidad, éste tiene como parámetro el texto de la respectiva Carta Fundamental, sin perjuicio de que ciertas constituciones contemplen, como parte de su contenido, los atributos y garantías de los derechos asegurados por los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, como ocurre con el artículo 5° inciso 2° de la Constitución chilena, los cuales son considerados expresamente por dicho enunciado constitucional como limitaciones al ejercicio de la soberanía; o que, en otros casos, las constituciones incorporen a los tratados y convenciones de derechos humanos en cuanto tales con jerarquía constitucional, como ocurre entre muchos otros, a manera ejemplar, con las constituciones de Argentina, de

⁵⁴ OC-16/99, párrafo 115.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C N°. 217, párrafo 199.

⁵⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Voto concurrente en la sentencia de la CIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N°. 220, párrafo 50°.

Brasil, de México. En estos casos el control de constitucionalidad que realiza la jurisdicción constitucional respectiva, concentrada o difusa, a través de acciones o excepciones, de control abstracto o concreto, en su caso, debe integrar en el parámetro de control de constitucionalidad el *bloque constitucional*, el cual incluye ya no sólo los atributos y garantías de los derechos asegurados en el texto formal de la Constitución, sino los atributos y garantías que enriquecen tales derechos y que se encuentran contenidos en la fuente convencional de derecho internacional o los atributos y garantías que integran derechos no asegurados por la fuente constitucional, *derechos nuevos* que se asumen por la vía convencional o de *derechos implícitos* que se deducen de principios y valores expresamente contenidos en la Constitución.

En esta perspectiva, la jurisdicción constitucional debe concretar simultáneamente control de constitucionalidad y control de convencionalidad, asumiendo de que una norma interna puede ser conforme a la Constitución pero contraria a la CADH, por vulneración de los estándares mínimos de atributos y garantías de los derechos asegurados por esta última. A su vez, el control de convencionalidad es parte del control de constitucionalidad si los atributos y garantías de los derechos asegurados convencionalmente son parte del bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales.

Como sostiene el distinguido jurista brasileiro y ex Presidente de la CIDH, y actual juez de la Corte Internacional de Justicia, Antônio Augusto Cançado Trindade, al analizar el “control de convencionalidad” en su voto razonado con motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*⁵⁷: “los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana”.

Así los jueces domésticos ordinarios, especiales y constitucionales deben ejercer control de convencionalidad. En algunos países de América Latina, el control de constitucionalidad y de convencionalidad puede ejercerse por todos los jueces cuando estos establecen en sus ordenamientos jurídicos un control difuso de constitucionalidad. En otros países, el control de constitucionalidad sólo puede ser ejercido en forma concentrada ya sea

⁵⁷ Párrafo 3° del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

por una Corte Suprema, como ocurre por ejemplo en Uruguay; por una Sala Constitucional de ella, como ocurre por ejemplo, en Costa Rica, Paraguay o Venezuela; o sólo por una Corte o Tribunal Constitucional, como es el caso de Chile, tanto en control concreto reparador y como abstracto preventivo y reparador de constitucionalidad de preceptos legales.

Cualquiera que sea el órgano judicial que desarrolle control de convencionalidad éste puede concretarse por el tribunal en cualquier momento antes de dictar la sentencia, lo que requiere que si lo ejerce “ex officio” lo notifique a las partes, para que estas puedan argumentar sobre la materia, como elemento indispensable y básico del derecho a un debido proceso.

2.2. Los efectos del control de convencionalidad aplicado por el juez nacional

El control de convencionalidad que deben aplicar los jueces nacionales es una consecuencia necesaria de la aplicación de los principios de derecho internacional general y de derechos humanos, como una concreción de la regla de derecho consuetudinario que determina que el derecho interno no constituye una excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales, la que se encuentra positivada la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969, en los artículos 26 y 31.1 que determinan el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, como asimismo, el artículo 27 que determina que un Estado no puede oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Ello implica necesariamente ajustar el derecho interno para hacerlo compatible con las obligaciones internacionales. La función de los órganos judiciales en este plano es hacer sus mejores esfuerzos para otorgar efecto útil a las normas internacionales, mas aún cuando ellas constituyen derechos que emanan de la dignidad humana, los cuales debe ser efectivizados por el Estado juez a través de la adopción de las resoluciones jurisdiccionales conforme a las obligaciones generales establecidas por los artículos 1.1 y 2 de la CADH, como asimismo a través de una interpretación *favor persona* posibilitar el goce mas amplio de los derechos de acuerdo con el artículo 29 de la misma Convención, evitando así incurrir en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos a través de eventuales conductas omisivas.

Si en el control de convencionalidad se determina que una norma jurídica interna (ley, reglamento, decreto, resolución) es “inconvenional” se genera siempre el deber jurídico del juez ordinario o especial de inaplicar la norma jurídica interna que colisiona con los atributos o garantías del de-

recho asegurado por la CADH, constituyendo una situación análoga a la de un control de constitucionalidad concreto que solo inaplica la norma contraria en este caso a la norma convencional, sin que ello signifique anular, derogar o expulsar la norma jurídica interna del ordenamiento jurídico, ya que eventualmente podría tener efectos jurídicos en hipótesis de aplicación distintas que no entraran en conflicto con los derechos asegurados convencionalmente. La inaplicación de la norma legal o reglamentaria por el Estado juez en este caso constituye una derivación de la aplicación preferente de los derechos asegurados convencionalmente en sus estándares mínimos respecto de las normas internas que los irrespetan, aplicando los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptando las medidas necesarias para dar eficacia interna a los derechos asegurados convencionalmente y eliminar las prácticas contrarias a ellos, de acuerdo con el artículo 2º de la CADH.

Uno de los riesgos correctamente advertidos por Londoño del control de convencionalidad que deben efectuar todos los jueces nacionales, es la fragmentación jurisprudencial⁵⁸ en la interpretación local de la convención y sus pactos complementarios, debiendo los tribunales locales aplicar los estándares internacionales ya determinados por la jurisprudencia de la CIDH, como en el caso de la inexistencia de tales estándares, ellos deben extraídos desarrollarse a través de una interpretación razonable y adecuada de los textos convencionales, lo que podrá ser corregido en sede internacional por la CIDH, si ellos no son los adecuados.

El control de convencionalidad deposita en sede jurisdiccional nacional un voto de confianza en que los jueces locales interpretarán y aplicarán el derecho de los derechos humanos contribuyendo a generar *un derecho público común básico de nivel regional interamericano*, reforzando el Estado constitucional democrático en la región, una mejor protección de los derechos fundamentales de las personas, un derecho público regional mas integrado al menos en los estándares mínimos de respeto de derechos humanos y jueces mas legitimados y empoderados de su función de aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales.

Si el órgano que realiza el control de convencionalidad tiene, además la competencia de ejercer jurisdicción constitucional con competencia anu-

⁵⁸ Londoño Lázaro, María Carmelina. (2010). El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 128. México D.F., UNAM, pp. 761-814.

latoria o derogatoria de normas contrarias a la Constitución, si es que el parámetro de control de constitucionalidad integra los derechos convencionales, dicho órgano jurisdiccional debería expulsar la norma interna contraria a tales derechos que tenga un carácter inconvencional en todas las hipótesis de aplicación posibles, si ello se analiza en el contexto de un control de constitucionalidad abstracto reparador o preventivo, en su caso. Si el órgano jurisdiccional interno sólo dispone de competencia de control concreto con efectos inter partes sólo inaplicará la norma interna contraria a los derechos asegurados.

En el supuesto de una tensión entre aseguramiento mayor de derechos humanos por parte de la Convención en relación al aseguramiento en el texto formal de la Constitución respectiva, si el Estado debe cumplir con las obligaciones convencionales y no puede alegar su Constitución para incumplir el deber de garantizar los derechos en los estándares mínimos convencionales determinados por la CIDH, sin poder oponer, de acuerdo al art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, obstáculos de derecho interno, al cumplimiento de las obligaciones internacionales, ello obliga al Estado juez a la aplicación de una interpretación de los derechos "*favor persona*", aplicando preferentemente el estándar fijado en la norma de derechos humanos convencional, única opción que posibilita no vulnerar derechos humanos ni incurrir en responsabilidad internacional por violación de ellos, lo que implica reconocer que, en la práctica, los derechos asegurados convencionalmente deben interpretarse y aplicarse teniendo en consideración aquellos atributos y garantías que se encuentran asegurados en la CADH como estándar mínimo, lo que genera la obligación jurídica de aplicar siempre la norma interna o internacional que mejor proteja los derechos o aquella que los limite menos, asegurando que nunca se aplicará un nivel inferior al estándar mínimo exigido al Estado Parte de respeto y garantía de los derechos humanos por la CADH.

A su vez, si hay una norma constitucional que vulnera la CADH y así ha sido determinado jurisdiccionalmente por la CIDH, al Estado no le queda otra alternativa que ejercer su potestad constituyente, en virtud de la obligación estatuida por el artículo 2º de la CADH, con el objeto de modificar el texto constitucional contrario al estándar mínimo de protección de derechos humanos, para asegurar y garantizar adecuadamente los derechos al menos con dicho estándar mínimo, de lo contrario, se genera un *estado de cosas "inconvencional"* o un *ilícito internacional continuado* latente, como asimismo una inseguridad jurídica que vulnera el deber de respeto y garantía de los derechos esenciales o fundamentales, mientras no sea eliminada la

norma constitucional lesiva para ellos, como ocurrió en el caso “*La última tentación de Cristo*”, con el artículo 19 N° 12, inciso final de la Constitución.

La perspectiva reseñada en el párrafo anterior implica un reconocimiento concreto que los derechos esenciales o convencionales de la persona afirmados por la CADH se encuentran por sobre *todo el derecho interno*, incluido en tal afirmación el texto Constitucional, cuando este posee estándares inferiores de protección de derechos que los asegurados por la CADH. En otras palabras, significa reconocer que los atributos y garantías de los derechos asegurados convencionalmente constituyen un estándar mínimo de protección de los derechos que conforman un germen de un *orden público común interamericano*⁵⁹, que ningún Estado Parte puede vulnerar.

Ello no es más que una concreción de la limitación del ejercicio de la soberanía estatal cuando esta afecta atributos y garantías que forman parte de los derechos esenciales o humanos que, en la Constitución chilena está expresamente contenido en el artículo 5° inciso 2° de ella. En otras constituciones es una consecuencia de la incorporación y uso del *principio pro homine o favor persona*, expresamente contenido en los textos constitucionales, como ejemplo en los casos de Ecuador⁶⁰, México⁶¹, República Dominicana⁶².

A su vez, en otros casos, serán los propios tribunales supremos de cada Estado los que aplicarán la regla *pro homine o favor persona* como pauta bá-

⁵⁹ Mas bien, debiéramos decir, más concretamente, *latinoamericano*, ya que ni Canadá, ni Estados Unidos de Norteamérica forman parte del sistema, lo que por otra parte, lo hace más homogéneo desde una perspectiva cultural.

⁶⁰ La Constitución Ecuatoriana de 2008, en su artículo 417 prescribe que “*en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución*”.

⁶¹ La reforma constitucional de México de 2011 en el artículo 1°, incisos 2° y 3° de la Constitución, precisa: “*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.*”

⁶² La Constitución de República Dominicana de 2010, en su artículo 74, numeral 3°, determina: “*Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución*”.

sica de interpretación de derechos, como derivación obligatoria del art. 29 b) de la CADH, pudiendo reseñarse sobre la materia algunos ejemplos jurisprudenciales que aplican correctamente tal perspectiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, ha aplicado el principio *pro homine* o *favor persona* no solo para interpretar en la forma más favorable a la persona los derechos asegurados por la Constitución y los tratados internacionales, sino también entre estos últimos, como ocurre en la sentencia Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros, 11.8.2009 – Fallos: 332:1835⁶³. Como asimismo ha concretado el control de convencionalidad, siendo doctrina de la Corte Suprema que garantizar los derechos humanos “implica para el estado el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de aquellos, lo que comprende el ejercicio del ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, haciendo cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo de sus derechos constitucionales que sufra un menor en esta situación, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio” (CS, García Méndez, Emilio, 02/12/2008 – Fallos:331:2691)⁶⁴.

La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en muchas oportunidades aplicando el principio *pro homine* o *favor persona*⁶⁵, aquí citaremos sólo una de las últimas sentencias en la materia:

“En lo relativo a este punto, el principio de interpretación *pro homine* impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Este principio está contemplado en los artículos 1º y 2º Superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en

⁶³ Citado por Sabsay, Daniel Alberto. (2010) *Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Derecho Constitucional, Parte Dogmática*. Tomo I, volumen 1, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 19.

⁶⁴ Citado por Sabsay, Daniel Alberto. (2010) *Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Derecho Constitucional, Parte Dogmática*. Tomo I, volumen 1, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 19.

⁶⁵ Sentencias Corte Constitucional: C-551 de 2003; C-817 de 2004; C-1056 de 2004; C-148 de 2005; C-187 de 2006; T-284 de 2006; T-945/06; C-376/10; T-105/11; T-110/11; T-233/11; C-185/11. Asimismo, Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, Proceso N° 35644 Magistrado Ponente JAVIER ZAPATA ORTIZ Bogotá D.C., veinte de enero de dos mil once.

la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”⁶⁶.

La *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica*, en sentencia de 14 de mayo de 2004, reitera su jurisprudencia mantenida desde 1992, que los derechos contenidos en el derecho convencional internacional de derechos humanos forman parte de los derechos fundamentales de Costa Rica y prevalecen o se aplican preferentemente sobre la Constitución si ellos aseguran mayores atributos o garantías de los derechos que el texto constitucional:

“Aunque no es esta la sentencia para extenderse en este aspecto, sí resulta necesario tomar en cuenta las resoluciones número 63, de treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y cinco; número 1993 de doce de mayo de mil novecientos setenta y seis, número 2076 de trece de mayo de mil novecientos setenta y siete, y número 1984/47 de veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, que adoptaron las ‘Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos’, las cuales son aplicables en nuestro país a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, porque a través de esta previsión se han elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a rango constitucional, debiéndoseles tener no solamente como criterios de interpretación de la Constitución, sino que en la medida en que aquellos sean más favorables priman por sobre ella (ver en tal sentido sentencias número 0709-91, 2313-95 y 1032-96).”⁶⁷.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa, en sentencia de 2008, reitera su línea jurisprudencial sobre la materia:

“Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, plenamente exigibles por parte de los particulares a las autoridades públicas, a tal grado que si reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad que la norma prevista en la Constitución Política, priman por sobre ésta”⁶⁸.

El Tribunal Constitucional chileno ha asumido el principio *pro homine* o favor persona, en la sentencia rol N° 740-07, de 2008:

⁶⁶ Sentencia Corte Constitucional Colombia, T-129/11, parte del considerando 7°.

⁶⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Exp.: 03-005198-0007-CO, Res: 2004-05165, de las diez horas con cincuenta y tres minutos del catorce de mayo del dos mil cuatro.

⁶⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Exp: 08-012101-0007-CO, a las trece horas y treinta y cuatro minutos del diecinueve de diciembre del dos mil ocho.

“Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del nasciturus, obliga al juez constitucional a aplicar el principio ‘favor persona’ o ‘pro homine’ en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al ‘servicio de la persona humana’ y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud.”⁶⁹

Esta perspectiva ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional chileno en la sentencia 1361-09, su sentencia sobre la LEGE de 2009, donde se asume el postulado con el alcance precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con cita explícita a ella:

“Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: ‘En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);’ (Rol 740);”⁷⁰

La Corte Suprema de El Salvador, ya en sentencia emitida en abril de 2004, ha precisado el abandono del principio de jerarquía entre normas constitucionales y tratados de derechos humanos, determinando que *el principio de aplicación en la materia no es la jerarquía sino la norma que mejor protege los derechos de las personas*, el principio favor persona:

[...] corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelven nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 740-07, de dieciocho de abril de dos mil ocho, considerando 69°.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73°.

constitucional, es el trazo que mas distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional”.

“En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el [derecho internacional de los derechos humanos], en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional de los derechos humanos”⁷¹.

Una sentencia del *Tribunal Constitucional peruano*, sobre la materia en análisis, es el fallo en el expediente N° 1417-2005-AA/TC, en el cual se determina:

“la noción de ‘sustento constitucional directo’ (...) no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la norma fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55 de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control de constitucionalidad o ‘bloque de constitucionalidad’”⁷².

Por último, en este sobrevuelo sobre la jurisprudencia de cortes supremas y tribunales constitucionales latinoamericanos que hemos desarrollado en orden alfabético, debemos cerrarla con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Uruguay, para lo cual citaremos la sentencia de octubre de 2009, que explicita la doctrina de dicha Corte:

“La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

(...)

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el

⁷¹ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, “Caso Inconstitucionalidad de la ley anti maras”, Sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de fecha 1° de abril de 2004, considerando 3°. Ver texto en Revista Diálogo Jurisprudencial N° 1 julio-diciembre 2006, Ed. IIDH-KAS-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 153-163.

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, exp. N° 1417-2005-AA/TC, caso Manuel Anicama Fernández, fundamento jurídico 9°.

Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida que los derechos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Riso Ferrand. Ob. Cit. pp. 114 y 115)⁷³.

Este enfoque de los derechos supera en enfoque tradicional de la jerarquía normativa y posibilita siempre aplicar la norma que mejor protege el o los derechos en análisis o aquella que lo restringe o limita menos, en la medida que los derechos y la dignidad de la persona son los pilares fundamentales del ordenamiento constitucional en un constitucionalismo democrático contemporáneo. Esta perspectiva implica reconocer en la CADH un instrumento que forma parte del *orden público interamericano*, en la misma perspectiva que en su momento hizo la Corte europea de Derechos Humanos respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos, como "*instrumento constitucional del orden público europeo*"⁷⁴.

2.3. El aseguramiento de una interpretación conforme con la Convención por el juez convencional interno que ejerce jurisdicción constitucional

En la perspectiva asumida por el sistema interamericano y su órgano jurisdiccional, la CIDH, si una norma constitucional de un Estado Parte tiene dos o más interpretaciones posibles, unas contrarias a los derechos asegurados por la Convención y otras conforme con los derechos asegurados convencionalmente, los jueces constitucionales deberían asumir la inter-

⁷³ Sentencia de la Suprema Corte del Uruguay, N° 365, de 19 de octubre de 2009, Magistrados "Larrieux, Van Rompaey, Rubial Pino, Chediak, Gutiérrez", fundamento III.8. Ver Riso Ferrans, Martín (2010).

⁷⁴ Corte EDH, caso Loizidou c. Turquía, excepciones preliminares, 23 de marzo de 1995, párrafo 75. Ver comentario sentencia en Sudré, F. y otros. (2005). Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. París. Ed Themis, capítulo I: "un instrumento del orden público europeo".

pretación conforme con la CADH y desechar las interpretaciones contrarias a la misma, de la misma manera que deben optar por la interpretación conforme con la Constitución y desechar la interpretación contraria a la Carta Fundamental cuando analizan la constitucionalidad de una norma infraconstitucional de derecho interno. Lo antes señalado lleva a la conclusión que las normas constitucionales deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los atributos y garantías de los derechos asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con el control de convencionalidad interno se busca que los jueces nacionales actúen como jueces interamericanos y descarguen a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a resolver el inmenso trafago de asuntos sobre los cuales ya ha sentado líneas jurisprudenciales claras, que los tribunales nacionales deberían seguir. Como señala el ex juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez:

“Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría—ni lo pretende—traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira—mucho menos todavía que el órgano nacional—a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes.

Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes⁷⁵.

Constituye así un desafío mayor que los jueces nacionales asuman este control de convencionalidad, siempre dentro del ámbito de las competencias y de acuerdo a los procedimientos que determinan los ordenamientos jurídicos nacionales constituyéndose también en jueces convencionales, produciendo sus mejores esfuerzos en la interpretación de los atributos y garantías de los derechos fundamentales asegurados por fuente constitucional e internacional, armonizando dichas fuentes y aplicando los postulados de “progresividad” y “favor persona”, contribuyendo a mejorar la calidad de vida de la comunidad nacional, un mayor goce efectivo de los derechos fundamentales, en definitiva, una contribución al bien común y al desarrollo del conjunto de la sociedad, pasando a etapas mas humanas

⁷⁵ Corte IDH. “Caso Tibi Vs. Ecuador”, sentencia de 07/09/2004, voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrafos 4° y 5°.

y a una mejor calidad de Estado constitucional democrático, que siempre implica una elevación de la calidad de vida del conjunto de la sociedad.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA PRAXIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

En el ámbito nacional puede sostenerse que el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2010, sólo menciona la jurisprudencia de la CIDH en dos sentencias de 2008 (roles 986 y 1130), en una sentencia en 2009 (rol N° 1361) y en una oportunidad en 2010 (sentencia rol N° 1567).

1. Tribunal Constitucional y control de convencionalidad respecto del derecho al recurso (roles 986 y 1130)

Los dos casos considerados de 2008, puede sostenerse, sin duda alguna, que el Tribunal Constitucional no concreta el control de convencionalidad en forma adecuada, en materia del derecho al recurso contemplado en el artículo 8.2 literal h de la CADH y la respectiva interpretación de la CIDH; ni tampoco realiza el análisis en relación al artículo 14°, párrafo 5° del PIDCP y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁷⁶, existiendo en este último una abundante jurisprudencia.

1.1. El recurso de inaplicabilidad en el caso Aarón Vásquez respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal (Rol N° 986)

En el caso Aarón Vásquez, Rol N° 986, se analiza el derecho al recurso ante una sentencia penal, como parte del debido proceso⁷⁷. En este caso, un tribunal penal oral, en un primer juicio oral que había sido desfavorable para las pretensiones de la fiscalía de calificación del delito como homicidio calificado, favore la tesis sostenida por la defensa del acusado, determinando que los hechos analizados determinaban la existencia del

⁷⁶ Dictamen de 20 de junio de 2000 (caso Gómez Vásquez c. España, 701/1996); Dictamen de 30 de julio de 2003 (en caso Joseph Semey c. España); Dictamen de 7 de agosto de 2003 (en caso Sineiro Fernández c. España, 1007/2001); Dictamen de 29 de marzo de 2005 (en caso Martínez Fernández c. España).

⁷⁷ Sentencia del Tribunal constitucional, Rol N° 986-2007, de 30 de enero de 2008.

delito de homicidio simple, estableciendo una condena de 3 años; dicha sentencia fue impugnada por la fiscalía a través del recurso de nulidad, al cual se accedió, concretándose un nuevo juicio oral con otros jueces del tribunal penal oral, estableciendo el nuevo fallo una condena al acusado como autor del delito de homicidio calificado con el agravante de alevosía, aplicándosele la pena de 7 años de internación en régimen cerrado. Esta sentencia es considerada agravante por la defensa del acusado, considerando que respecto de ella le cabe el derecho fundamental a la revisión de este segundo fallo, lo que el ordenamiento legal le niega, ya que el artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal determina que frente a un segundo fallo condenatorio, no existe derecho a recurrir del mismo, aún cuando el recurso no se hubiere intentado en el primer juicio oral por el condenado. La defensa del condenado plantea la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad señalando que los efectos que genera el inciso 2° del artículo 387 del Código Procesal Penal en el caso concreto, lo priva del derecho a la revisión de la sentencia a la que tiene derecho dentro de un debido proceso, el que se encuentra asegurado, además, por la norma de reenvío del artículo 5° inciso 2° en relación con los artículos 8° párrafo 2, literal h) de la CADH. y en el art. 14, párrafo 5 del PIDCP de NU.

Puede sostenerse que los estándares mínimos del derecho al recurso en el sistema interamericano quedan claramente explicitados en la jurisprudencia de la CIDH en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, donde la CIDH determina detalladamente los requisitos que debe contemplar el derecho a la revisión de la sentencia penal para cumplir los parámetros determinados por la CADH en su art. 8.2. literal h):

- a) Para que haya una *verdadera revisión de la sentencia*, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto (Párrafo 159°).
- b) se debe entender que el *recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz* mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. (Párrafo 161°). La Corte ha establecido que “*no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces*”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (Párrafo 161°).
- c) Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, *no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo.* (Párrafo 161°).

- d) La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho (Párrafo 164°).
- e) Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, *lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida.* (Párrafo 165°).

En el caso Aarón Vásquez, se niega el derecho al recurso en virtud de que éste ha sido condenado en dos sentencias, habiendo sido anulado el primer juicio en virtud de haber ejercido recurso de nulidad el Ministerio Público, siendo condenado el afectado en el segundo juicio a una pena mayor después de ser recalificado el delito por el segundo tribunal de homicidio simple a homicidio calificado. El artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal niega al condenado en el segundo juicio el derecho al recurso cuando este ya había sido condenado en el primer juicio, sin que éste último nunca hubiere podido haber ejercido el derecho al recurso, lo que afecta en su esencia el derecho al recurso, lo que supera todo margen de apreciación que pueda dejarse al legislador nacional, como establece el párrafo 161 de la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica, lo que no es asumido por el Tribunal Constitucional que se queda con una interpretación de que Aarón Vásquez debió haber recurrido de la primera sentencia porque ella ya le había producido un agravio al condenarlo (considerando 15°), considerando que el condenado al no hacer uso del derecho al recurso contemplado en el ordenamiento jurídico, respecto de la primera sentencia, que le había causado un agravio objetivo, pese a o considerarlo así subjetivamente el condenado, no permitió al segundo tribunal ampliar su competencia específica, limitando por voluntad propia su derecho de defensa (considerando 22°), dicha perspectiva implica asumir una concepción restrictiva del derecho al recurso que es contraria a una interpretación favor persona y al principio *pro accione* que el Tribunal Constitucional ha sustentado en otras ocasiones, lo que cuestionará el voto disidente de la sentencia (Ministros Mario Fernández y Hernán Vodanovic).

Asimismo, sostiene la sentencia del Tribunal Constitucional que analizar las consideraciones de mérito que tuvo el legislador al asumir el sistema recursivo implementado por el Código Procesal Penal (considerando 16°), no es de competencia suya, lo que es efectivo, pero si es competencia determinar si la norma legal que regula el sistema recursivo cumple con el estándar mínimo exigido constitucionalmente, considerando la norma de reenvío del art. 5° inciso 2° al artículo 8°.2. literal h) de la CADH, para lo cual necesariamente debe tenerse en consideración la interpretación de ella de la CIDH, como interprete final de la Convención.

No es efectivo que si se acogiere la acción de inaplicabilidad se estaría en el caso concreto dejando sin recurso igualmente a Aarón Vásquez, ya que no es necesario declarar inaplicable todo el texto del inciso 2° del artículo 387 del CPP, sino solo aquella parte que determina la inexistencia de recurso cuando hay segundo fallo condenatorio, vale decir, sólo la primera parte del inciso 2° de la disposición considerada.

A su vez, el Tribunal Constitucional olvida en su considerando 38° que el derecho al recurso es el derecho a un *recurso ordinario eficaz* como establece la CIDH en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica en su párrafo 161°, por tanto es improcedente referirse como lo hace la sentencia del Tribunal Constitucional a los recursos de queja (545 Código Orgánico de Tribunales) y de revisión de sentencia firme (arts. 473 y ss. del CPP), ya que ellos son *recursos extraordinarios* que no cumplen el estándar mínimo de la CADH.

Además, el derecho al recurso debe ser un recurso que garantice un examen integral de la decisión recurrida, como determina la CIDH en el caso Herrera Ulloa en su párrafo 165°, tema sobre el cual el Tribunal Constitucional no desliza reflexión jurídica alguna sobre la materia.

En suma, en este caso, la sentencia del Tribunal Constitucional omite considerar el estándar mínimo exigido por el derecho al recurso contenido en el art. 8°.2. literal h) de la CADH, en la interpretación y aplicación hecha por la CIDH, omitiendo el control de convencionalidad exigido por el sistema interamericano de protección de derechos a los jueces nacionales, entre ellos a los tribunales constitucionales.

Sólo será el voto disidente de los Ministros Fernández y Vodanovic el que se hará cargo del derecho al recurso asegurado por el derecho convencional internacional de derechos humanos vinculante y exigible al Estado chileno a través del PIDCP, la CADH y la Convención sobre Derechos del Niño, (considerando 23°); que el agravio para Aarón Vásquez se produjo en la segunda sentencia condenatoria que calificó al delito como homicidio calificado y no en la primera (considerando 25°), del estándar fijado por la CIDH en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, determinando que la disposición del Código Procesal Penal privaba a Aarón Vásquez del derecho al recurso, al impedirle recurrir cuando éste se consideraba agraviado por la sentencia del segundo juicio, como asimismo, recriminará a la mayoría del tribunal por no hacerse cargo del que el derecho al recurso es *a un recurso ordinario eficaz* y no a un recurso extraordinario como es la queja disciplinaria, o como es el recurso de revisión (considerando 26°).

1.2. El caso de inaplicabilidad deducido por Carolina Gajardo Salazar respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal (rol N° 1130)

El mismo tema vuelve a ser planteado en el caso Rol N° 1130⁷⁸, repitiéndose las argumentaciones en sus aspectos centrales, el fallo en su considerando 6° repite las consideraciones ya formuladas en el fallo anteriormente analizado (Rol N° 986), sobre las consideraciones y características del proceso penal acusatorio y del sistema recursivo implementado por el legislador; se precisa que se desecha la apelación y se opta por el recurso de nulidad (considerando 12°), luego analiza las causales del recurso de nulidad, para luego examinar los requisitos de la acción de inaplicabilidad, determinado que en este caso concreto, la parte no se refiere al tercer elemento del cotejo, las características del caso concreto y los efectos inconstitucionales que producirían el mismo la aplicación del artículo 383 inciso 2°, limitándose a contrastar la norma legal con la constitucional (considerando 18°); al no señalar la parte los efectos concretos inconstitucionales que produce la aplicación de la disposición cuestionada y la forma en que se produce, no puede darse lugar al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (considerando 20°).

La disidencia de los ministros Jorge Correa y Hernán Vodanovic determina que la inaplicabilidad puede deducirse de la incompatibilidad absoluta del precepto legal con el parámetro de control de constitucionalidad, lo que lógicamente determina su inaplicabilidad al caso concreto (considerando 3°), que la pérdida de eficacia del inciso 2° del artículo 383 del CPP, se evita declarando inaplicable sólo la primera parte del inciso cuestionado (considerando 4°); por otra parte, “debe ponderarse el derecho de un imputado criminal a recurrir en contra de la sentencia que lo condena, garantía esencial de la libertad personal, misma que constituye componente indispensable para calificar a un procedimiento penal como justo y racional y para estimar asegurado el derecho a la defensa” (considerando 9°); asimismo, la privación del derecho al recurso en el caso concreto produce un efecto inconstitucional, al trasgredir el derecho constitucional a la igual protección de los derechos (considerando 12°); asimismo, no responde a los estándares fijados por el PIDCP y la CADH, además de considerar que el derecho al recurso es a un recurso ordinario, lo que no cumple el recurso de queja (considerandos 16 y 17°).

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1130-07-INA, de 7 de octubre de 2008.

Cabe explicitar que el derecho a la revisión de la sentencia penal debe cumplir cabalmente con los estándares mínimos que contempla el artículo 8º párrafo 2, literal h), de la CADH, en la interpretación y aplicación hecha por el órgano final del mismo que es la CIDH. Tal derecho a un recurso debe ser concretado por un tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto; el recurso debe posibilitar una revisión integral del fallo; dicho recurso debe ser un recurso ordinario eficaz; el acceso al mismo debe ser expedito y sin mayores complejidades; y el legislador en su regulación no puede afectar estas características que forman parte del contenido esencial del derecho. El no considerar tales estándares mínimos vulnera los deberes de respeto y garantía de los derechos fundamentales contenido en el artículo 1 y la obligación de adoptar las medidas adecuadas, dentro de la respectiva competencia del órgano jurisdiccional que exige el artículo 2º, ambos de la CADH, además de la violación específica del artículo 8.2. literal h) de la misma Convención, el que integra el parámetro de control de constitucionalidad por vía del artículo 5º inciso 2º de la Constitución, todo lo cual es parte del control de convencionalidad antes analizado que exige la CIDH a los tribunales nacionales, sean estos ordinarios, especiales o constitucionales.

2. El Tribunal Constitucional asume la regla básica de interpretación de derechos favor homine

En el año 2009, en la sentencia Rol 1361-09, el Tribunal Constitucional asume el principio *pro homine* o *favor persona*, como postulado básico de interpretación de los derechos, asumiendo que debe aplicarse aquella normativa que mejor protege los atributos y garantías de los derechos, haciendo referencia explícita a su fundamento en la sentencia de la CIDH en la Opinión Consultiva 5/85 de la CIDH⁷⁹, lo que constituye un avance significativo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.

El asumir el principio *pro homine* o *favor persona*, el Tribunal Constitucional incorpora como regla hermenéutica fundamental en materia de derechos fundamentales que ellos deben interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más se favorezca a la persona humana, lo que se extrae como elemento estructurante esencial de nuestro ordenamiento jurídico del artículo 1º de nuestra Constitución, como asimismo del artículo 29 literal b) de la CIDH. De esta manera, siempre el juez ordinario o constitucional está

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73º.

obligado a aplicar la fuente constitucional o la fuente internacional que asegure y garantice los derechos en forma más beneficiosa para el respeto del ser humano, sin que ello implique un problema de jerarquía normativa. Dicha regla interpretativa como señala Hernández Valle, “junto con el de pro *libertatis*, constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos y significa que el derecho debe interpretarse y aplicarse de la manera que mas favorezca al ser humano”⁸⁰.

3. Requerimiento de parlamentarios y otros para que se declare la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad (rol N° 567)

En esta sentencia pronunciada a requerimiento de algunos parlamentarios, autoridades locales y dirigentes sociales, se busca por parte de los requerientes la determinación de inconstitucionalidad de diversos movimientos políticos Movimiento Patria Nueva Sociedad, Instituto de Metapolítica NS, Vanguardia Nacional Chilena, Martillo del Sur, Camisas Pardas, Estandarte Hitleriano, Movimiento Nacional Socialista de los Trabajadores, Patriotas, Juventud Nacionalista Obrera, Chile Imperial y Nueva Unión, considerándolos movimientos nacistas o fascistas. Luego los requerientes modificaron el requerimiento y lo dirigieron sólo contra el Movimiento Patria Nueva Sociedad por ser un movimiento nacional socialista, pronunciándose la sentencia solamente respecto de este último movimiento político⁸¹.

El Tribunal Constitucional rechazará el requerimiento en su sentencia, considerando que no hay elementos de prueba que declarar la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad.

Dentro de los razonamientos realizados por el Tribunal Constitucional en el análisis del caso, determinándose que nuestro sistema constitucional no asume la concepción de la democracia militante, sino la de una democracia pluralista, que asegura las distintas corrientes de expresión ideológica, garantizando por tanto la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional asume la jurisprudencia de la CIDH en el considerando 35°, que considera la libertad de expresión como “un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, por lo que

⁸⁰ Hernández Valle, Rubén. (2011) “El control convencional en el ordenamiento jurídico costarricense”. En Eto Cruz, Gerardo (coord.) *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional: Liber Amicorum Néstor Pedro Sagüés*. Tomo I, Lima, Editorial Adrus, pp. 923.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 567-10 de 3 de junio de 2010.

comprende además del derecho a comunicar, el derecho a conocer opiniones, relatos y noticias; señalando que el derecho a conocer la información y opinión ajena tiene tanta importancia como el derecho a difundir la propia”, invocando a tal efecto la sentencia de la CIDH en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, en su sentencia de 22 de noviembre de 2005.

El Tribunal Constitucional determinará que conforme a la jurisprudencia de la CIDH no puede limitarse la expresión de ideas, “aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades, como lo han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie*, p. 43, y *Refah Partisi et autres c. Turquie*, p. 89) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Luego, el Tribunal Constitucional en el considerando 41° de la sentencia, refiriéndose a las normas que sancionen la apología del odio, asumiendo también los estándares de la CIDH fijados en la sentencia *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, precisa “que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal” (*Caso Castillo Petruzzi y otros*, p. 121). Agregando que la ambigüedad de la ley podría “abrir el camino” a toda suerte de arbitrariedades por parte de la autoridad, pues tal como ha razonado este Tribunal “todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados” (considerando 40°).

A su vez, el Tribunal Constitucional invoca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las restricciones que pueden imponerse al derecho de asociación, “toda restricción de la libertad de asociación supone una interpretación estricta según el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual deja a las autoridades nacionales un margen reducido de decisión. La declaración de una organización política como inconstitucional sólo podría tener lugar en los casos más graves, como *última ratio*, frente a un riesgo o amenaza real para la Constitución;” (considerando 41°).

IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y CORTES SUPREMAS DE AMÉRICA LATINA

En el *caso de Argentina*, la *Corte Suprema* tiene una línea jurisprudencial consolidada acerca del seguimiento de la jurisprudencia de la CIDH,

La Corte Suprema de la nación Argentina, en caso *Recurso de Hecho Gramajo, Marcelo, de 2006*, ha señalado con claridad que los derechos garantizados por tratados internacionales junto con el texto constitucional forman un bloque de constitucionalidad:

“Corresponde declarar que, en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (ne bis in idem) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas —de manera expresa o por derivación— en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el art. 75, inc. 22 de nuestra Ley Fundamental”⁸².

Sobre la materia destaca el caso Mazzeo, cuya sentencia en su párrafo 21 sostiene textualmente:

“21) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que ‘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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos’. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana —CIDH Serie C N— 154, caso ‘Almonacid’, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124-.”⁸³

El *Tribunal Constitucional de Bolivia*, en Sentencia 1494/2004-R de 16 de septiembre de 2004, en fundamentos jurídicos III.1, segundo párrafo, con

⁸² Sentencia de Corte Suprema de la Nación, caso Gramajo, 5 de septiembre de 2006.

⁸³ Caso “Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”, de 13 de julio de 2007. sobre la materia ver Bazán, Víctor, “El derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de derechos humanos”, en *La Ley, Suplemento Extraordinario (75 Aniversario)*, Buenos Aires, agosto de 2010, pp. 1-17. Loiano, Adelina, (2008). “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina: ‘Arancibia Clavel’, ‘Simón’, ‘Mazzeo’”, en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ediar.

anterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución de 2009, ya sostenía que los tratados de derechos humanos formaban parte de un bloque de constitucionalidad con los derechos asegurados constitucionalmente:

“Ahora bien, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, los derechos tutelables a través del amparo constitucional, son los siguientes: 1. los expresamente previstos en el catálogo de derechos señalado en el art. 7 de la CPE; 2. otros derechos que si bien no están incluidos en el art. 7 aludido, por su naturaleza y ubicación sistemática, son parte integrante de los derechos fundamentales que establece el orden constitucional boliviano (así, SSCC 338/2003-R, 1662/2003-R, 686/2004-R, entre otras); 3. los derechos contenidos en los tratados sobre derechos humanos suscritos por Bolivia; pues, como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal, ‘... forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa...’ (así, SSCC 1494/2003-R, 1662/2003-R, entre otras)”.

La sentencia de la *Corte Constitucional colombiana* ya en sentencia C-225/95, determinó que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia forman con el texto formal de la Constitución un bloque de constitucionalidad:

“el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (C.P. 93 y 214 N° 2) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C.P., artículo 4°), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C.P., artículo 93)” (Fundamento Jurídico N° 12).

La *Corte Constitucional de Colombia* en sentencia en expediente T-506.704, de 31 de enero de 2002, precisa que forman parte del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en Estados de Excepción:

“Esta Corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional —bloque de constitucionalidad estricto 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 contexto, se ha dicho que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias.

En relación con los tratados, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii)”

La *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica*, en sentencia V-282-90 del 13 de marzo de 1990 a las 17.00 hrs, determina que son parte del ordenamiento jurídico los tratados de derechos humanos, los cuales son patrón de interpretación de cualquier precepto constitucional o legal:

“En efecto, por medio de este precepto normativo se incorporan expresamente al ordenamiento interno las declaraciones de derechos de carácter supranacional; lo que vincula directamente al ordenamiento costarricense con tales declaraciones. De esta manera, los Tratados internacionales relativos a esta materia no son sólo parte del ordenamiento interno; son, además, un patrón de interpretación de cualquier precepto, constitucional o legal, relativo al Código de la Niñez y la Adolescencia”⁸⁴.

A su vez, la *Sala Constitucional* antes mencionada, en su fallo 3435 de 1992 y su aclaración N° 5759-93 determina que los tratados de derechos humanos que aseguran mayores atributos y garantías en materia de derechos que los asegurados y garantizados en la Constitución priman sobre esta última, aplicando adecuadamente el principio favor homine o favor persona:

“los instrumentos de derechos humanos, vigentes en Costa Rica, tienen no solo un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”.

La *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica*, en sentencia de 14 de mayo de 2004, vuelve a recordar que los derechos contenidos en el derecho convencional internacional de derechos humanos forman parte de los derechos fundamentales de Costa Rica y priman sobre la Constitución si ellos aseguran mayores atributos o garantías de los derechos que el texto constitucional

“SOBRE EL RANGO Y VALOR NORMATIVO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. Aunque no es esta la sentencia para extenderse en este aspecto, sí resulta necesario tomar en cuenta las resoluciones número 63, de treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y cinco; número 1993 de doce de mayo de mil novecientos setenta y seis, número 2076 de trece de mayo de mil novecientos setenta y siete, y número 1984/47 de veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, que adoptaron las ‘Reglas Mínimas para el Tratamiento de

⁸⁴ Citada por Armijo, Gilbert. “La tutela supraconstitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica”. En *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1, Talca, Chile. Ed. Universidad de Talca, 2003. p. 51.

los Reclusos', las cuales son aplicables en nuestro país a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, porque a través de esta previsión se han elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a rango constitucional, debiéndose tener no solamente como criterios de interpretación de la Constitución, sino que en la medida en que aquellos sean más favorables priman por sobre ella (ver en tal sentido sentencias número 0709-91, 2313-95 y 1032-96).⁸⁵

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en sentencia de 2008, reitera su línea jurisprudencial sobre la materia:

"Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, plenamente exigibles por parte de los particulares a las autoridades públicas, a tal grado que si reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad que la norma prevista en la Constitución Política, priman por sobre ésta. Al respecto, la Sala Constitucional, desde la sentencia N° 1147-90 de las 16:00 hrs. de 21 de septiembre de 1990, ha señalado en términos generales que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo 7° constitucional, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre éstos; lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política"⁸⁶.

El Tribunal Constitucional del Ecuador en el fallo N° 002-2002-CC de 12 de febrero de 2003, ya antes de la actual Constitución de 2008, determinaba que las normas sobre derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana formaban parte del parámetro de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, como asimismo determinaban la interpretación correcta de las disposiciones constitucionales ecuatorianas, como se señala en este caso de interpretación del artículo 187 de la Constitución vigente a la época, al respecto el Tribunal Constitucional sostuvo:

"Que tanto el artículo 187 del texto constitucional como su vigésimo séptima disposición transitoria deben ser interpretados en concordancia con la consagración de las garantías judiciales del debido proceso que contiene la misma Constitución ecuatoriana, que se han señalado en este fallo, y con las reconocidas en los instrumentos

⁸⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Exp.: 03-005198-0007-CO, Res: 2004-05165, de las diez horas con cincuenta y tres minutos del catorce de mayo del dos mil cuatro.

⁸⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Exp: 08-012101-0007-CO, a las trece horas y treinta y cuatro minutos del diecinueve de diciembre del dos mil ocho.

internacionales vigentes en materia de derechos humanos, de obligatoria aplicación para el Ecuador y, por tanto, de todos los órganos del Poder Público, incluyéndose, naturalmente, los que ejercen jurisdicción, tal como lo ordenan los artículos 17 y 18 de la Constitución”.

(...)

“Que, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de las garantías judiciales, establece que el juez o tribunal encargado de la sustanciación de cualquier acusación penal debe ser competente, independiente e imparcial, como elementos esenciales del debido proceso legal;”

“Que, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias’, agregando el Alto tribunal que, ‘cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia’, por lo que el Estado no debe crear ‘tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios’ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C Nº 52),

“Que, por lo expuesto, en virtud de los principios de imparcialidad e independencia que informan la administración de justicia, los delitos comunes, incluso los cometidos por miembros de la Fuerza Pública, deben ser juzgados por la justicia ordinaria”⁸⁷.

La *Corte Suprema de El Salvador*, en sentencia emitida en abril de 2004, ha precisado el abandono del principio de jerarquía entre normas constitucionales y tratados de derechos humanos, determinando que el principio de aplicación en la materia no es la jerarquía sino la norma que mejor proteja los derechos de las personas:

“[...] corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas mas favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelven nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la iden-

⁸⁷ Citada por Morales Tobar, Marcos. “Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia en el Ecuador”, en *Revista Ius et Praxis*, año 9 Nº 1, Talca, Chile, Ed. Universidad de Talca, 2003, pp. 104-105.

idad común entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho constitucional, es el trazo que mas distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional."

*"En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el [derecho internacional de los derechos humanos], en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional de los derechos humanos"*⁸⁸.

La *Corte Constitucional de Guatemala* ha determinado que los tratados de derechos humanos se integran al orden constitucional⁸⁹, aún cuando no pueden reformar las disposiciones constitucionales formales:

"ingresan al orden jurídico interno con carácter de norma constitucional pero sin postestad reformatoria o derogatoria" (sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente N° 280/90, considerando VIII)⁹⁰.

En otro caso, el expediente 30-2000, la Corte de Constitucionalidad consideró:

«la cuestión a despejar es la determinación del rango o jerarquía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene en relación con el Código Penal (...). Determinante para elucidar el punto analizado es la discusión sobre si la pena de muerte se extendió a delitos no previstos antes de la vigencia del Pacto de San José, en el caso del artículo 201 del Código Penal, o si por el contrario, el tipo delictivo simple, sin muerte de la víctima de secuestro o plagio, no estaba anteriormente sancionado con dicha pena (...). Que un delito (plagio más muerte de la víctima) es un delito distinto del otro (plagio simple) aunque no hubiese variado el nomen, pues en el primero se perfila la protección de un bien jurídico superior: la vida. En cambio, en el otro, el bien protegido es la libertad individual (...) en ese orden de ideas, se retoma las cuestiones depuradas anteriormente: el Estado de Derecho, el carácter vinculante del derecho internacional de los derechos humanos aceptado convencionalmente por Guatemala y la teoría del delito como indicador clave para la aplicación de la

⁸⁸ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, "Caso Inconstitucionalidad de la ley anti maras", Sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de fecha 1° de abril de 2004, considerando 3°. Ver texto en Revista Diálogo Jurisprudencial N° 1 julio-diciembre 2006, Ed. IIDH-KAS-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 153-163.

⁸⁹ Ver Gutiérrez de Colmenares, Carmen María. (2003). "Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia de Guatemala", En Revista *Ius et Praxis*, volumen 9 N° 1, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, pp. 117-156.

⁹⁰ Ver Dulitzky, Ariel. (1996). Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano, en Buergenthal, Thomas y Cançado Trindade, Antonio, *Estudios Especializados de derechos humanos*. Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, p. 158.

normativa penal... tomando en cuenta que el Derecho está sustentado en conceptos, o sea supuestos de razón más que de palabras aisladas, y teniendo presente mutatis mutandi la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de febrero de 1995 en que dijo: “las disposiciones comunitarias pueden invocarse ante el órgano judicial nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones) citada por Manuel Juan Vallejo, La Justicia Penal en la Jurisprudencia Constitucional, Dykinson, Madrid, 1999, página 108) resulta que el acto reclamando violó los derechos del postulante por inaplicación prevalente y preeminente del artículo 4 numeral 2 in fine de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, (...)”». (Expediente 30-2000, Gaceta Jurisprudencial 58).

A su vez, la corte de constitucionalidad de Guatemala en fallo de 2009, precisa que la consulta y los demás derechos regulados en el Convenio 169 de la OIT, tienen jerarquía constitucional engrosando los derechos asegurados por la constitución en sus artículos 1° al 149, por lo cual las licencias de reconocimiento, exploración y explotación mineras y las licencias de hidroeléctricas otorgadas por el Ministerio de Energía y minería sin la correspondiente consulta son arbitrarias e inconstitucionales por vulnerar el derecho constitucional de consulta y los demás derechos colectivos e individuales asegurados por la constitución política y los tratados ratificados por Guatemala en materia de derechos Humanos⁹¹.

La Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal, en sentencia de 14 de mayo de 2007, en recurso de revisión 10-2006, interpuesto por persona condenada a pena de muerte, determinó que la reforma al Código penal introducida en 1996 para extender la pena de muerte como sanción por el delito de secuestro sin resultado de muerte de la víctima es violatorio del art. 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, metiéndose también a otros artículos de dicha Convención y a Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (3/83, Restricción a la Pena de Muerte; 14/94, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención):

“Al analizar la reforma al artículo 201 del Código Penal (Decreto 81-96 del Congreso en mención), dicha figura sigue conteniendo los mismos elementos originales del plagio o secuestro, pero como consecuencia jurídica en todo caso, la pena de muerte, lo cual da sustento para afirmar que dicha reforma extendió la pena de muerte a una conducta que no contemplaba dicha sanción, lo cual viola el artículo 4.2 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, ya que dicho artículo prohíbe extender la aplicación de la pena de muerte a aquellos delitos que no tengan contemplada dicha sanción (Opinión consultiva OC-3/83, emitida el 8 de septiembre de 1983 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) da sustento para afirmar. (...) En este orden de ideas, esta Cámara estima que imponer la pena de muerte

⁹¹ Sentencia de Corte de Constitucionalidad de Guatemala, de 21 de diciembre de 2009.

cuando la víctima no fallece como producto del plagio o secuestro, tal como ocurre dentro del presente asunto, es extender dicha pena a un caso que no se encontraba contemplado en su versión original, lo cual viola el artículo 4.2 de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la cual fue ratificada por el Estado de Guatemala desde 1978 (...) aceptando Guatemala no extender la pena de muerte a casos no previstos en la ley, y si en fecha posterior se permite imponerla, generaría responsabilidad al Estado de Guatemala y a sus funcionarios (Opinión Consultiva OC-14/94, emitida el 9 de diciembre de 1994 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) al tenor del artículo 155 constitucional. Por las razones expuestas deviene palmariamente la procedencia de la acción promovida”:

El pleno de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación de México* resolvió, en la sesión pública del 12 de julio de 2011, por 7 votos contra 3, que las sentencias de la Corte Interamericana de Justicia que condenen al Estado mexicano son obligatorias para el Poder Judicial; que las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos se deben aplicar de manera directa e inmediata, haciendo efectivo el control de convencionalidad ex officio por parte de cada uno y todos los jueces del Estado mexicano, sean estos federales o locales, y que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana son orientadores para los jueces mexicanos.

El *Tribunal Constitucional peruano*, ha precisado a través de su jurisprudencia que los derechos contenidos en tratados internacionales de derechos humanos se integran al bloque de constitucionalidad, formando parte del parámetro de control de constitucionalidad, como asimismo las disposiciones constitucionales deben ser interpretadas en conformidad a tales tratados:

En tal sentido en sentencia N° 1124-2001-AA/TC, ha precisado que:

“de conformidad con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55 Const.)”⁹².

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 9°; en el mismo sentido STC N° 0217-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2°.

Una segunda sentencia del *Tribunal Constitucional peruano* aún más clara, sobre la materia en análisis, tal es el fallo en el expediente N° 1417-2005-AA/TC, en el cual se determina:

“la noción de ‘sustento constitucional directo’ (...) no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la norma fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55 de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control de constitucionalidad o ‘bloque de constitucionalidad’”⁹³.

Asimismo, el *Tribunal Constitucional del Perú*, en sentencia de julio de 2006, ha precisado que los poderes públicos deben incorporar en el contenido de los derechos constitucionales los atributos y garantías de los derechos contenidos en los tratados de derechos humanos ya que existe una identidad nuclear sustancial de protección de la dignidad de la persona humana:

“[...] La Constitución ...exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder”⁹⁴.

La Corte Suprema de la República Dominicana, ya antes de la Constitución de 2010, que reconoce explícitamente el bloque de constitucionalidad de la Constitución formal y los tratados de derechos humanos, ya en sentencias había reconocido la existencia de dicho bloque constitucional por vía jurisprudencial. Una sentencia que razona en tal sentido es la de su *Cámara Civil*, en sentencia de casación de 6 de mayo de 2009, en contra de sentencia de la Primera Sala Civil y Comercial de la Corte de Apelaciones del Distrito Nacional se pronuncia declarando inconstitucional y nula la

⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, exp. N° 1417-2005-AA/TC, caso Manuel Anicama Fernández, fundamento jurídico 9°.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, exp. N2730-2006-PA/CT – 21 de julio de 2006, caso de Arturo Castillo Chirinos, considerando 9. Ver texto completo en Revista Diálogo Jurisprudencial N° 2; Ed. IIDH-KAS-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007. Texto completo del fallo, pp. 275-307.

sentencia en atención al no reconocer la doble instancia exigida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“en virtud de lo dispuesto por el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de fecha 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Congreso Nacional por Resolución N° 739 del 25 de diciembre de 1977, ...la Suprema Corte de Justicia, pretorianamente, por su sentencia del 24 de febrero de 1999, instituyó por vez primera el procedimiento para ejercer la acción de amparo previendo en el mismo el recurso de apelación, que conocerá la Corte de Apelación correspondiente y deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia de primer grado, con lo cual se otorgó en ese ámbito carta de ciudadanía a la apelación, que como instancia procesal ya había sido reconocida en la citada Convención internacional”.

Luego la Corte Suprema reconoce que la ley N° 437-06 del 6 de diciembre de 2006, que creo legislativamente el Recurso de Amparo, estableció en su artículo 29 que la sentencia de amparo no podía ser impugnada mediante ningún recurso ordinario no extraordinario, salvo la tercería o la casación.

La Corte Suprema de República Dominicana considerando, que esa supresión:

“por vía adjetiva se produce no obstante la preindicada normativa internacional consagrada igualmente en su artículo 8.2.h, el derecho del imputado a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior o, lo que es lo mismo, el derecho de requerir del Estado un nuevo examen del caso; que esta garantía reconocida a su vez por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos en su artículo 14 numeral 5, y otros instrumentos internacionales, forma parte de las reglas mínimas que, según la Resolución N° 1920-2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia de 13 de noviembre, debe ser observada no solo en los procesos penales, sino, además en los que conciernen a la determinación de los derechos u obligaciones de orden civil, laboral, administrativo, fiscal, disciplinario o de cualquier otro carácter:

Considerando que reconocido el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico en la citada resolución, integrado por la Constitución y los citados instrumentos internacionales, se impone su aplicación armonizando los significados de la ley adjetiva que no le fueren contradictorios, con los preceptos, normas y valores que lo integran, asegurándose de este modo la constitucionalización del proceso judicial;

Considerando, que, por otra parte, tanto la apelación, reconocida como derecho fundamental de los justiciables, como se ha visto, como la casación tienen en nuestro derecho positivo categoría sustantiva en razón de que la primera, es consagrada tanto por el artículo 71, numeral 1 de la Constitución, como por el bloque de constitucionalidad, y la segunda, por el artículo 67, numeral 2, de la Constitución;

(...)

Considerando, que como la Corte a quo no pudo estatuir sobre el fondo del recurso de apelación por haber sido declarado inadmisibles en atención al artículo 29 de la Ley N° 437-06, el que se declara contrario a la Constitución por esta sentencia,

procede la devolución del expediente a la misma Corte, a los fines que se indican en el dispositivo de esta sentencia”.

El sobrevuelo por la jurisprudencia de tribunales constitucionales y cortes supremas latinoamericanas realizado acredita que ellas han incorporado los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad y al parámetro de control de constitucionalidad de las normas internas, ejerciendo eficazmente un control de convencionalidad integrado en muchas oportunidades con el control de constitucionalidad, aplicando siempre el principio *pro homine* o *favor persona*, vale decir, la norma que mejor asegure y garantice los derechos del ser humano o aquella que los limite o restrinja menos.

V. CONSIDERACIONES FINALES

De acuerdo con las materias analizadas en este artículo puede considerarse que los estados partes del sistema interamericano, han asumido las obligaciones generales de asegurar y garantizar cada uno y todos los derechos humanos en sus atributos y garantías contenidos en la CADH y sus convenciones complementarias (art. 1.1.), como la de adecuar su ordenamiento jurídico a dichas obligaciones convencionales a través de medidas legislativas o de otro carácter, dentro de las cuales, se encuentran las resoluciones jurisdiccionales que deben adoptar los tribunales ordinarios, especiales o constitucionales (Art. 2 CADH).

Los estados partes del sistema interamericano de Derechos Humanos deben asumir como estándares mínimos en materia de derechos humanos aquellos consignados en los instrumentos internacionales, cuyos atributos y garantías de tales derechos, en algunos casos constituyen límites al ejercicio de la soberanía, como es el caso de Chile; y en muchos otros estados latinoamericanos constituyen normas de jerarquía constitucional.

Los estados partes del sistema interamericano han asumido que si su ordenamiento jurídico interno no se adecua a las obligaciones generales deben adoptar las medidas necesarias para concretar dicha adecuación, lo que implica modificar la Constitución adoptar preceptos legales, resoluciones administrativas, desarrollar prácticas políticas y administrativas, como asimismo, emplear las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales en su respectivo ámbito competencial para concretar los estándares mínimos convencionales.

Los estados partes del sistema interamericano de derechos humanos están vinculados por el artículo 29 de la CADH, cuyo literal b) establece como regla básica de interpretación el principio *pro homine* o *favor persona*, el cual consiste en que entre dos enunciados normativos que contienen atributos y garantías de derechos fundamentales, siempre debe aplicarse aquel que asegura mayor cantidad de atributos o garantías de los derechos, como asimismo debe aplicarse siempre en caso de normas restrictivas o limitadoras de derechos aquella que restrinja menos los atributos y garantías de los derechos, como asimismo dichas restricciones o limitaciones deben considerarse para el caso específico determinado normativamente sin poder extenderse a otros casos por analogía. Ello implica que en materia de derechos humanos el principio que impera no es el de jerarquía normativa, sino aquella norma que mejor protege los derechos.

El sistema interamericano de derechos humanos constituye las bases de un orden público y *ius commune* regional interamericano que vincula y constituye estándar mínimo de todos los estados partes en materia de derechos fundamentales.

El sistema interamericano como orden público regional y *ius commune* regional americano debe cumplirse de buena fe y sin poner obstáculos de derecho interno, todo ello de acuerdo con los artículos 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la que sin dejar de ser derecho internacional se ha incorporado al derecho interno de los estados partes.

Los estados partes del sistema interamericano han consentido en limitar su propia potestad jurisdiccional, otorgándole jurisdicción y competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar y aplicar los instrumentos del sistema interamericano de derecho humanos a través de sentencias vinculantes para los estados partes, sin recursos contra ellas, asumiendo sus resoluciones como obligaciones de resultado, constituyendo las atribuciones jurisdiccionales de la CIDH un control de convencionalidad que se manifiesta en sus Opiniones Consultivas y en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa a través de la resolución de los casos específicos.

Los estados partes del sistema interamericano asumen que el control de convencionalidad concentrado que ejerce la CIDH puede obligarlos a modificar cualquier norma de su ordenamiento jurídico interno, como asimismo a adoptar y modificar conductas y prácticas que sean contrarias al estándar mínimo de los derechos convencionales en la aplicación e interpretación determinada por la CIDH como interprete final del sistema.

La CIDH ha precisado que todos los tribunales nacionales ordinarios, especiales y constitucionales deben realizar un control de convencionalidad, ya que deben aplicar los estándares convencionales en la resolución de los casos específicos, de acuerdo con la interpretación auténtica determinada por la CIDH como intérprete final de la CADH, como estándar mínimo de aseguramiento y garantía de derechos fundamentales, lo que implica la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de la CIDH con un muy escaso margen de apreciación por los tribunales nacionales, al menos en las materias que han resueltas hasta el presente.

En el caso chileno, cabe explicitar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a diferencia de los demás tribunales constitucionales latinoamericanos (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Sala Constitucional de Costa Rica), como asimismo de nuestra Sala Penal de la Excma. Corte Suprema de Justicia, presta poca atención a la jurisprudencia de la CIDH, a pesar de que ella integra el parámetro de control de convencionalidad que el Tribunal Constitucional chileno debe tener presente para resolver los casos en que estén implicados los derechos fundamentales. En efecto, dicha escasa atención se explicita en que sólo en un caso en el año 2009 y uno en el 2010, se asume los lineamientos jurisprudenciales de la CIDH, como asimismo, que en dos casos relevantes de 2008, sobre el derecho al recurso, el Tribunal Constitucional resolviera en clara contravención de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la consiguiente responsabilidad como Estado juez, de hacer asumir al Estado de Chile el riesgo de ser condenado por la CIDH, la que podría determinar la responsabilidad internacional del Estado por el ilícito de violación de derechos humanos, sabiendo que ello constituye vulneración de los artículos 1.1., 2 y 8.2 literal h) de la CADH, por no atender a los parámetros del control de convencionalidad fijados claramente en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, como además, lo hicieron presente algunos ministros del Tribunal en su voto disidente en rol N° 1130-2008-INA.

Los órganos jurisdiccionales ordinarios y constitucionales domésticos deben ejercer habitualmente el “*control de convencionalidad*” para no hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado por violación de derechos humanos, sin perjuicio, que será la CIDH la que determinará finalmente si el control de convencionalidad desarrollado por parte de los tribunales nacionales resulta compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado con el sistema interamericano a la luz de la propia jurisprudencia de la CIDH, lo que posibilita a éste último analizar en las actuaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales aquellos aspectos

que implican violaciones de las obligaciones internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso específico.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: el nuevo enfoque y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol. 6 N° 11, www.revistasur.org http://www.surjournal.org/esp/contenidos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_01.htm
- Albanese, Susana (Coord.). (2008). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, Ed. Ediar.
- Amaya Villareal, Álvaro Francisco. (2005). “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado” en *Revista Colombiana de Derecho Internacional* N° 5, junio, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, pp. 337-380.
- Bazán, Víctor, (2010) “El derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de derechos humanos”, en *La Ley, Suplemento Extraordinario (75 Aniversario)*, Buenos Aires, agosto de 2010, pp. 1-17.
- Bazán, Víctor. (2011) “La protección de los derechos humanos en la visión del órgano máximo de justicia constitucional en Argentina”, en *Revista Estudios Constitucionales* año 9 N° 2, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
- Bidart Campos, G., (2001), “Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine”, publicado en Bidart Campos, G. y Gil Domínguez, A., (coords.). AAVV, *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*. Buenos Aires, Editorial Ediar.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Voto concurrente en la sentencia de la CIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220.
- García Morelos, Gumersindo. (2010). *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios mexicanos*. México D.F. Editorial Ubijus. 45 p.
- García Ramírez, Sergio (Coord.). (2001). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, D.F., UNAM – Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- García-Sayán, Diego. (2005). “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 323-384.
- Gutiérrez de Colmenares, Carmen María. (2003). “Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia de Guatemala”, En *Revista Ius et Praxis*, volumen 9 N° 1, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. pp. 117-156.
- Hernández Valle, Rubén. (2011) “El control convencional en el ordenamiento jurídico costarricense”. En Eto Cruz, Gerardo (coord.) *Horizontes contemporáneos del Dere-*

- cho Procesal Constitucional: Liber Amicorum Néstor Pedro Sagüés*. Tomo I, Lima, Editorial Adrus, pp. 917- 933.
- Hitters, Juan Carlos. (2009). “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”; en *Revista Estudios Constitucionales*, año 7 N° 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, Universidad de Talca, pp. 109-128.
- Rey Cantor, Ernesto (2008). *El control de convencionalidad de las leyes y los derechos humanos*. México D.F. Ed. Porrúa.
- Loiano, Adelina, (2008). “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina: ‘Arancibia Clavel’, ‘Simón’, ‘Mazzeo’”, en Albanese, Susana (coord.), (2008). *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ediar.
- Londoño Lázaro, María Carmelina. (2010). “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 128. México D.F., UNAM, pp. 761-814.
- Lucchetti, Alberto. (2008). “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”; en Albanese, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, Ed. Ediar, pp. 131-162.
- Medina Quiroga, Cecilia. (2008). “Las obligaciones de los Estados bajo a Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en III Curso especializado para funcionarios de Estado sobre utilización del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Materiales bibliográficos N° 1, San José.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”. *Ius et Praxis*, 2006, vol. 12, n°. 2, p. 363-384. “Revista de Derecho”, Universidad Católica del Uruguay. Ver también Revista de Derecho N° 2, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, pp. 217 y ss.
- Sabsay, Daniel Alberto. (2010). *Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Derecho Constitucional, Parte Dogmática*. Tomo I, volumen 1, Buenos Aires, Ed. La Ley.
- Sagüés, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales, en *La Ley*, Buenos Aires, Jueves 19 de febrero de 2009, pp. 1-3.
- Sagüés, Néstor Pedro. (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. *Revista Estudios Constitucionales* año 8 N° 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, Universidad de Talca, 117-136.
- Sudré, F. y otros. (2005). *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits del’Homme*. París. Ed Themis.
- Pinto Mónica, (1997). “El principio Pro Homine”, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editorial Del Puerto.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”; en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 12, julio-diciembre de 2009, pp. 163-190.
- Rodríguez, Marcos del Rosario. “Del control de constitucionalidad al control de convencionalidad: la consolidación de la supremacía de la convención americana”, en *Intertemas*, Volumen N° 14, Revista jurídica de Toledo de Presidente Prudente – SP. Facultades integradas Antônio Eufrasio de Toledo. pp. 8-17. Versão eletrônica da Revista Intertemas impressa – ISSN 1516-8158.

intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos

A) Opiniones Consultivas

Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N°. 1.

Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N°. 2.

Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N°. 5.

Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A N°. 14.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N°. 18.

B) Sentencias en casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N°. 4.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N°. 52.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, sentencia de 24 septiembre de 1999. (*Competencia*). Serie C N°. 55.

Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N°. 73.

Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (caso 'niños de la calle') vs. Guatemala*, Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C N° 63.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N°. 107.

Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N°. 114.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N°. 135.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N° 140.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N°. 149.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N°. 151.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158.

Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C N° 186.

Corte IDH. *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C N° 213.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C N° 217.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C N° 221.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C N° 227.

Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C N° 233.

Corte Europea de Derechos Humanos

Corte EDH, caso *Ireland vs. United Kingdom case*, Judgment of 18 January 1978, Series A N° 25.

Corte EDH, caso *Soering Case*, decision of 26 January 1989, Series A N° 161.

Corte EDH, caso *Loizidou c. Turquía*, excepciones preliminares, 23 de marzo de 1995.

Comité de Derechos Humanos de la ONU

Gómez Vásquez c. España, 701/1996: Comité de derechos humanos de la ONU, Dictamen de 20 de junio de 2000.

Joseph Semey c. España, 986/2001: Comité de derechos humanos de la ONU, Dictamen de 30 de julio de 2003.

Sineiro Fernández c. España, 1007/2001: Comité de derechos humanos de la ONU, Dictamen de 7 de agosto de 2003.

Alba Cabriada c. España, 1101/2002: Comité de derechos humanos de la ONU, Dictamen de 1 de noviembre de 2004.

Martínez Fernández c. España, 1104/2002: Comité de derechos humanos de la ONU, Dictamen de 29 de marzo de 2005.

Tribunal Constitucional chileno

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 740-07, de dieciocho de abril de dos mil ocho.

Sentencia del Tribunal constitucional, Rol N° 986-2007-INA, de 30 de enero de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1130-07-INA, de 7 de octubre de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 567-10, de 3 de junio de 2010.

Corte Suprema de la Nación argentina

Caso Gramajo, 5 de septiembre de 2006.

Caso “*Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad*”, de 13 de julio de 2007.

Tribunal Constitucional de Bolivia

Sentencia 1494/2004-R de 16 de septiembre de 2004.

Corte Constitucional de Colombia

Sentencias C-551 de 2003; C-817 de 2004; C-1056 de 2004; C-148 de 2005; C-187 de 2006; T-284 de 2006; T-945/06; C- 376/10; T-105/11; T-110/11; T-129/11.T-233/11; C-185/11.

Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica

Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Exp.: 03-005198-0007-CO, Res: 2004-05165, de las diez horas con cincuenta y tres minutos del catorce de mayo del dos mil cuatro.

Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Exp.: 08-012101-0007-CO, a las trece horas y treinta y cuatro minutos del diecinueve de diciembre del dos mil ocho.

Tribunal Constitucional del Ecuador

Sentencia N° 002-2002-CC de 12 de febrero de 2003.

Sala Constitucional Corte Suprema de El Salvador

Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, “Caso Inconstitucionalidad de la ley anti maras”, Sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de fecha 1º de abril de 2004.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala

Expediente 30-2000, Gaceta Jurisprudencial 58.

Expediente: 3878-207, de 21 de diciembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia de Guatemala

Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal, sentencia de 14 de mayo de 2007, en recurso de revisión 10-2006.

Tribunal Constitucional del Perú

STC exp. N° 1124-2001-AA/TC.

STC exp. N° 0217-2002-HC/TC.

STC exp. N° 1417-2005-AA/TC.

Corte Suprema de Uruguay

Sentencia de la Suprema Corte del Uruguay, N° 365, de 19 de octubre de 2009.

El control de convencionalidad y el derecho a la salud. Aspectos constitucionales y procesales¹

ADELINA LOIANNO
OSVALDO A. GOZAÍNI

SUMARIO: I. Introducción. II. El acceso a la justicia de las personas con discapacidad. III. Los pormenores del caso. IV. Marco legal. V. Las distintas perspectivas de aplicación del derecho internacional. VI. Características generales del control de convencionalidad. VII. El diálogo jurisprudencial como factor de desarrollo progresivo para los derechos humanos. VIII. La dimensión formal de los recursos y el interés trascendente.

I. INTRODUCCIÓN

1. El fallo que comentaremos de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires tiene numerosas facetas de interés para la doctrina. Son cuestiones procesales y constitucionales las que se resuelven, y desde la antesala que analiza la procedencia del recurso extraordinario local interpuesto, cabe plantearse varios interrogantes como disparadores del estudio:

- 1º) ¿Es el derecho a la salud de las personas discapacitadas una referencia diferencial para el acceso a la justicia? ¿Si el discapacitado es menor, es mayor el interés a tutelar?
- 2º) Cuando promedian situaciones de la índole señalada ¿pueden los jueces alterar la rigidez formal de la admisión de los recursos extraordinarios?
- 3º) ¿Son para la doctrina legal de la Suprema Corte bonaerense, obligatorios los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina?

¹ Sentencia definitiva en la causa A. 69.412, amparo, recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley, de 18 de agosto de 2010, resuelto por los doctores Soria, Kogan, Negri, de Lázzari, Pettigiani, y Hitters, ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

2. Asimismo, del meditado voto de Juan Carlos Hitters surge otra proyección para el análisis. El magistrado sostiene que en el caso se debe aplicar la doctrina legal que emerge de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, toda vez que se impone el deber de adaptar estas normas al derecho interno, como una forma de asegurar que, desde el control de convencionalidad, se pueda asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas por el Estado en el plano internacional.

Dice el voto [...] “el aludido control de convencionalidad importa, pues, una búsqueda de compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, y cuando hablamos de esas últimas no nos referimos sólo al Pacto de San José de Costa Rica, sino a otros Tratados Internacionales ratificados por la Argentina (que integran el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos), al *ius cogens* y a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales.”

3. En consecuencia, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiene en la vertiente sustancial-constitucional que se proyecta en la decisión de fondo, si bien con algunas diferencias, muestra que la mayoría se inclina hacia la procedencia de la cobertura integral que deberá prestar la obra social IOMA en un caso de discapacidad en el que se reclama la ampliación de la prestación “formación laboral jornada doble” sujeta a la Resolución 2544/91 de la entidad, que limita la cuantía del aporte al cincuenta por ciento de los costos totales. Así definido, el objeto del recurso será el alcance de la obligación de IOMA respecto de la cobertura reclamada.

Pero el interés que despierta esta sentencia no solo se evidencia en la plena justiciabilidad de los derechos que la mayoría no duda en reconocer al admitir la cobertura total del costo por educación especial para una persona que padece síndrome de Down, considerando dicha formación laboral como integrante de su derecho a la salud.

Hay otro valor emergente en este pronunciamiento, sobre todo en el voto del Dr. Hitters que desarrolla con pulcritud “de manual” las reglas que según los criterios más recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conforman lo que ha dado en llamarse “control de convencionalidad”.

II. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. El acceso a la justicia es un movimiento que comenzó promediando el siglo XX, dando cuenta de varios frentes de cobertura que era menester asistir con cierta urgencia.

El conocimiento y difusión de los derechos, enmarcado en el panorama de saber que no se ejercen los derechos que no se conocen.

La onerosidad de la justicia que no tiene solución con el beneficio de litigar sin gastos ni con la gratuidad de las actuaciones.

El derecho a ser oído sin rigorismos técnicos como emplaza la teoría procesal de la legitimación. Es decir que se escucha solo al dueño del derecho y no a quien posea un simple interés.

Estos son, en esencia, el diagrama bosquejado por ese grandioso estudio llevado a cabo por Bryant Garth y Mauro Cappelletti cuyos resultados dieron sus frutos en varias legislaciones mundiales.

2. Uno de sus efectos fue dimensionar el derecho a ser oído por los jueces, que trascendió el lugar ocupado por el rol político de la garantía de petición. La idea que trazó un rumbo nuevo en el derecho procesal fue eludir el problema de la consistencia jurídica del que reclama acceder a la justicia (es decir, acreditar la titularidad del derecho subjetivo) para poner atención en el conflicto antes que en la persona. Es más importante lo que se pide que cuestionar el interés que tiene el que demanda la actuación jurisdiccional.

Por eso, el derecho de peticionar ante las autoridades no descansa en el remedio simple de escuchar porque, además de la prerrogativa fundamental que tiene toda persona para ser oído, se necesita integrar la garantía con el deber de respuesta.

3. Algunas legislaciones han ensayado un esquema teórico distinto, separando el derecho de petición (como simple ejercitación del derecho de pedir) de la práctica plena de promover una demanda ante la jurisdicción. De este modo, se clasifican las peticiones según la naturaleza que lleven y al órgano ante el que se presentan. Habría así, *acciones populares* que obligan al obrar jurisdiccional; *quejas* que derivan en la actuación administrativa; *recursos* distintos que originan el desempeño procedimental; *iniciativas ciudadanas* o *propuestas populares* que tienen como fin la producción legislativa ordinaria; y cada una a su vez, promueve un procedimiento, una instancia, donde la respuesta puede, inclusive, formalizarse a través del silencio.

Otros, en cambio, crean diferencias entre el derecho de petición y el derecho a la jurisdicción, interpretando que el primero queda satisfecho con la permisión de entrada al proceso, pero como esto no es esencial para la garantía, lo verdaderamente importante está en el modelo de la jurisdicción.

4. Actualmente sostener que la controversia solo interesa a las partes que litigan, es una mirada egoísta y unilateral que no observa la trascendencia que tienen los procesos en el desarrollo de un país. Además, la clásica respuesta que se deduce de la cosa juzgada entre partes, también elude la dimensión *in genere* que puede tener la sentencia (v. gr.: la tutela del consumidor no admite soluciones únicamente para el afectado porque, habitualmente, el daño está masificado). Inclusive, la aparición de los procesos colectivos no significa alterar el modelo de entrada al proceso, como sí promover un cambio sustancial en los derechos que se han de considerar y resolver más allá del interés personal y acotado que supone continuar con la tutela del interés dañado (derecho subjetivo).

Precisamente, a sabiendas que las leyes no abastecen con suficiencia y efectividad el dilema de ser oído, se ha visto y propuesto la necesidad de que sean los jueces quienes, activismo mediante, puedan resolver con igualdad la emergencia que se transita.

5. Bien ha dicho la profesora María Silvia Villaverde que [...] “el acceso a la justicia no ha de ser entendido como la posibilidad formal de llegada al tribunal, sino como la inserción de estrategias activas para promover la admisión de personas y grupos que de otra manera no actuarían para obtener el reconocimiento de sus derechos. La decisión de practicar ajustes de procedimiento (con enfoque étareo y de género) se encamina a facilitar el desempeño de las funciones por parte de las personas con discapacidad como participantes del proceso; ya que el problema radica precisamente en el modo de garantizar que el derecho reconocido y ampliamente declamado, sea efectivamente ejercido en igualdad de condiciones que los demás. Para lograrlo es indispensable identificar el obstáculo al acceso y removerlo; pero para llevar a cabo esa tarea impostergable se necesita formación adecuada en la ideología de la nueva protección —es decir formación en sintonía con los principios de la Convención”².

² Villaverde, María Silvia, “Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad: Claves para su reforma”, *Revista de Derecho Procesal* 2009-1. Tutelas procesales diferenciadas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, pp. 287-328.

Ahora bien, esta lectura que se comparte, no significa cambiar las reglas de la atención, sino instalar una pregunta distinta ante el golpeteo en las puertas de la justicia. Se trata de saber ¿qué quiere? en lugar de identificar interrogando ¿quién es?

6. De allí que no se trata de dar preferencia a quien llama y tiene una discapacidad, porque eso es un asistencialismo que diferencia y produce más desigualdad. Sino de observar el problema presentado en la dimensión de los iguales, para deducir una solución para el caso concreto viendo, al mismo tiempo, una sentencia que se proyecta cual si fuera una exhortación al que corresponda para que haga algo más que aquello que se condena.

Las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad” (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008) dan testimonio de cuanto significa este espacio, recomendando a las autoridades judiciales que, dentro de respectivo ámbito de competencia, promuevan reformas legislativas y adopten medidas que hagan efectivo el contenido de las propuestas. Éstas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

7. Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

Se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

II.8. En síntesis, la tendencia no persigue derribar los formalismos sino poner atención en los problemas en lugar de las personas. Por eso, cuando el voto de Hitters señala que [...] “en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la responsabilidad internacional del Estado surge en el momento mismo de la violación de los derechos de la persona humana, o sea, tan pronto ocurra el ilícito internacional atribuible al Estado [...] puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano o agente de éste”, no está más que advirtiendo que la omisión de atender el caso concreto puede solapar un deber de acción del Estado que contrae una responsabilidad más amplia.

En fin, las *Reglas de Brasilia* apuntan a facilitar el procedimiento y la comprensión de las actuaciones, pero apuntan también a esforzar los valores de referencia para una justicia más justa e igualitaria.

III. LOS PORMENORES DEL CASO

1. En el proceso bilateral y contradictorio la utilidad se mide con el parámetro de cuanto reporta a cada parte la sentencia dictada; en procesos sociales (v. gr.: protección del medio ambiente), la dimensión no cambia pero el interés trasciende cuánto a cada parte le toca; en los conflictos culturales sucede algo similar, pero cuando se trata del derecho a la salud, el espacio de los intereses en juego tiene un alcance diferente.

Surge el orden público, el bienestar general, que expresan esos otros intereses que no se personifican en la defensa de partes que litigan por un derecho propio. Ese nivel de atención, masivo y genérico, merece un espacio particular en defensa de la legalidad.

2. Con esta vara de medida debe ser atendido el siguiente caso. Se trata de un amparo promovido por el curador de una persona con síndrome de Down contra la obra social provincial IOMA con el objeto de obtener de dicha entidad la asistencia integral del 100% del costo de la prestación educativa identificada como “Formación Laboral Jornada Doble” que hasta ese momento le brindaba el Centro de Estudios Psicológicos y Psicopedagógicos (CEPP), establecimiento ajeno al listado de prestadores del mencionado Instituto. Se solicita, además, la continuidad de los beneficios asistenciales. Los porcentuales hasta ese momento a cargo de IOMA correspondían al régimen establecido por la Resolución 2544/91 del mismo Instituto provincial, fijados en función de la carga horaria de asistencia del

paciente al establecimiento educativo, prestación regulada en el Capítulo III, “Educación” de la ley 10.592.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata había rechazado el recurso de apelación interpuesto por el accionante confirmando así por mayoría la sentencia denegatoria dictada por la jueza de grado e imponiendo las costas del proceso en el orden causado.

En ambas instancias consideró que la limitación de la mencionada prestación aproximadamente al 50% de las sumas requeridas para solventar los gastos de asistencia del paciente a un establecimiento educativo especial no significaba un obrar ilegítimo o arbitrario siendo que se había actuado de conformidad con la Res. 2544/91 de IOMA que reconoce el pago de una porción de los gastos totales.

Se destaca en los pronunciamientos de grado y Alzada el reconocimiento de la obligación de prestar “protección integral” no obstante lo cual se estimó legítimo y justificado, en ambas etapas, que la cuantía debía ajustarse a la Resolución 2544/91 de IOMA que limita el aporte a una cantidad fija en proporción a la carga horaria.

3. A esta altura cabe señalar que J.M.P. padece síndrome de Down, detallándose en el informe evolutivo agregado al expediente que se encuentra cursando el Nivel de Formación Laboral, en el Taller de Administración, Cadetería y Arte Decorativo; donde recibe además, foniatría, música, apoyo en terapia ocupacional, taller de computación y educación física. Es atendido asimismo por un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, asistentes sociales, psicopedagogos y psicólogos, encargados de realizar el psicodiagnóstico y demás seguimientos. Se destaca el trabajo pedagógico-terapéutico orientado a desarrollar una mayor independencia, socialización y vinculación con pares y adultos señalando el “grave perjuicio de una eventual interrupción de la escolaridad, que ocasionaría regresión en diversos aspectos, con deterioro de las habilidades logradas, con riesgo de caer en un estado depresivo, teniendo en cuenta sus características psicopatológicas” y que “surge del informe socioambiental que el alumno convive con sus padres y una hermana menor (adoptiva); que la madre es profesional independiente y su padre se encuentra desocupado”³.

4. La sentencia hace lugar al reclamo disponiendo la condena a soportar el 100% de los costos de la prestación educativa, si bien con votos divididos

³ Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, Causa A. 69.412, P.L., J.M. contra I.O.M.A. Amparo. Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley, párrafo 4 del voto del Dr. Soria.

y diversidad de argumentos, destacando que el alcance de la obligación del Estado en la protección de las personas con discapacidad debe ser “integral” a partir de los compromisos asumidos en los Tratados Internacionales y en la propia Constitución local.

IV. MARCO LEGAL

1. Si bien el amparista invocó las leyes federales 24.901⁴ y 24.754⁵ su aplicación será descartada por ser ajenas al derecho local, conforme los argumentos expuestos por el magistrado preopinante —Dr. Soria— que acompañan luego sus colegas. Así, el encuadre jurídico del caso quedará limitado a establecer el alcance de las obligaciones a cargo de la demandada IOMA para dar cumplimiento suficiente al objeto central de la ley provincial 10592, la ley 6982 de creación de dicha entidad, su decreto reglamentario 7881/94 y la Resolución 2544/91 que es la norma que determina el porcentaje de costos a cubrir por el Instituto.

Los objetivos del IOMA han sido plasmados en el art. 1 de la ley 6982 según el cual el Instituto cumplirá en la Provincia “...todos los fines del Estado en materia Médico Asistencial para sus agentes en actividad o pasividad...”. En lo relativo al régimen jurídico básico para las personas con discapacidad la ley 10592 dispone que la Provincia de Buenos Aires “asegurará los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social a los discapacitados en imposibilidad de obtenerlos. Asimismo, brindará los beneficios y estímulos que permitan neutralizar su discapacidad, teniendo en cuenta la situación psico-física, económica y social, y procurará eliminar las desventajas que impidan una adecuada integración familiar, social, cultural, económica, educacional y laboral”. El art. 4 describe cuales son los servicios de asistencia y prevención que abarca la mencionada ley⁶. A su

⁴ Ley 24.901 Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad.

⁵ Ley de Regulación de la Medicina Prepaga.

⁶ Artículo 4º: “El Estado Provincial brindará a los discapacitados, en la medida en que éstos, las personas de quienes dependan o los organismos de obra social a los que pertenezcan no posean los medios necesarios para procurárselos, los siguientes servicios, beneficios y prestaciones destinados a eliminar factores limitantes: a) Medios de recuperación y rehabilitación integral para lograr el desarrollo de sus capacidades. b) Formación educacional, laboral y/o profesional. c) Sistemas de préstamos, subsidios, subvenciones y becas, destinados a facilitar la actividad laboral, intelectual y el

vez, el art. 19 regula el alcance de las obligaciones de IOMA respecto de sus afiliados discapacitados⁷. En el proceso se pone en tela de juicio el alcance del concepto de “protección integral” aludido en la mencionada normativa, a la luz de la Resolución 2544/91 que establecía un límite de cobertura para el rubro objeto del reclamo: “formación laboral jornada doble”⁸.

2. Ineludible será en el esquema de argumentación de los jueces —con excepción de la Dra. Kogan— la referencia al marco constitucional provincial cuyo artículo 36 garantiza el derecho a la salud y la “protección integral” de las personas con discapacidad⁹ así como a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional según el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Pero es nuestra intención poner el acento en la aplicación directa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se desarrolla, sobre todo en el voto del Dr. Hitters, hermenéutica que supone el ejercicio de control de convencionalidad por la justicia doméstica, conforme las obligaciones impuestas por el art 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

desenvolvimiento social, fomentando la prioridad de los discapacitados en las líneas crediticias tendientes a cubrir las necesidades básicas contempladas en la presente ley. d) Regímenes diferenciales de seguridad social. e) Sistemas de seguros laborales por medio de los organismos con que cuente la Provincia o a través de Convenios con la Caja Nacional de Ahorro y Seguro, tendientes a facilitar la ubicación de las personas discapacitadas en empleos del área pública. f) Orientación y promoción individual, familiar y social. g) Otorgamiento de facilidades para utilizar el transporte público. h) Eliminación de barreras arquitectónicas en los lugares de uso público. i) Promoción de la investigación y desarrollo de la tecnología específica con el objeto de permitir la inserción de la persona discapacitada en los más altos niveles de la vida moderna”.

⁷ Artículo 19º: “El Instituto de Obra Médica Asistencial de la Provincia de Buenos Aires promoverá y prestará asistencia médica integral a las personas discapacitadas afiliadas al mismo, con vistas a su rehabilitación, de conformidad con las disposiciones que rijan el funcionamiento de ese Organismo, y en concordancia con los propósitos y finalidades de la presente ley”.

⁸ Cabe destacar que a la fecha la Res. 2544/91 se encuentra derogada por la Res 2090/05.

⁹ Artículo 36. “La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: ...5. De la Discapacidad. Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales; tendiendo a la equiparación promoverá su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados... 8- A la Salud. La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos...”

V. LAS DISTINTAS PERSPECTIVAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. Los fundamentos del voto de Soria define en cierto modo el enfoque normativo del caso que será motivo de análisis por los demás integrantes de la Suprema Corte provincial, si bien desde muy distintas visiones epistemológicas.

Descartada la aplicación de la ley 24.901 y 24.754 por ser ajenas al derecho local, el encuadre jurídico del caso quedará reducido a las constituciones nacional y provincial y las leyes 24.901, 6.982 y 10.592 de la provincia de Buenos Aires. En cuanto al fondo del asunto, considera que la demanda debe prosperar conforme la interpretación que debe imprimirse a las mencionadas normas en el marco de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional según el inciso 22 del art 75 de la Constitución nacional. En realidad se limita a reproducir los argumentos expuestos por la Corte nacional en una sentencia revocatoria de otra emanada del tribunal provincial. El cambio de opinión entonces se justifica en la validez de la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuyos fallos si bien no son obligatorios emanan del “intérprete último y más genuino de nuestra Constitución”¹⁰. También Pettigiani resuelve con fundamento en la jurisprudencia de la Corte federal.

2. Se afincan en el derecho interno los votos de Kogan y Negri, la primera para rechazar la demanda y el segundo para admitirla con fundamento esencialmente en la Constitución local y la ley 10.592 que regula el Régimen Jurídico Básico e Integral para las personas con discapacidad.

Más cercano a la integración del derecho internacional de los derechos humanos resulta el voto del Dr. de Lázari, para quien “las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito... De lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad”¹¹. Cita la importancia de los Tratados Internacionales para concluir que no es razonable ni fundado impedir la continuidad del tratamiento porque se encuentra comprometido

¹⁰ Voto del Dr. Soria, Considerando 3 d) segundo párrafo.

¹¹ Voto del Dr. Eduardo de Lázari, Considerando 23.

el derecho a la salud en tanto IOMA no ha propuesto otro procedimiento alternativo que provoque iguales efectos.

3. Si bien en los votos precedentes se advierte alguna referencia a la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, queremos detenernos especialmente en la opinión expuesta por Hitters, quien a la hora de justificar el uso del derecho internacional, emplea las reglas que, en el devenir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, van definiendo el control de convencionalidad.

Señala en primer lugar el eximio jurista platense, que si bien en un precedente anterior se había pronunciado en contra de admitir la cobertura integral de la prestación “educación especial para un menor discapacitado”, por haber entendido en esa oportunidad que “no existía fundamento válido para afirmar la obligación de IOMA de otorgar la cobertura íntegra en la forma pretendida”¹². Existe ahora otro contexto normativo y una novedosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La norma a que alude es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobada por ley 26.378¹³ y vigente para el Estado Argentino a partir del 2 de septiembre de 2008. Aclara que “...sus normas integran el ordenamiento jurídico interno vigente en materia de discapacidad, y sus obligaciones se proyectan al ámbito local en virtud de la expresa directiva contenida en el art. 4.5 de la Convención, en cuanto prescribe que sus disposiciones se aplicarán ‘a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones’”¹⁴.

Entiende el Magistrado que el asunto en juzgamiento encuentra recepción en los arts. 24 y 25 de la mencionada Convención y en particular en el artículo y 26 porque “plasma el deber de los Estados de organizar, intensificar y ampliar los servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación” y cita el *leading case* “Ekmekdjian c. Sofovich”¹⁵ donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación “claramente alertó sobre la operatividad de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución nacional y reiteradamente ha advertido sobre la responsabilidad de carácter internacional del Estado por la estricta observancia, que pesa sobre todos los órganos internos, incluidos los locales de carácter judicial”¹⁶.

¹² Causa B. 67.211 SCBA “Núñez” sent. del 24 de noviembre de 2004.

¹³ Boletín Oficial del 9 de julio de 2008.

¹⁴ Considerando 2.a del voto del Dr. Juan Carlos Hitters.

¹⁵ CSJN “Ekmekdjian vs. Sofovich”, sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492.

¹⁶ Hitters, Juan Carlos, voto cit., considerando 2. b).

4. A partir de allí, inicia un recorrido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fundamentar su propia sentencia, lo que no es otra cosa que ejercitar la “aplicación directa” de las decisiones del Tribunal internacional en el derecho doméstico a través de un “diálogo jurisprudencial” tal como lo califica Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado como juez ad hoc en la reciente sentencia *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*¹⁷ del mencionado Tribunal supranacional.

El primer argumento que se desarrolla es el del “nacimiento inmediato” de la responsabilidad del Estado, que se produce “en el mismo momento de la violación de las obligaciones generales *erga omnes* de respetar y hacer respetar —garantizar— las normas de protección”, conforme lo dispuesto por el art 1.1 y 2 de la Convención Americana. La aparición inmediata del ilícito internacional ha sido tratada por la Corte Interamericana en especial en las sentencias contra Colombia relacionadas con los graves avasallamientos de derechos humanos producidos en Pueblo Bello y Mapiripán¹⁸ y en el voto razonado del Juez Cançado Trindade en el caso Penal de Castro Castro vs. Perú¹⁹, precedentes citados expresamente en este voto.

5. Cabe destacar que el efecto retroactivo de la declaración de anticonvencionalidad de una norma que impediría sus efectos “desde un inicio”, ha sido planteado por la Corte Interamericana por primera vez en *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*²⁰ y reiterado posteriormente respecto de las leyes de autoamnistía, pero como lo menciona Ferrer Mac-Gregor “se trata de un criterio aún no consolidado suficientemente”²¹.

¹⁷ Corte IDH, Serie C n° 220 caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. Mexico, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, considerando 7 del Voto Razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

¹⁸ Corte IDH, Serie C n° 140 *Masacre del Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006; Serie C n° 134 *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

¹⁹ Corte IDH Serie C n° 160 *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 31.

²⁰ *Cfr. Corte IDH, Serie C n° 164 Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26/9/06, párr. 124.

²¹ Alude Ferrer Mac-Gregor en el voto razonado ya citado que en el caso *La Cantuta vs. Perú* (Corte IDH, sentencia de 29/11/06 Serie C n° 162), “la Corte consideró que en Perú dichas leyes de auto amnistía son ab initio incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma ‘constituye per se una violación de la Convención’ por ser ‘una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte’ en dicho tratado. Ese es el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado por la Corte en el caso *Barrios Altos*. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención.

No obstante, lo que no se pone en duda es la obligación del Estado de “dictar normas y desarrollar prácticas conducentes al acatamiento efectivo de los derechos y libertades” consagrados en la Convención Americana, siendo que el “deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para el cual el Estado debe ‘adaptar’ su actuación a la normativa de protección de la convención”²². Agrega más adelante que “Cuando digo que el Estado debe buscar el *effet utile*, no me refiero sólo al Poder Legislativo, sino también a los jueces que a través de la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debemos acompañar el modelo interno con el transnacional, de lo contrario se originan injusticias en los pleitos y se genera responsabilidad internacional del país por actos u omisiones de cualquiera de los tres poderes”²³.

6. Corresponde advertir la alusión al art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, porque es la norma genérica que impone la supremacía del Derecho Internacional por sobre el derecho interno, argumento que adunado a la jurisprudencia internacional citada permite al Magistrado arribar a la convicción de la operatividad plena e inmediata de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En consecuencia el “control de convencionalidad” que debe realizar el juez consiste en “la búsqueda de compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales” que no se limita, según el juzgador “sólo al Pacto de San José de Costa Rica, sino a otros Tratados Internacionales ratificados por la Argentina (que integran el corpus iuris convencional de los derechos humanos), al *ius cogens* y a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales”²⁴.

Asimismo, en el Caso Gomes Lund y Otros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil, *supra* nota 4, párr. 106”. Nota 17. No obstante, la Corte no ha mantenido firmemente ese criterio, según refiere como ejemplo, en los casos *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *supra* nota 15, párr. 128; *Caso Comunidad Indígena Xármok Kásek vs. Paraguay*, *supra* nota 21, párr. 311; *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*, *supra* nota 22, párr. 234; *Rosendo Cantú y Otra vs. México*, *supra* nota 23, párr. 234; y *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *supra* nota 25, párr. 287.

²² Hitters Juan Carlos, voto cit., considerando 2.b) párr. 6° con cita de los casos “Yatama vs. Nicaragua”, “Caesar”, “Lori Berenson Mejía”, “Instituto de Reeducción del Menor”, y la Opinión Consultiva OC-18/03 “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”.

²³ Hitters Juan Carlos, voto cit. Considerando 2.b) párr. 9°.

²⁴ Hitters Juan Carlos, voto cit. Considerando 2.b) párr. 10°.

Más adelante al referirse al derecho a la vida como “derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos” alude a nutrida jurisprudencia de la Corte Interamericana que ha destacado el valor de la vida humana como sostén inexcusable de los otros derechos²⁵.

7. Finalmente en el considerando 3.c) se consolida a nuestro modo de ver, el “diálogo jurisprudencial” ya referido por Ferrer Mac-Gregor en el voto razonado anunciado, porque convergen las consideraciones citadas precedentemente con los términos claros del art. 36 inc. 5° de la Constitución de la provincia de Buenos Aires en tanto dispone que “toda persona discapacitada tiene el derecho a la protección integral del Estado”. ¿Qué otra interpretación podría admitirse como resultado de la coordinación de estándares nacionales e internacionales, que dar a las palabras su sentido corriente? ¿Cómo deben interpretarse a la luz del principio pro homine los términos “protección integral”? El juez no duda: La demanda debe prosperar porque IOMA “...no puede invocar una limitación reglamentaria para privar de cobertura a un habitante, menor y discapacitado”²⁶.

El voto hace referencia a aspectos ya mencionados por quienes lo precedieron en la decisión, respecto de la omisión de la demandada en acreditar otras ofertas terapéuticas similares a disposición del accionante. Esta circunstancia fáctica más la abundante justificación normativa y jurisprudencial ya aludida dan por resultado un voto individual que satisface plenamente los estándares internacionales en materia de control de convencionalidad.

Al mismo tiempo, el fallo en su integridad constituye el producto de un análisis honesto de las normas internas, desde la doble perspectiva del derecho interno e internacional.

VI. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. El concepto de control de convencionalidad fue esbozado por vez primera en el voto concurrente del juez de la Corte Interamericana García

²⁵ Hitters Juan Carlos, voto cit. Considerando 3.a).

²⁶ Hitters Juan Carlos, voto cit. Considerando 3.c) ultimo párrafo.

Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*²⁷ y luego desarrollada en *Almonacid Arellano vs. Chile*²⁸. Poco después en *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*²⁹ el concepto quedó definido con mayor precisión estimando allí la Corte Interamericana 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”.

A partir de ese momento la doctrina se ha consolidado siendo aplicada en otros casos, al punto que no será posible encontrar actualmente una sentencia que omita pronunciarse sobre este tipo de control judicial. Recientemente en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, el juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en su voto razonado desarrolla las que —según su análisis— serían las principales características definitorias de dicho control. Para ello hace una exhaustiva y prolija descripción de la jurisprudencia que progresivamente ha ido construyendo la doctrina de la Corte sobre control de convencionalidad.

2. Con profundo conocimiento y estricto rigor científico, el Magistrado destaca los parámetros que constituyen el marco conceptual de dicho control, a saber:

²⁷ Dice el Juez García Ramírez en el párrafo 27 de su voto concurrente que “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” *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003.

²⁸ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 123 a 125.

²⁹ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

a) Se trata de un control difuso porque todos los jueces nacionales “deben” ejercerlo

Se produce de ese modo “una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional”, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos... y se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”³⁰.

b) Es un control extenso (vertical y general)

La labor de los jueces cuando interpretan las normas internas e internacionales en la búsqueda de la coordinación que mejor favorezca los derechos de la persona “convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. ... Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional”³¹. Se refiere a la recepción a nivel doméstico del derecho internacional de los derechos humanos en sus aspectos normativo y jurisprudencial, en una sintonía que el juez Ferrer Mac-Gregor identifica como un “diálogo jurisprudencial”³².

c) Existen distintas intensidades de control de convencionalidad

Si bien la Corte Interamericana ha dicho que todos los jueces deben realizar el control de convencionalidad simultáneamente con el de constitucionalidad, la intensidad de ese control dependerá del alcance de las competencias del juzgador para declarar la inaplicabilidad de la norma anticonvencional.

³⁰ Voto Razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor, considerando 21.

³¹ Idem, Considerando 23.

³² Ídem, Considerando 7.

Como el mentado control de convencionalidad deberá ser realizado por los jueces domésticos en el “marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”³³ según Ferrer Mac-Gregor será posible identificar distintos grados de intensidad de ese control:

i) El mayor grado de intensidad en los sistemas concentrados de control de constitucionalidad porque las altas jurisdicciones constitucionales tiene la facultad de declarar la invalidez de la norma anticonvencional con efecto *erga omnes*.

ii) Un grado intermedio en los sistemas de control difuso debido a que todos los jueces nacionales poseen la capacidad de inaplicar la norma contradictoria con la Constitución o derecho convencional. Aquí el control de convencionalidad operará sólo si no existe una posible “interpretación conforme” entre la normativa nacional, la Convención Americana u otros tratados y la “jurisprudencia convencional”.

iii) El menor grado de intensidad en los sistemas que impiden a los jueces disponer sobre la aplicabilidad de las normas cuando son inconstitucionales. En estos casos la ausencia de facultades para invalidar la aplicación de tales normas no significa que dentro de tales competencias “no se encuentran obligados a realizar una ‘interpretación convencional’ de la misma, es decir, efectuar una ‘interpretación conforme’, no sólo de la Constitución nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional. Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine*”³⁴.

d) El derecho internacional (normas y jurisprudencia) conforman un “bloque de convencionalidad”

Los Tratados y demás instrumentos internacionales, así como las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser tenidos en cuenta por los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia. Así lo ha reiterado ese Tribunal al reivindicar su función como intérprete último de la Convención Americana. Destaca también Ferrer

³³ Caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, cit., párr. 128.

³⁴ Voto Ferrer Mac-Gregor, considerandos 37 y 38.

Mac-Gregor que el carácter dinámico de interpretación de las fuentes internacionales permite considerar la construcción de un “bloque de convencionalidad” que se integra incluso de normas y criterios interpretativos que provienen de otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos pero que al ser utilizados por la Corte Interamericana pasan a formar parte del corpus juris interamericano³⁵.

VII. EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL COMO FACTOR DE DESARROLLO PROGRESIVO PARA LOS DERECHOS HUMANOS

1. La convergencia de las jurisprudencias locales y de la Corte Interamericana implica según Ferrer Mac-Gregor un “diálogo jurisprudencial” que obliga a la capacitación y actualización constante de los magistrados nacionales en el conocimiento y aplicación de las normas y pronunciamientos supranacionales.

Sin duda se avanza hacia el desarrollo progresivo de los derechos humanos cuando se implementan vasos comunicantes entre ambos ámbitos jurídicos, recurriendo a la fuente más apropiada a la realización del principio pro homine, tarea que responde a las pautas de interpretación que dispone el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica.

Si bien la Corte Interamericana insiste constantemente en el deber de los jueces de interpretar “conforme” la Convención Americana, los demás tratados sobre derechos humanos y, en particular, la opinión que ella misma emite en sus fallos; todavía queda un largo camino por recorrer para que se debiliten gradualmente los prejuicios respecto de la preeminencia del derecho internacional. Se trata de una pauta que aún cuando los Estados han aceptado al ratificar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados —cuyo artículo 27 lo dispone expresamente— sigue provocando dudas a la hora de hacer prevalecer el derecho supranacional por sobre normas internas incluso infraconstitucionales.

2. En el caso que presentamos, felizmente, el Tribunal por mayoría emplea una hermenéutica acorde con las pautas establecidas por la Corte Interamericana, con distintos matices. Si bien los Dres. Soria y Negri recurren a la fundamentación que surge de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en materia de derecho a la salud, las referencias más

³⁵ Ídem, considerando 50.

contundentes aparecen en los votos de de Lázari y Hitters, éste último particularmente destacable por hacer efectiva la aplicación directa de la jurisprudencia supranacional.

VIII. LA DIMENSIÓN FORMAL DE LOS RECURSOS Y EL INTERÉS TRASCENDENTE

1. En la variable estrictamente procesal nos preguntamos al comienzo si era posible que el juez limitara el formalismo técnico cuando la trascendencia del caso puede quedar sepultada por el incumplimiento del principio de legalidad formal.

El voto de la magistrada Hilda Kogan es contundente: si el recurrente se equivoca el error es suyo y no puede obligar a que se encamine el recurso. Sus pares aceptan que la tecnicidad de los recursos extraordinarios de la provincia de Buenos Aires impiden usar el principio de la indiferencia, según el cual, basta con articular un recurso para entender que hay una queja a atender, pues los remedios extraordinarios son incanjeables debiendo fundarse y presentarse con sus nombres correctos y con la debida motivación que cada uno exige.

2. Sin embargo, el interés institucional también se moviliza en la dimensión del *iura novit curia*, y en tal sentido, el deber de actuar de oficio el control de convencionalidad, desenvuelve como ineludible la solución del caso.

Un lectura actual de la finalidad no exclusivamente individual del proceso judicial permite aceptar que la protección de algunos derechos pueda exigir criterios interpretativos más amplios para responder al requerimiento de Justicia sin sujetarse a esquemas procesales excesivamente formales, sobre todo cuando la norma de fondo resulta claramente contradictoria con mandatos convencionales y constitucionales de aplicación inmediata y clara al caso que debe resolverse.

En tal sentido la Corte Interamericana ha desarrollado el concepto de “*efecto útil*” de la sentencia. En tal sentido el Tribunal ha reiterado que “... Los Estados Partes de la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos

(es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales...”³⁶.

La decisión judicial que comentamos, sin apartarse del análisis técnico apropiado para la admisión del recurso, jerarquiza la importancia axiológica de la pretensión y en la tarea de hacer eficaz la cobertura integral de la incapacidad de la que hablan los Tratados Internacionales y la Constitución provincial, admite la demanda a través del control de convencionalidad usando las reglas que ha elaborado la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁶ Resolución de la Corte IDH, 1 de septiembre de 2010, Caso *Tristán Donoso vs. Panamá, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, cons. 6; Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), párr. 128; Caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, 27 de agosto de 2010, cons. 6; Caso *Iucher Bronstein vs. Perú. Competencia*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54, párr. 37; Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, cons., 6, Caso *Vargas Areco vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, cons. 5.

El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo¹

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

SUMARIO: I. El sistema interamericano de derechos humanos. Notas esenciales de su “control de convencionalidad”. 1. Niveles. 2. Orígenes. 3. Fundamento jurídico. 4. Efectos. 5. Sujetos habilitados para ejercer el control de convencionalidad. Su condición jurídica. 6. Instrumentación del control. 7. Presente y futuro. La construcción de un “*ius commune*”. 8. La superficie del control de convencionalidad interamericano. Los derechos económicos y sociales. II. El sistema europeo. 1. El control de convencionalidad practicado “desde arriba”. 2. El control de convencionalidad practicado por los jueces nacionales. Situaciones particulares. a) Francia. b) España. c) Alemania. d) Italia. III. Evaluación comparativa.

I. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. NOTAS ESENCIALES DE SU “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD”

1. Niveles

Una síntesis del régimen de “control de convencionalidad” gestado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos distingue en el mismo dos niveles diferentes².

¹ El presente trabajo se desarrolló en el Max Planck Institut de Heidelberg, Alemania, merced al aporte de la DAAD (*Deutscher Akademischer Austauschdienst Auszahlungsanordnung*). El autor agradece especialmente el apoyo institucional del Profesor Dr. Armin von Bogdandy y las contribuciones de Mariela Morales Antoniazzi, del Magistrado del Tribunal Constitucional Federal, Profesor Dr. Rudolf Mellinghoff, y de los profesores Matthias Herdeger, Matthias Hartwig y Carlos Fernández de Casadevante. Este estudio se agrega al programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

² Nos remitimos con más detalle y bibliografía, a nuestros anteriores trabajos, Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estu-*

a) Desde años atrás existía el control de convencionalidad (aunque no se lo llamase así) realizado por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien reputaba inválidas a normas del derecho local opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre. En el caso *La última tentación de Cristo*, por ejemplo, reputó violatoria del Pacto a una cláusula de la Constitución de Chile en materia de censura televisiva, y exigió su reforma, cosa que finalmente ocurrió. En *Boyce c. Barbados*, la Corte entendió que también infringía el Pacto una regla constitucional de este país, que impedía el control judicial de las normas anteriores a la constitución de 1996, aunque vulnerasen derechos fundamentales³. A esta variable se la llama, según los autores, control inter (o supra) nacional de convencionalidad, o “desde arriba”.

b) A partir de 2006, en *Almonacid Arellano*, la Corte Interamericana va a reclamar a los jueces nacionales que inapliquen, ellos mismos, las normas locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, y a su propia jurisprudencia. Tal es el segundo nivel del control de convencionalidad, y al que nos referiremos de aquí en adelante. Usualmente se la denomina control “nacional” de convencionalidad, o “desde abajo”. Otros prefieren denominarlo “externo” (respecto del Estado local).

2. Orígenes

El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del Juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v. gr., en los casos *Myrna Mack Chang* (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y *Tibi* (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)⁴.

dios constitucionales, Santiago de Chile, Centro de estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8 No. 1, 2010, p. 117 y ss.; Sagüés, Néstor Pedro, “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, 11/8/2010, pp. 1-3.

³ Ver Londoño Lázaro, María Carmelina, *El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, parágrafo E. Versión policopiada.

⁴ Cfr. Sobre estos antecedentes cfr. Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca, año 7 No. 2, 2009, pp. 110-113. En estos votos singulares del juez Sergio García Ramírez se vislumbraba al control de convencionalidad como una tarea a realizar por la Corte Interamericana,

Pero es formulado por el cuerpo en pleno, y de modo explícito, recién en *Almonacid Arellano*, el 26 de septiembre de 2006, considerandos 124 y 125. Sus rasgos esenciales son completados básicamente por dos sentencias más, *Trabajadores cesados del Congreso* (24 de noviembre de 2006, considerando 128), y *Radilla Pacheco*, del 23 de noviembre de 2009, considerandos 338 a 340. *Almonacid Arellano* sienta las líneas fundamentales del control de constitucionalidad que deben realizar los jueces nacionales, definiendo su papel *represivo* (inaplicación de las normas locales opuestas a la Convención americana sobre los derechos del hombre y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana). *Trabajadores cesados del Congreso* define que ese control debe realizarse aun de oficio, sin pedido de parte. *Radilla Pacheco* añade el papel *constructivo* y *armonizante* del control: vale decir, la interpretación y aplicación del derecho local según las referidas Convención y jurisprudencia.

El control de convencionalidad “nacional”, o “de abajo”, es además reafirmado por la Corte Interamericana en una familia de casos: *La Cantuta* (29 de noviembre de 2006, considerando 173), *Boyce vs. Barbados* (20 de noviembre de 2007, considerando 78), *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes* (9 de mayo de 2008, considerando 63), *Heliodoro Portugal* (12 de agosto de 2008, considerandos 180/1), *Manuel Cepeda Vargas* (26 de mayo de 2010, considerando 208 y nota 307), *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* (24 de agosto de 2010, considerando 311), *Fernández Ortega* (30 de agosto de 2010, considerando 237), *Rosendo Cantú* (31 de agosto de 2010, considerandos 219 y 220), *Ibsen Cárdenas y otro* (1° de septiembre de 2010, considerando 202), *Velez Loor* (23 de noviembre de 2010, considerando 287), *Gomes Lund* (24 de noviembre de 2010, considerando 176), y *Cabrera García-Montiel Flores* (26 de noviembre de 2010, considerando 225). Es muy importante en este caso, asimismo, el voto concurrente y razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer-Mac Gregor, ya que incluye un pormenorizado estudio de la doctrina y jurisprudencia del control de convencionalidad).

Esta multiplicidad de sentencias permite detectar ya la existencia de un derecho procesal transnacional consuetudinario, afirmativo del control de convencionalidad en el sistema interamericano.

El lector se extrañará de no encontrar mencionados, en los pronunciamientos de la Corte Interamericana en pleno, los antecedentes europeos

para disciplinar actos y prácticas estatales de conformidad con la convención americana sobre derechos humanos.

en la materia. Esto conduciría a pensar que la Corte ha diseñado un producto jurídico enteramente nuevo, lo que no es del todo así.

3. *Fundamento jurídico*

Este control es una creación jurisprudencial, producto por ende de un activismo tribunalicio. La Corte Interamericana lo funda básicamente en dos, o si se prefiere desdoblar uno de ellos, en tres argumentos: (i) el principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, por parte de los Estados (quienes se han comprometido a cumplir el Pacto de San José y a obedecer las sentencias de la Corte), combinado con (ii) el principio del efecto útil de los convenios, cuya eficacia no puede ser mermada por normas o prácticas de los Estados; y (iii), el principio internacionalista que impide alegar el derecho interno para eximirse de aquellos deberes, a tenor del art. 27 de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

En rigor de verdad, la obligación de los jueces locales de inaplicar el derecho doméstico opuesto al Pacto, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no emerge de ningún artículo del mismo. Los Estados, según el Pacto, solamente se comprometieron a cumplir las sentencias que dictase la Corte en procesos en los que fueron parte (art. 69)⁵. Se trata, entendemos, de una interpretación mutativa por adición⁶ que ha hecho la Corte del Pacto, explicable para fortalecer el sistema interamericano de los derechos humanos, incluyendo a la autoridad de la propia Corte.

Se debe subrayar que la doctrina jurisdiccional del control de convencionalidad “desde abajo” es decidida e *impuesta* por la Corte Interamericana

⁵ En el sentido de que no hay ninguna regla de la Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que obligue a los jueces nacionales a inaplicar las reglas de sus países si resultan violatorias de la convención, y menos, a entenderlas tácitamente derogadas, ver Fuentes Torrijo, Ximena, *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/ximenafuentes_spanish_pdf23/09/10.

⁶ En la interpretación mutativa por adición, el texto normativo (en el caso, el Pacto de San José de Costa Rica) permanece inalterado, pero su contenido se amplía por voluntad del intérprete-operador (en el caso, se le suma la obligación de los jueces nacionales de inaplicar el derecho interno opuesto al Pacto, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el Pacto, y a interpretar el derecho interno conforme al Pacto y a esa jurisprudencia). Ver sobre la interpretación constitucional mutativa Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, 2ª. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 42 y ss.

na, y *de modo directo*, a los jueces nacionales, vale decir, sin intermediarios que deban trasplantarla al ámbito de cada una de las naciones adheridas al Pacto de San José de Costa Rica, hecho que perfila a la Corte Interamericana como órgano *supranacional*⁷.

4. Efectos

El control de convencionalidad puede tener dos resultados.

a) El primero, es *represivo*, o destructivo. Cuando la norma doméstica opuesta al pacto o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es *inconvenional* o *anticonvenional*, tiene un resultado de mínima: no se aplica al caso bajo examen, se descarta o resulta inválida para el mismo. Como señaló aquella Corte en *Almonacid Arellano* (considerando 123), si un Estado mantiene normas internas opuestas a la Convención americana sobre los derechos del hombre, el Poder Judicial local “debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”. Pero también desde *Almonacid Arellano*, la Corte Interamericana se torna más severa en cuanto a la norma local cuestionada, ya que añade que ella carece, “desde su inicio”, “de efectos jurídicos”. Esto parece rozar la inexistencia del precepto en cuestión.

b) Después del caso *Rosendo Radilla Pacheco* (considerandos 338 a 340, ratificado por ejemplo en *Comunidad indígena Xákmok Kásek*, considerando 311, y en *Cabrera García-Montiel Flores*, considerando 233), la Corte Interamericana dibuja otra función del control de convencionalidad, con un efecto *positivo* o *constructivo*. En esta etapa, los jueces deben aplicar y hacer funcionar el derecho local de acuerdo con las reglas del Pacto de San José de Costa Rica, y según, también, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto justifica relecturas adaptativas del derecho nacional, de tipo *armonizante*, en consonancia, esto es, “conforme”, con el Pacto y tal jurisprudencia. Obliga también a distinguir entre interpretaciones “convencionales” e interpretaciones “inconvenionales” del derecho doméstico (las primeras, acordes con el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Las segundas, opuestas uno de ellos, o a ambos). El operador-juez tendrá que buscar y emplear solamente a las primeras. En concreto, debe consumir un exhaustivo *reciclaje* del material normativo

⁷ Ver sobre el tema von Bogdandy, Armin, “Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el Derecho Constitucional internacional e interno”, en Escobar García, Claudia (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y derechos humanos, 2010, p. 415.

local, aunque bien puede partir de la presunción de que éste no se opone, y que en principio es adaptable, al Pacto y a aquella jurisprudencia.

En rigor de verdad, 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 de la regla interna con los parámetros externos ya señalados, que deben iluminar y guiar la comprensión y la efectivización de las normas locales.

Por último: conforme lo indicado, 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.

Sin embargo, es obligado alertar que en otras situaciones el juez nacional, operador del principio de convencionalidad, tendrá un alto margen de creatividad cuando tenga que interpretar el derecho doméstico según las reglas del Pacto de San José, y no exista jurisprudencia (en el punto sometido a su revisión), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Allí, naturalmente, tendrá un vasto campo de acción, porque le tocará desplegar al Pacto sin el corsé interpretativo (en el caso, no diseñado) por la Corte Interamericana. Desde luego, eso no significa que pueda interpretar al Pacto como quiera, al estilo de una “interpretación libre”, porque aparte del texto del mismo, la interpretación histórico-autoral y la finalista lo estarán acompañando; pero hay que reconocer que en tal hipótesis cuenta con mayor autonomía.

En esos supuestos, cuando los jueces nacionales, como intérpretes-operadores del Pacto, lo interpretan sin que existan precedentes en el punto de la Corte Interamericana, nutren de contenido normativo a las reglas del Pacto. Por supuesto, sus sentencias no obligan a la Corte Interamericana; pero su trabajo puede ser muy provechoso para inspirar futuras decisiones de ésta, o que se acepten soluciones y recetas interpretativas expuestas por un tribunal nacional, admitidas por otros. En Europa, la expresión *diálogo entre jueces* (en el caso interamericano, traspolamos, entre la Corte Interamericana y los jueces locales) alude, en sentido alegórico, al escenario que describimos (ver *infra*, párrafo 10-a). El flujo jurisprudencial va desde arriba hacia abajo, desde abajo hacia arriba y horizontalmente, de un juez

o tribunal nacional hacia los demás órganos tribunales, de ese país y de los demás.

5. Sujetos habilitados para realizar el control de convencionalidad. Su condición jurídica

Se discute quiénes están autorizados para practicar el control “repressivo” de convencionalidad: si *todos* los jueces (control difuso) o solamente *algunos* (los habilitados para concretar el control de constitucionalidad). Hay ciertos países, en efecto, donde el común de los jueces no está habilitado para declarar la inconstitucionalidad de las normas, competencia reservada para sus tribunales o salas constitucionales, o corte suprema de justicia.

La duda nace porque en algunas sentencias, como en *Trabajadores cesados del Congreso*, la Corte Interamericana, al describir el control de convencionalidad, explica que “*los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad... evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes*”. Acto seguido aclara que el control debe verificarse teniendo en cuenta los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones (considerando 128). Estas frases puede entenderse, en una primera aproximación, como que reserva el aludido test de convencionalidad a los jueces que practican el control de constitucionalidad, y siempre dentro de los cánones y moldes rituarios nacionales pertinentes⁸. Si así fuera, el juez no autorizado para invalidar a normas inconstitucionales (como ocurre con el juez ordinario en Uruguay, Panamá, Costa Rica, Chile, y en buena medida en México, v. gr.), tendría que remitir el expediente donde apareciera una cuestión de convencionalidad, al órgano jurisdiccional habilitado para concretar lo primero. Lo que resultaría jurí-

⁸ Nos hemos pronunciado de tal manera en Sagüés, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, en *La Ley*, Buenos Aires 2009-B p. 761. En sentido similar parece inclinarse Humberto Nogueira Alcalá, cuando señala que los órganos que ejercen jurisdicción constitucional e interpretan el texto constitucional deben desarrollar un control de convencionalidad sobre los preceptos legales y administrativos en los casos a decidir. Ver Nogueira Alcalá, Humberto, “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en *Estudios constitucionales*, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2007, año 5 No. 1, p. 87.

dicamente absurdo, eso sí, es que nadie practicase, en el ámbito nacional, dicha faceta del control de convencionalidad.

Paralelamente, cabe alertar que para realizar el control de convencionalidad “constructivo” o “positivo”, todo juez está autorizado (y obligado, añadimos), para ello, ya que en tal hipótesis no va a declarar inconvencional a ninguna norma, es decir, no va a invalidarla, sino que solamente va a hacer funcionar e interpretar a un precepto del derecho interno según el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, circunstancia que está suponiendo que la norma nacional del caso puede ser compatible con estos parámetros, y que se la adapta a ellos. Esta tesis, que habíamos anticipado, es básicamente compartida por el juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su ilustrado voto concurrente y razonado, en *Cabrera García-Montiel Flores*⁹. El asunto es algo similar al caso del juez común de algunos de los países citados en el párrafo anterior, que aunque no se encuentre habilitado para declarar inconstitucional, v. gr., a una regla del código civil, de todos modos tiene, con el máximo esfuerzo posible, que modularla y hacerla operar conforme, y no contra, a la Constitución local. Y solamente en el supuesto de que esa misión sea definitivamente infructuosa, podrá derivar el problema al ente constitucionalmente programado para declararla inconstitucional.

Además de lo dicho, son numerosos los autores, que se perfilan quizá como mayoría, que entienden que el control de convencionalidad exigido por la Corte Interamericana es en definitiva difuso o desconcentrado, aun en su dimensión represiva o destructiva¹⁰, aparte de la constructiva o

⁹ Por nuestra parte, habíamos sostenido (ver Sagüés, Néstor Pedro, *Dificultades operativas del control de convencionalidad...* ob. cit. en nota 2, p. 1), que todos los jueces deben ejercer el control constructivo o positivo de convencionalidad, pero no todos el represivo o destructivo, limitado éste a los que pueden realizar el control de constitucionalidad. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto concurrente y razonado en *Cabrera García-Montiel Flores*, apunta que en sentido severo o intenso, apto para invalidar normas nacionales, el control de convencionalidad lo verifican los jueces habilitados para ejecutar el control de constitucionalidad; pero en el sentido más suave (de interpretación y funcionamiento del derecho local “conforme” al Pacto de San José y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana), lo hacen todos, siendo, en este rol, difuso.

¹⁰ En el sentido que el control de convencionalidad es de tipo desconcentrado o difuso, ver por ejemplo Hitters Juan Carlos, *op. cit.*, nota 4, p. 124 (el autor entiende que también deben realizarlo los poderes Ejecutivo y Legislativo), Londoño Lázaro, María Carmelina, *op. cit.*, nota 3, parágrafo 2, Mazzuoli, Valerio de Oliveira, *O controle jurisdiccional da convencionalidade das leis*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 42, 73 (en ciertos casos, apunta, el control de convencionalidad en abstracto concluye concentrado en el derecho brasileño), Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad*

positiva. Una nueva lectura del considerando 128 de *Trabajadores cesados del Congreso*, por un lado, muestra que aparte de los defectos de imprecisión que contiene, no hay allí, necesariamente, una exclusión del juez local no habilitado para realizar control de constitucionalidad, para que se abstenga también de realizar el de convencionalidad. Paralelamente, la mirada al derecho comparado (ver *infra*, parágrafo 10), en particular sobre el caso *Simmenthal*, decidido entonces por el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas, aconsejaría por analogía esta solución.

En todo caso, el juez local que realice la función represiva y la constructiva que le impone el control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana, está en verdad actuando como agente u operador del sistema interamericano de derechos humanos contemplado por el Pacto de San José de Costa Rica, antes que ejerciendo competencias domésticas como juez nacional. En palabras de Eduardo Ferrer Mac Gregor, aquí el juez nacional, guardián de la convencionalidad, se debe comportar como *juez interamericano*¹¹. De ahí que una ley o una jurisprudencia interna que —hipotéticamente— le impidiese esa labor, resultaría, obviamente, inconvencional (y por ende, inválida), ya que iría contra la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que se erige como intérprete final del Pacto.

Como observación final, el lector advertirá que en los más recientes casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alude genéricamente a los jueces nacionales como sujetos compelidos a realizar el control de convencionalidad (por ejemplo, en *Rosendo Cantú*, considerandos 219 y 220, y en *Fernández Ortega*, considerando 237, refiere a “todos sus órganos —del Estado—, incluidos sus jueces”, en *Velez Loor* a “los órganos de cualquiera de los Poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales” y en *Cabrera García-Montiel Flores*, considerando 225, a “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”), aunque siempre deje a salvo que ello es dentro del marco de sus competencias y regulaciones procesales correspondientes. La doctrina se repite, por ejemplo, en *Gelman*.

de las leyes y derechos humanos, México, Porrúa, 2008, p. 201, García Ramírez, Sergio, *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, México, Cuadernos del Seminario de Cultura Mexicana, 2009, p. 344; García Morelos, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, Ubijus, 2010, p. 41.

¹¹ Ferrer Mac Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (Coord.), *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*, México DF, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, p. 186; *op. cit.*, nota 7, pp. 177 y 186.

De estos últimos veredictos se desprende una directriz ampliatoria: incluir, entre los sujetos obligados a practicar el control de convencionalidad, a *todos* los organismos oficiales. Algunas veces ello es dicho en abstracto; en otras, más frecuentes, con referencia específica a los conectados con la administración de justicia. Ello provoca ciertos interrogantes: por ejemplo, un Ministro de Justicia, obviamente parte del Poder Ejecutivo, ¿está entonces facultado para inaplicar una ley que resulte inconventional, opuesta al Pacto de San José de Costa Rica, sin la previa declaración de inconstitucionalidad?

6. Instrumentación del control

En el mismo considerando 128 de *Trabajadores cesados del Congreso* la Corte Interamericana formuló una importante definición: el control de convencionalidad realizado por los jueces nacionales, debe verificarse a pedido de parte, pero también *de oficio*, circunstancia que importa una significativa carga para tales magistrados. Los jueces nacionales, por ende, no pueden ignorar al Pacto, cosa por cierto obvia. Pero tampoco pueden desconocer, ni ir en contra de, la jurisprudencia de aquella Corte.

El control se realiza mediante un trabajo de comparación normativa. Hay una “norma de referencia” (o *controlante*), que es el Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los derechos del hombre, *con más* la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Pacto, vertida (dado que el Tribunal no hace diferenciaciones), en sentencias contenciosas definitivas o de reparaciones, resoluciones interpretativas de sus fallos, medidas provisionales u opiniones consultivas. Subrayamos que toda esa doctrina judicial de la Corte adquiere entonces, por su propia voluntad, *rango normativo equiparable al mismo Pacto*. Y hay normas *controladas*, conformadas por todo el derecho de cada país, formal o consuetudinario, incluyendo la Constitución. En *Almonacid Arellano* la Corte Interamericana señaló que el control de convencionalidad se practicaba sobre las “leyes contrarias a su objeto y fines”, pero en *Trabajadores cesados del Congreso*, siempre en el mentado considerando 128, mencionó como material controlado a las “normas jurídicas internas”, sin diferenciar a las subconstitucionales o a las constitucionales.

El control de convencionalidad está suponiendo que el material controlante es jurídicamente superior al controlado. Solamente así se explica que el primero pueda provocar la inaplicación, si es inconventional, del

segundo. Con acierto, Eduardo Ferrer Mac Gregor habla, al respecto, de un principio de “supremacía convencional”¹².

Esta tesis puede ser difícil de digerir en países donde su Constitución está por encima del Pacto, por más que éste se encuentre sobre las leyes, e incluso en naciones donde el Pacto y la Constitución tienen la misma cotización jurídica (v. gr., Argentina, puesto que su art. 75 inc. 22 indica que el Pacto tiene jerarquía constitucional). Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque no lo diga expresamente, *el Pacto vale jurídicamente más que la Constitución*. Pero pocas constituciones se embarcan en tal línea, e incluso en varias de ellas tal tesis se encuentra seriamente disminuida por una jurisprudencia correctora, y de vez en cuando, desnaturalizadora¹³.

Como observación complementaria, debe recordarse que en *Almonacid Arellano*, e igualmente en otros veredictos que lo siguen, la Corte Interamericana alertó que el control de convencionalidad se refería, por ejemplo, a la Convención Americana sobre los derechos del hombre, pero mencionó igualmente a que ello podía ocurrir con otros tratados internacionales. Siguiendo este discurso, es factible pensar, entonces, también en un control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales, respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹² Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 10, p. 185. Cabe formular, desde luego, una excepción: si el derecho doméstico es más protector que el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en cuyo caso prevalece, de acuerdo al principio *pro homine*, retratado por el art. 29-b del Pacto de San José de Costa Rica.

¹³ Por ejemplo, las constituciones de Guatemala (art. 46), Bolivia (art. 256-1), Ecuador (art. 424) y la de Venezuela. Esta última dispone en su art. 23 que los tratados, pactos o convenciones relativos a derechos humanos, suscriptos y ratificados por ese país, “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y leyes de la República”. Ver, sin embargo, lo detallado *infra*, parágrafo 7 y nota 20. En Guatemala, donde los tratados sobre derechos humanos tienen, a tenor del art. 46 de la constitución, categoría en verdad supraconstitucional, como bien la llama Pablo A. Bonilla (puesto que prevalecen sobre toda regla de derecho interno), también ha existido una jurisprudencia reductora de la Corte de Constitucionalidad, según la cual esos tratados tienen un rango constitucional siempre que no entren en colisión frontal con la Constitución (sentencia dictada en expediente 280-90, Gaceta N° 18). Ver Bonilla, Pablo A., “El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico-práctico de su posible operatividad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2010, Año XVI, p. 56, nota 32.

En una sugestiva apertura, Eduardo Ferrer Mac Gregor (ver su voto concurrente y razonado en *Cabrera García-Montiel Flores*), habla incluso de un *bloque de convencionalidad* compuesto por el Pacto de San José, pero asimismo por los protocolos de San Salvador de Bahía, el de Abolición de pena de muerte, la convención de Belem do Pará y la de desaparición forzada de personas, que configuran un *corpus iuris interamericano*. La idea empalma, es verdad, con los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque cabe reconocer que, en el orden de las realidades, su instrumentación depende, primero, de que se consolide la aplicación del control de convencionalidad, represivo y constructivo, con relación al Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de dicha Corte.

7. *Presente y futuro. La construcción de un ius commune*

Las variables del éxito o del fracaso del sistema interamericano de control de convencionalidad van a depender de dos factores: (i) el contenido de los pronunciamientos de la Corte Interamericana (a mayor acierto, es decir, a mayor legitimidad, prudencia y sensatez de sus veredictos) mayor posible seguimiento de su doctrina, y (ii) la voluntad de cumplimiento de los operadores nacionales judiciales, respecto de las directrices de la Corte.

En opinión de esta última (caso *Cabrera García-Montiel Flores*, considerando 225), el control de convencionalidad ha sido aceptado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, por el anterior Tribunal Constitucional de Bolivia, por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, por el Tribunal Constitucional del Perú, por la Corte Suprema de Justicia de Argentina y por la Corte Constitucional de Colombia. Varios de estos pronunciamientos, sin embargo, son anteriores a *Almonacid Arellano*, que es cuando la Corte Interamericana enuncia el control de convencionalidad como tarea obligatoria para los jueces nacionales.

Hasta el momento, nos parece, se registran cinco actitudes principales con referencia a la doble función del control de convencionalidad, la represiva y la constructiva (v. *supra*, parágrafo 4)¹⁴:

¹⁴ Agradezco especialmente los aportes de José Antonio Rivera (Bolivia), Marcelo Figueiredo y Valerio de Oliveira Mazzuoli (Brasil), Anita Giacometto y Fernando Arango (Colombia), Rubén Hernández Valle (Costa Rica), Gonzalo Aguilar (Chile), Hernán Salgado Pesantes (Ecuador), Florentín Meléndez (El Salvador), Eduardo Ferrer Mac Gregor y Gumesindo García Morelos (México), Iván Escobar Fornos (Nicaragua), Jorge Silvero (Paraguay), Gerardo Eto Cruz y Mijail Mendoza (Perú), Eduardo Esteva

a) *aceptación expresa*. Es el caso de Argentina, cuya Corte Suprema, y con citas entrecomilladas, en los casos *Mazzeo y Videla y Massera*, ha consentido explícitamente la tesis fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad, detallada, v. gr., en los casos *Almonacid Arellano y Trabajadores cesados del Congreso*¹⁵. Tal doctrina se ha empleado para inaplicar normas nacionales, algunas de ellas muy importantes y con gran repercusión pública, opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, e incluso para modelar la vigencia de normas constitucionales. Los jueces inferiores, a su turno, manejan también los instrumentos internacionales de derechos humanos para la interpretación constructiva o positiva del derecho interno, conforme a ellos. También en su versión de control destructivo o represivo de leyes y normas inferiores, para lo cual cabe recordar que en el país el Pacto de San José de Costa Rica tiene rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución).

b) *aceptación tácita calificada*. Según jurisprudencia anterior de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango cuasi supraconstitucional. Ello haría operar, sin problemas, el control de convencionalidad. Los jueces inferiores generalmente no practican tal control, aunque elevan el caso, vía consulta de constitucionalidad, a la Sala Constitucional. Hay quienes ven en ello un beneficio, a fin de evitar interpretaciones divergentes por parte de tales jueces, y sentar criterios uniformes mediante la jurisprudencia de la aludida Sala.

c) *aceptación tácita parcial*. En Perú, los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional, aunque están sometidos, en el fondo y forma, al control de constitucionalidad (Tribunal Constitucional, caso *Colegio de Abogados de Arequipa*). Por ende, puede haber control de convencionalidad destructivo o represivo sobre las leyes, aunque (aparentemente), no sobre la constitución, sin perjuicio de intentarse, en

Gallicchio (Uruguay) y Carlos Ayala Corao (Venezuela), cuya información ha sido necesaria para elaborar este tramo del presente estudio, y a la que me remito.

¹⁵ Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, caso *Mazzeo*, en *La Ley*, Buenos Aires, 2007-D p. 426, y caso *Videla y Massera*, sentencia del 31 de agosto de 2010, considerando 8°. Sin embargo, debe advertirse que la Procuración General de la Nación, en un dictamen vertido en la causa *A., J. E. sobre recurso de casación*, ha advertido que en ciertos casos puede haber razones constitucionales locales que se opongan a la aplicabilidad de la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver Gelli, María Angélica, “El valor de la jurisprudencia internacional”, en *La Ley*, 2010-C, p. 1192.

todo caso, la interpretación “conforme” (o control de convencionalidad “constructivo”, como lo llamamos), entre el derecho interno, incluida la constitución, y los aludidos tratados. Sobre esto, según el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú (ley 28.237), el contenido de los derechos constitucionales debe interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte. En *Vera Navarrete* (9/12/2004), el Tribunal Constitucional expresó que hay un mandato imperativo para todas las autoridades, en la aplicación directa de las normas consagradas en los tratados internacionales, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que Perú se encuentra suscriptor. Otra sentencia importante del Tribunal Constitucional es *Castillo Chirinos* (21/7/2006), donde infiere, del art. 62.3 del Pacto de San José de Costa Rica, que las sentencias de la Corte Interamericana que interpretan al Pacto, son vinculantes “para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”, y aunque el Estado peruano no haya sido parte en el proceso respectivo. Estos dos últimos veredictos son expresamente mencionados por la Corte Interamericana en el caso *La Cantuta* (consid. 185), del 29/11/2006.

Puede constatarse la aceptación tácita simple del control de convencionalidad en su versión destructiva o represiva, sobre leyes (no sobre la Constitución), en Chile. Para ello el Tribunal Constitucional aplica jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la de otros tribunales internacionales, y la hace jugar en concordancia con el art. 5° de la Constitución de Chile, que enuncia el deber de respetar los derechos esenciales reconocidos por los tratados sobre derechos humanos ratificados por tal país. Por vía indirecta, una regla local subconstitucional opuesta a las normas convencionales y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, puede pecar de inconstitucionalidad. Así, en la sentencia 1340/09, dicho Tribunal declaró inconstitucional el art. 206 del código civil, por entenderlo contrario al Pacto de San José, y con mención de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En El Salvador, después de la renovación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, en 2009, puede observarse también una intensa aceptación tácita del control represivo y constructivo de constitucionalidad en varios pronunciamientos de tal tribunal. Tomando uno muy demostrativo al respecto, el caso *Roberto Bukele*, el lector encontrará reiteradas citas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidas en expedientes tales como *Ivcher Bronstein*, la opinión consultiva 5/85, *Olmedo Bustos*, *Herre-*

ra Ulloa, *Tristán Donoso*, *Palamara*, *Kimel*, etc., motivo por el cual se declara inconstitucional un artículo del código penal salvadoreño, tanto por infringir la Constitución como el Pacto de San José de Costa Rica¹⁶. El Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana son utilizados aquí tanto para entender y guiar la interpretación del derecho nacional, como para descalificar las reglas de éste que se opongan a los dos primeros. En el caso *Ulloa*, apunta Florentín Meléndez, la Sala Constitucional realizó una interpretación “conforme” de una cláusula de la Constitución con el Pacto de San José de Costa Rica, a fin de no colisionar con éste, y priorizó la aplicación del Pacto sobre la legislación interna. El mismo autor añade que no hay un pronunciamiento expreso de la Sala Constitucional que priorice el Pacto sobre la Constitución, en parte por no encontrarse oposiciones entre el primero y la segunda, y que no es una constante que los jueces comunes privilegien el Pacto y su interpretación por la Corte Interamericana sobre el derecho interno, aunque algunas veces sí se practica tal fiscalización.

En Bolivia, en su anterior composición, el Tribunal Constitucional aceptó expresamente el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El nuevo Tribunal Constitucional no se ha expedido al respecto. Los jueces ordinarios, por su parte, no acostumbran inaplicar el derecho interno inconventional, aunque de ser necesario, el expediente era elevado al Tribunal Constitucional, para dirimir el punto.

En Uruguay, la ley 18.515, del año 2009, ha propiciado un control constructivo de constitucionalidad al indicar que “constituyen principios rectores para la interpretación, aplicación e integración de las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones, las disposiciones consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. La nueva norma agrega que “Asimismo, se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, salvo que los estándares nacionales fueren más favorables para las personas. Por su parte, la Corte Suprema realizó un verdadero control implícito de convencionalidad, al declarar inconstitucional algunos artícu-

¹⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, *3 sentencias representativas de la nueva Sala de lo Constitucional*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010, p. 1 y ss., 99 y ss.

los de la ley 15.848, o de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (en verdad, una suerte de amnistía de militares y policías), por infringir el Pacto de San José de Costa Rica, y lo hizo con fundamento en el art. 72 de la Constitución, por el cual las convenciones internacionales de derechos humanos pueden considerarse integradas a la ley suprema.

En Colombia, su Corte Constitucional ha hecho uso del Pacto de San José de Costa Rica y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fundar sus veredictos, con lo que puede hablarse de una aceptación tácita del control constructivo de constitucionalidad. Los jueces ordinarios, en acciones de tutela (que habitualmente se equipara al juicio de amparo) han ejercitado en varios casos control de convencionalidad para inaplicar reglas internas colisionantes con aquellos parámetros.

d) *silencio*. No existen pronunciamientos explícitos sobre la aceptación o rechazo de la doctrina del control de convencionalidad en Brasil, en sentencias del Tribunal Supremo Federal, aunque sí votos aislados que pueden fundamentarlo, y aportes doctrinarios muy terminantes al respecto, como los de Valerio de Oliveira Mazzuoli, que lo propicia de modo difuso¹⁷. También hay silencio en la Suprema Corte de Justicia de México, que todavía sostiene la primacía de la Constitución sobre las convenciones internacionales sobre derechos humanos¹⁸, sin perjuicio de que el control de convencionalidad, fuertemente entendido, sea auspiciado por autores de valía, como Eduardo Ferrer Mac Gregor y Gumesindo García Morelos, y que algún órgano tribunalicio haya aceptado en buena medida tal propuesta, como el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa y de Trabajo del décimo primer circuito de México, que en el caso *Negrete*, en 2009, indicó que el derecho convencional estaba al nivel de la Constitución, y que los tribunales domésticos, nacionales y estadua-

¹⁷ Mazzuoli, Valerio de Oliveira, *op. cit.*, nota 10, pp. 42 y ss., 73 y ss. Apunta Marcelo Figueiredo, en trabajo remitido al autor, que en Brasil, y no obstante la reforma 45/2004, todavía el Tribunal Supremo Federal conceptúa a los tratados internacionales sobre derechos humanos como, en el mejor de los casos, superiores a las leyes, pero no con rango constitucional y menos superiores a la Constitución. En ciertos casos ha aplicado el principio “pro persona”, o de la norma más favorable al ser humano. Hay ciertos tratados que requieren mayorías especiales para su aprobación legislativa, con rango, en tal caso, equivalente a una enmienda constitucional.

¹⁸ Del Rosario Rodríguez, Marcos Francisco, “La supremacía constitucional y su evolución jurisprudencial en México”, en *Ars Juris*, México, Universidad Panamericana, 2010, N° 43, pp. 43-44.

les, deben realizar un control de convencionalidad sobre las disposiciones jurídicas internas¹⁹.

La actitud de silencio subsiste en la nueva Corte Constitucional de Ecuador, erigida por la Constitución de 2008. De todos modos, en éste y otros países, no cabe descartar alguna forma de recepción tácita, de modo tangencial, en términos relativos y en ciertos aspectos, del control de convencionalidad, por ejemplo sobre la interpretación del derecho doméstico conjuntamente o en coincidencia con las normas de la convención americana sobre derechos del hombre, o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

e) *negación tácita. Doctrina del “nacionalismo constitucional absoluto”*. En el caso “Apitz Barbera”, del 18 diciembre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela entendió que puesto que la Constitución de dicho Estado no decía que el Pacto de San José de Costa Rica se encontraba por encima de la Constitución, ésta tenía superioridad sobre aquél. Al respecto, se basó en el art. 7º de la constitución venezolana, que define a la Constitución “es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución...” De hecho, y paradójicamente, la Sala Constitucional aludida, en cuanto intérprete final de la Constitución, se ha arrogado ejercer (sentencia 1942, del 15 de julio de 2003), sobre las sentencias de la Corte Interamericana, una suerte de *exequatur*, o “pasavante”, a fin de determinar si son compatibles o no con la constitución venezolana, declarando inejecutables a algunas de ellas (sentencia 1936, del 12 de diciembre de 2008). Para Ayala Corao, esta postura se basa en la doctrina del *nacionalismo constitucional absoluto*, la que juzga que si media una confrontación entre un tratado constitucional y la constitución, ésta, apoyada en la soberanía nacional, debe siempre prevalecer. En definitiva, la Sala Constitucional declaró inejecutable aquella sentencia de la Corte Interamericana, e invitó al Poder Ejecutivo a denunciar el Pacto de San José de Costa Rica, en base al principio de “colaboración de los poderes”²⁰.

¹⁹ Ver García Morelos, Gumesindo, *op. cit.*, nota 10, p. 29 y ss.; Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *op. y p. cit.* nota 11. Sobre el caso *Negrete*, cfr. *Diálogo jurisprudencial*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros, 2009, N° 6, p. 11 y ss.

²⁰ Sobre el tema, ver Ayala Corao, Carlos, *La “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela 1999-2009*, Caracas, Fundación García Pelayo, 2009, *passim*; Brewer Carías, Allan R., *Crónica sobre la “in”justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, *passim*.

Esta postura es la tesis diametralmente opuesta al control de convencionalidad, ya que lo subordina al control de constitucionalidad.

En síntesis, un reportaje al momento actual (comienzos de 2011) muestra lo siguiente: (i) pocos países han aceptado el ejercicio de un control de convencionalidad intenso sobre el derecho doméstico, en su versión de control represivo apto incluso para invalidar reglas constitucionales locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ocasionalmente, ese papel represivo ha avanzado sobre normas internas subconstitucionales. Tal situación es perfectamente explicable, dado que solamente en un puñado de naciones se acepta que el Pacto pueda hallarse por encima de la Constitución; (ii) se ha ganado bastante terreno en el operativo de realizar tácitamente un control de convencionalidad positivo o constructivo, en el sentido de reinterpretar al derecho interno, incluso el constitucional, de conformidad con el Pacto y la jurisprudencia mencionada; (iii) la actitud negativa implícita de Venezuela respecto de la plena vigencia del control de convencionalidad, y la consecuente doctrina del “pasavante” o *exequatur*; no ha tenido mayor predicamento en la región; (iv) es raro que las cortes constitucionales latinoamericanas, o quien haga sus veces, acepten expresamente la doctrina del control de convencionalidad. Ello puede explicarse algunas veces por razones políticas, puesto que dicha admisión involucraría la categorización del Pacto y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como material normativo supraconstitucional (hecho que para muchos importaría una degradación del derecho nacional), y en otras por razones prácticas, derivadas de la falta de adecuada divulgación de la aludida doctrina.

Desde el punto de vista práctico, emerge una seria dificultad operativa para cumplir con la Corte Interamericana: no existe una reseña o sumario de sus sentencias y opiniones consultivas, de tal modo que quien desee conocer y aplicar su jurisprudencia, debe leer varios miles de páginas para descubrirla. Y esto es una tarea casi imposible de exigir para la totalidad de los jueces del sistema interamericano de derechos humanos. La Corte Interamericana debe ser aquí consecuente: si exige mucho a los tribunales internos, también ella deberá exigirse para transmitir mensajes claros y cognoscibles por todos los destinatarios.

Lo cierto es que merced al control de convencionalidad, en su doble función represiva y constructiva, la Corte Interamericana y los jueces nacionales ingresan como protagonistas artífices de un derecho común interamericano, al edificar estándares y reglas uniformes en la región, y derribar las antinormas o las antiinterpretaciones que se les oponen. No

en vano se ha comparado esta gestión en un operativo de casación inter o supranacional, según se lo mire, en materia de los derechos humanos del área.

8. La superficie del control de convencionalidad interamericano. Los derechos económicos y sociales

Resulta relevante destacar que en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cupo principal de derechos en juego ha sido, por ejemplo, en materia de derechos a la vida, integridad personal, derechos políticos, libertad de expresión y al debido proceso, antes que derechos económico-sociales. Ello se explica porque la Convención Americana sobre derechos del hombre, respecto de los últimos, es relativamente parca, aunque deriva a la Carta de la Organización de los Estados Americanos y a su reforma por el Protocolo de Buenos Aires (art. 26). Y también, porque la Corte Interamericana debió afrontar inicialmente, de modo inmediato y urgente, graves violaciones a derechos humanos por delitos de lesa humanidad, como los derivados del terrorismo de estado; al par que tuvo que afirmar libertades estratégicas para la democracia, como la libertad de expresión, y las garantías concernientes al debido proceso.

También es cierto que el Protocolo de San Salvador, del 17 de noviembre de 1988, es adicional a la Convención o Pacto de San José de Costa Rica, y se dedica puntualmente a los derechos económicos, sociales y culturales. Su art. 19, habilita las instancias jurisdiccionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana, pero con referencia a los derechos establecidos en el párrafo a) del art. 8º y en el art. 13 de dicho Protocolo, concernientes a la organización sindical y a la educación.

Lo dicho no ha impedido, sin embargo, que la Corte Interamericana de derechos humanos abordase directa o tangencialmente temas económico-sociales o vinculados con ellos y por ende, que estableciera jurisprudencia ahora vinculante conforme a la doctrina del control de convencionalidad, en asuntos (y la lista que sigue, en materias y fallos, no agota el catálogo), como los siguientes: (i) asociación (*Baena Ricardo, Huilca Tecse, López Álvarez*), (ii) desarrollo progresivo de los derechos (*Cinco Pensionistas, Comunidad Indígena Yakye Axa, Trabajadores cesados del Congreso*), (iii) familia (*Castillo Páez, Hermanas Serrano Cruz, Fermín Ramírez, García Asto y Ramírez Rojas*), (iv) libertad sindical (*Baena Ricardo, Acevedo Jaramillo*), (v) derechos del niño

(*Villagrán Morales, Instituto de Reeducación del Menor, Masacre de Pueblo Bello, Vargas Arco*), (vi) propiedad privada individual y comunal o comunitaria aborigen (*Palamara Iribarne, Comunidad Indígena Sawhoyamaya, Masacres de Ituango*), (vii) derechos de autor (*Palamara Iribarne*), (viii) naturaleza de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (*Baena Ricardo*), (ix) pérdida de vida y de chance (*Loayza Tamayo, Castillo Páez*), (x) proyecto de vida (*Villagrán Morales, Gutiérrez Soler, Cantoral Huamaní*), (xi) jubilaciones y montos pensionarios (*Acevedo Buendía*), (xii) derecho a una existencia digna (*Zambrano Vélez, Ximenes Lopes, Montero Aranguren*), (xiii) aplicación del Protocolo de San Salvador (*Baena Ricardo, Instituto de Reeducación del Menor*), etc.

Resulta llamativo, en ese orden de ideas, constatar cómo la Corte Interamericana, al tratar ciertos derechos tradicionales incluidos en el Pacto de San José de Costa Rica, como los de vida digna y propiedad, haya formulado desarrollos inusitados en materia económico-social, partiendo por ejemplo del derecho de los pueblos aborígenes a sus tierras, para abordar acto seguido el derecho al agua, a los alimentos, nutrición, salud y educación básica, en especial para los sectores más desguarnecidos de la sociedad (caso *Comunidad Xákmok Kásec*, del 24 de agosto de 2010, v. gr.).

Otra pauta significativa de la Corte Interamericana ha sido enfatizar que toda persona que se encuentre en condiciones de vulnerabilidad es titular de una protección especial por parte del Estado, y ha ejemplificado tal tesis, por ejemplo, con referencia a niños y adolescentes en situación de riesgo, poblaciones indígenas y personas que viven en condiciones de extrema pobreza. Aparte de ello, ha dicho que la atención médica eficaz de salud mental debe estar disponible a todo individuo que lo necesite (caso *Ximenes Lopes*, del 4 de julio de 2006, v. gr.).

En resumen, se abre aquí una interesante perspectiva del control de convencionalidad interamericano, en la esfera económico-social, que seguramente tendrá mayor despliegue en el futuro.

II. EL SISTEMA EUROPEO

1. *El control de convencionalidad practicado “desde arriba”*

En el caso europeo, cabe recordar la doble estructura imperante.

a) Por un lado, la Unión Europea, donde opera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, situado en Luxemburgo, cuyos antecedentes —cuan-

do se denominaba Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas—, en *Van Gend en Loos*, (1963) *Costa v. ENEL*, (1964) y *Simmenthal* (1978), resultan emblemáticos en esta materia. Se injerta ahora dentro del esquema del Tratado de Lisboa. La Unión Europea abarca a 27 estados²¹.

Como aclaración complementaria, debe tenerse en cuenta que las relaciones de prioridad o de prevalencia entre el derecho comunitario europeo y las normas europeas en materia de derechos humanos, respecto de los derechos nacionales, ha dado lugar a numerosas controversias y mutaciones en los países del área²².

b) Por otro, se encuentra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, (que en francés se denomina Corte Europea de Derechos Humanos, órgano del Consejo de Europa) que cuenta con 47 estados) y del Convenio europeo de derechos humanos, que practica por sí mismo control de convencionalidad, incluso sobre constituciones locales, inaplicando las opuestas al Convenio. Algunas veces el control de convencionalidad se realiza para contrarrestar la acción de los estados; y en otras, para atacar la omisión del legislador nacional, en ambos supuestos contra el Convenio²³.

²¹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso 6/64, cit. por Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2009, Año 7 n° 2, p. 113. Sobre los restantes casos, ver Vidal, Carlos, “Alemania”, en Tajadura, Javier y de Miguel, Josu (Coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 50. En *Internationale Handelsgesellschaft*, (1970) el mismo Tribunal supranacional añadió que no se puede válidamente recurrir al derecho interno para juzgar la validez de normas pronunciadas por las instituciones comunitarias, porque de lo contrario se podría en riesgo la uniformidad del funcionamiento del derecho comunitario en todos los Estados miembros de la hoy Unión Europea.

²² Ver, por ejemplo, Tajadura, Javier y de Miguel, Josu, (coords.), *op. cit.*, nota 21, *passim*.

²³ Ver por ejemplo sobre el contralor por convencionalidad de constituciones, los casos *Partie communiste unifié de Turquie*, del 20/11/98, y *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, 28/10/99, cit. por Sudre, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8ª ed., Paris, Presses universitaires de France, 2006, pp. 191-2. También, el caso *Open Door y Dublin Well Woman*, en Ruiz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, ed. Tecnos, 1997, p. 42. El autor observa que en dicho fallo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sustituyó la interpretación que había hecho el Tribunal Supremo de Irlanda, de la constitución de ese mismo país. Respecto de la inconvencionalidad por acción o por omisión, de este mismo autor, *ibidem*, p. 41.

2. *El control de convencionalidad practicado por los jueces nacionales. Situaciones particulares*

En el sistema europeo, en efecto, y dentro concretamente en la esfera de la Unión Europea, una sentencia decisiva en esta materia es el caso *Administration des finances italiennes c. Simmenthal*, del 9 de marzo de 1978, del hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En tal pronunciamiento, dicha corte atribuyó de modo difuso a los jueces nacionales la condición de jueces de derecho común del derecho comunitario, puntualizando que aquel control, por el que cabe dar supremacía a este derecho sobre el local, no debe quedar en las manos exclusivas de las cortes constitucionales de los estados. En definitiva, El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, Tribunal de Justicia de la Unión Europea), dijo que *El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional*²⁴.

Por ende, se infiere de lo dicho que (i) el derecho interno no puede impedir la aplicación del derecho comunitario, pero sí es posible para el derecho comunitario impedir la aplicación del derecho doméstico; (ii) que no corresponde, para inaplicar al derecho doméstico contrario al derecho comunitario, que la norma interna sea previamente declarada inconstitucional por los órganos especializados de la jurisdicción constitucional. Los jueces comunes, en definitiva, terminan como órganos del orden jurídico comunitario, para asegurar su supremacía.

La importancia de la sentencia *Simmenthal* es evidente, y ha producido resultados en diversos ámbitos. Los jueces comunes, de órganos de aplicación del derecho local, pasan a convertirse en operadores comunitarios de fiscalización de ese derecho. También, en órganos de tutela de los derechos conferidos por el derecho comunitario a los justiciables, por lo que este derecho, de tal modo, adquiere efecto directo. Y en ciertos casos, ha llegado incluso a hablarse de “la rebelión de los jueces inferiores contra sus

²⁴ Bruce, Eva, *Controle de constitutionnalité et controle de conventionnalité. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, p. 24. www.afdc.fr/congresmtp/textes5/bruce2.pdf 23/09/2010. El texto citado se toma de Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, t. I p. 1207.

superiores” —expresión de Ruiz-Jarabo— ya que la tesis *Simmenthal* confía a los magistrados comunes competencias que, en un orden parecido (aunque no idéntico), como es el control de constitucionalidad, las constituciones locales, a menudo, solamente otorgan a tribunales constitucionales de tipo superior, concentrado y especializado. *Simmenthal*, en efecto, se inclina hacia un régimen difuso o desconcentrado de contralor. Finalmente, la norma interna contradictoria del derecho comunitario termina inaplicada, al padecer de “una radical ausencia de eficacia jurídica”²⁵.

Paralelamente, cabe observar que en el régimen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se ha pronunciado una sentencia idéntica a *Simmenthal*. Dicha corte, pues, no ha ordenado claramente a los jueces nacionales que inapliquen el derecho doméstico contrario a la convención europea de derechos humanos, aunque sí ha dispuesto (*Rumpf c. Alemania*), que los estados deben establecer mecanismos, incluso mediante legislación, para remediar el incumplimiento reiterado de sus obligaciones contraídas según la convención²⁶. Por lo demás, hay sistemas nacionales muy distintos acerca de cómo cotizar e interactuar jurídicamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En ciertos casos se ha optado por conferirle status constitucional (Austria), y en otros por darle precedencia sobre todo el derecho doméstico, incluido el constitucional (Holanda). Pero en otros estados se mantiene al Convenio con rango legal, bajo la Constitución (Alemania)²⁷.

El ejercicio concreto del control que hemos descrito, que en verdad es control de convencionalidad, y que Francisco Fernández Segado llama “control de comunitariedad”, asume pues en la práctica distintas posiciones. Hemos seleccionado algunas experiencias nacionales.

a) Francia. Al parecer, en 1975, fue aquí donde el Consejo Constitucional utilizó por primera vez la expresión *control de convencionalidad*²⁸. Analizaremos sus rasgos esenciales.

1) *Características del control de convencionalidad.* Precisamente, en la sentencia *IVG (Interruption volontaire de grossesse)*, del 15 de enero de 1975), el

²⁵ Cfr. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 24, pp. 1207-10.

²⁶ Información suministrada por el Profesor Matthias Herdegen, Director del Instituto de Derecho Internacional y del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Bonn.

²⁷ Lübke-Wolff, Gertrude, *ECHR and National Jurisdiction – The Görgülü Case*, en *HFR* 2006, Beitrag 12, Seite 1, p. 1.

²⁸ Cfr. Mazzuoli, Valerio de Oliveira, *op. cit.*, nota 10, pp. 64 y 71. El autor califica la expresión *control de convencionalidad* como un neologismo poco elegante.

Consejo Constitucional francés se negó a realizar un “control de convencionalidad” o de fiscalización de la conformidad de las leyes francesas con un tratado internacional, dentro del mecanismo de control de constitucionalidad.

Para el Consejo Constitucional, una cosa es el control de constitucionalidad de las leyes, que sí debe practicar, en los supuestos previstos por la Constitución, y en donde la superioridad de la misma tiene carácter “absoluto y definitivo” respecto de las leyes; y otra, la superioridad de los tratados o convenciones —que solamente tienen jerarquía “relativa y contingente”— sobre las leyes, la que genera el control de convencionalidad²⁹. Para esto último, el Consejo Constitucional no se consideró competente. El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, para el referido Consejo, tienen pues naturaleza diferente³⁰.

Pero del hecho que el Consejo Constitucional no fuese competente, no se desprendía que en Francia no hubiese control de convencionalidad. Con el fin de respetar el art. 55 de la constitución, que establece el principio de la superioridad del tratado internacional sobre una ley nacional, el Consejo entendió que la misión de asegurar esa primacía, y de efectivizar por tanto el “control de convencionalidad” de las leyes, debía quedar en manos de las jurisdicciones ordinarias. En concreto, del juez judicial y del juez administrativo, que se convirtieron de tal modo en jueces de aplicación de la condición de la supralegalidad de los tratados, proclamada por aquella cláusula de la constitución³¹.

El control de convencionalidad en manos del juez ordinario tiende a perfilarse como difuso, inmediato y permanente. La norma de referencia, que para nosotros se perfila como material normativo controlante, es la comunitaria o supranacional. El juez común, escribe Pacteau, debe inaplicar la ley interna contraria a la norma superior. En la práctica, ello ha permitido por parte del juez común un control sobre la ley “bastante más penetrante que el atribuido al Consejo Constitucional... Hoy, el juez ordinario es el verdadero juez del control de la ley. El verdadero problema que se plantea es el de la compatibilidad entre las normas comunitarias,

²⁹ Cfr. Sudre, Frédéric, *op. cit.*, nota 23, pp. 192-3.

³⁰ Bruce, Eva, *op. cit.*, nota 24, p. 24.

³¹ Sudre, Frédéric, *op. cit.*, nota 23, p. 193; Bruce, Eva, *Contrôle de constitutionnalité...*, *ob. cit.*, nota 24, p. 2.

supranacionales e internacionales, con las del ordenamiento jurídico y de la Constitución francesa”³².

Surgió así lo que Eva Bruce denomina una “competencia jurisdiccional bipartita”: a) la del Consejo Constitucional, como juez de la constitucionalidad directa de la Constitución, para invalidar las leyes opuestas a ella, b) y la de los jueces ordinarios, como jueces de la convencionalidad de las leyes, lo que implica una suerte de juicio indirecto sobre la validez constitucional de las leyes opuestas a los tratados (ya que éstos, según el mencionado art. 55 la Constitución, prevalecen sobre las leyes)³³. En materia de derechos fundamentales, en síntesis, el sistema de su protección es doble: mediante el control de constitucionalidad se tutela la supremacía de esos derechos, enunciada en la Constitución, ante su eventual infracción por leyes; y a través del control de convencionalidad, se ampara la supremacía de los derechos, declarados en la convención europea, frente a su posible negación por las normas legales³⁴.

Aunque concurrentes, los dos controles pueden dar resultados distintos. Por ejemplo, una ley acorde con la Constitución no es de por sí, de modo obligado, también conforme con la convención europea de derechos humanos. Y a la inversa, una ley opuesta a la convención tampoco, de por sí, es necesariamente opuesta a la Constitución³⁵. Por lo demás, la ley declarada inconstitucional en abstracto por el Consejo Constitucional, es invalidada, mientras que la ley reputada inconveniente por el juez ordinario, en concreto, es inaplicable y permanece en vigor.

³² Pacteau, Bernard, Relazione sulla Francia, en Atti del Convegno Principi giuridici e limiti all’ autonomia dei legislatori – profile internazionali, supranazionali e nazionali. www.dirittoadministrativo.org/abs_040604.asp Università di Napoli L’Orientale, Napoli, 4 e 5 giugno 2004. Cit. por Jimena Quesada, Luis, Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea? Versión definitiva para Actas 2010, p. 3. Texto remitido por el autor.

³³ Cfr. Bruce, Eva, *L’article 55 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Thèse pour le doctorat, Résumé, p. 2. www.gerjc.u-3mrs.fr/EVA.htm 23/09/2010. Para Frédéric Sudre, el juez ordinario francés es, de tal modo, “juez de segundo grado de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas”, según también la expresión de Nicolás Molfessis, completando así el sistema de control de constitucionalidad de ese país.

³⁴ Bruce, Eva, *op. cit.*, nota 24, p. 22.

³⁵ Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Zielinsky, Pradal et autres*, para el primer supuesto, y Consejo Constitucional, caso *IVG*, considerando 5, para el segundo, en Bruce, Eva, *op. cit.*, nota 24, p. 26. De la misma autora, ver *idem*, p. 20, sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y de inconveniente.

Debe quedar bien claro, en materia de control de convencionalidad, que la Constitución, como norma ubicada en la cúspide del orden jurídico interno francés, según la definición del Consejo Constitucional en el caso *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*³⁶, no se encuentra sometida a dicho control, conforme doctrina sostenida, a su turno, tanto por el Consejo de Estado, en el caso *Sarran, Levacher et autres*, como por la Corte de Casación, en *Fraisse*³⁷.

2) *Impacto del control de convencionalidad en el derecho nacional francés.* El control de convencionalidad no es entrevisto solamente como un instrumento destructor de normas internas, o sea, como un dispositivo de *exclusión*. También cumple funciones que hemos denominado *constructivas* (ver *supra*, parágrafo 4), que son de *rescate* y de *inclusión* de las normas locales, en aras de hacer funcionar al derecho doméstico en consonancia con la convención europea de derechos humanos. Ello equivale, *mutatis mutandi*, a la doctrina denominada de la “interpretación conforme” de la ley ordinaria con la Constitución, en materia de control de constitucionalidad, y que tiende a preferir como operables a las “interpretaciones constitucionales” de una ley, frente a posibles y descartables “interpretaciones inconstitucionales” de ella, a fin de salvar jurídicamente a la norma cuestionada, e impedir la declaración de inconstitucionalidad. O en nuestro caso, de inconvencionalidad.

Resulta significativo subrayar, en este punto, que el control de convencionalidad en Francia implica no solamente comparar, aplicar e interpretar las normas locales, por ejemplo, con el texto del Convenio europeo de derechos humanos, sino también con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de derechos humanos, intérprete final del Convenio. Y que, en otro sentido, de hecho se extiende a la primacía, también, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el derecho interno³⁸.

Frédéric Sudre ha detallado las distintas alternativas que pueden darse en tal trabajo de armonización exegética. Por ejemplo, mediante una

³⁶ Bruce, Eva, *op. cit.*, nota 24, p. 21.

³⁷ Sudre, Frédéric, *op. cit.*, nota 23, p. 193.

³⁸ Sudre, Frédéric, “A propos du dialogue des juges et du controle de conventionnalité”, en Autores Varios, *Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*. Paris, Pedone, 2004, pp. 212, 215; y Sudre, Frédéric, *op. cit.*, nota 23, p. 193. Sobre la interpretación de la ley (o de cualquier norma subconstitucional) conforme a la Constitución, ver Díaz Revoiro, F. Javier, *La interpretación constitucional de la ley*, Lima, Palestra, 2003, p. 45 y ss.; Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 282.

“interpretación neutralizante” de la ley local, se reescribe a su texto para adecuarlo a la Convención europea de derechos humanos. Merced a una “interpretación conforme”, se aplica a la ley local en coincidencia con las interpretaciones dadas a la citada Convención por la Corte Europea de derechos humanos. Ello se concreta por medio de *ajustes jurisprudenciales*, correctores por ejemplo de una interpretación anterior, de actualizaciones o *aggiornamientos* que siguen las pautas orientativas de la Corte, de *recepción directa* de la interpretación verificada por la misma Corte Europea, y de una *interpretación enriquecedora* de la jurisprudencia nacional mediante la incorporación de interpretaciones mutativistas, de tipo innovador, generalmente por adición, provenientes de la referida Corte³⁹.

Estos aspectos del control de convencionalidad llevan a preguntarse si el poder del juez nacional, frente a su legislador doméstico, se ha acrecentado o disminuido. La respuesta se inclina, sin hesitación, por la primera alternativa: el juez ha incrementado su rol de censor de la ley (incluso hay quienes hablan de una especie de *evasión* del juez de la ley)⁴⁰. En efecto: por un lado, ese juez deberá fiscalizar al legislador nacional con un material controlante significativamente ampliado (no solo el convenio europeo de derechos humanos, sino también con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos). Por otro, y si respecto de un artículo del Convenio, no hubiere o existiere escasa jurisprudencia, de todos modos dispondría allí de una mayor potencia interpretativa del mismo, puesto que no estaría condicionado en su exégesis por pautas previas sentadas por el Tribunal Europeo⁴¹. Y su nuevo producto interpretativo configura otro parámetro de revisión de la ley local.

3) *Hacia la construcción de un derecho común europeo en derechos humanos.* Otro resultado, no menor por cierto, del control de convencionalidad, es la gestación de un *ius commune*, diseñado por el Convenio europeo de derechos humanos y por su interpretación según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, proyectado después a cada país por sus jueces nacionales, alineados con la Corte, como *derecho prevaleciente* y *derecho unificador*.

Se trata, como puede advertirse, de un derecho *excluyente* de normas y de interpretaciones domésticas que lo contradigan, y de un derecho *inclu-*

³⁹ Sudre, Frédéric, *op. cit.*, nota 38, p. 209 y ss.

⁴⁰ de Gouttes, Régis, *Le juge, la loi et la Convention*, en *Les annonces de la Seine*, 2003, No. 8, p. 4., cit. por Sudre, Frédéric, *op. cit.*, nota 38, p. 224.

⁴¹ Sudre, Frédéric, *op. cit.*, nota 38, pp. 222-223.

yente de normas y de directrices jurisprudenciales provenientes del orden internacional.

No se presenta, por lo demás, como un derecho monopólico o hermético, sino subsidiario. Por un lado, porque sus directrices no suplantán al derecho interno ni, agregamos, pretenden extinguirlo. Antes bien, lo complementan y operan como un estándar mínimo, razón por la que ceden si las normas locales son más protectoras para las personas⁴².

La expresión “*droit commun européen*” fue ya empleada por Jean-Claude Gautron en 1997, y ha sido calificada como “feliz” por otros autores⁴³. La legitimidad de dicho derecho común, desde luego, dependerá del acierto de su formulación, cuestión que conduce a la prudencia, sabiduría y equilibrio que debe privar entre los jueces que lo formulan, así como del acierto de los jueces nacionales al transportarlo a sus respectivas jurisdicciones locales.

4) *La reforma del art. 88-1 de la Constitución francesa*. En 1992 se incorporó al texto constitucional una nueva norma, la que advierte que la República participa en las comunidades europeas y en la Unión europea, constituidas por Estados que lo han dispuesto así libremente, en virtud de los tratados que las han instituido, para ejercer en común algunas de sus competencias.

Esta importante enmienda ha suscitado la pregunta de si el Consejo Constitucional no debería asumir, a título de control de constitucionalidad, el control de convencionalidad del derecho comunitario contemplado por el aludido art. 88-1. Y también, en última instancia, de si no es hora de cambiar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el ya mencionado caso *IVG*, y unificar el control de convencionalidad con el control de constitucionalidad a cargo del mismo. O de dejar en manos del Tribunal Constitucional un “control de fundamentalidad” a favor de los derechos fundamentales de las personas, independientemente de si esos derechos están enunciados en la Constitución o en una Convención internacional de derechos humanos. Los interrogantes incluso llevan a conceptuar, o no, al derecho comunitario como parte del bloque de constitucionalidad francés. Hasta el momento, la respuesta tiende a ser negativa, aunque no

⁴² Sudre, Frédéric, *op. cit.*, nota 23, pp. 198-9.

⁴³ Gautron, Jean Claude, “Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes”, en Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le patrimoine constitutionnel européen*, París, Conseil de l’Europe, Collection Science et technique de la démocratie, 1997, No. 18, p. 148, cit. por Sudre, Frédéric, *ob. cit.*, nota 38, p. 208.

puede negarse que el sistema mismo, observa Eva Bruce, se encuentra en estado de mutación⁴⁴.

En Francia, una de las preocupaciones más frecuentes en torno a la posibilidad de otorgar al Consejo Constitucional papeles propios del control de convencionalidad, estriba en preguntarse si el traspaso —total o parcial— de ese control, hoy en manos de los jueces ordinarios, al Consejo, es compatible con la doctrina del caso *Simmenthal*, que como vimos (*supra*, en este mismo párrafo 9), auspicia un modelo de control difuso. El tema es dificultoso. Una alternativa de solución ha sido entender que *Simmenthal* prohíbe otorgar a los tribunales constitucionales una competencia exclusiva para entender en temas de derecho comunitario antes de que lo hagan los jueces ordinarios, pero que no impediría conferirle a un Consejo o Tribunal Constitucional competencia *parcial* en ciertos temas, como sería la tutela de los derechos fundamentales, dejando en poder de los jueces ordinarios el consecuente control de convencionalidad, del resto del derecho comunitario⁴⁵.

b) España. En esta Nación el control de convencionalidad —así lo denomina parte de la doctrina— ha sido evaluado como fenómeno controvertido e incompleto, a más de bastante novedoso y, en la experiencia jurídica, “apenas llevado a cabo”. Refiere a la inaplicación, por un juez ordinario, de una ley interna en vigor, no declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, que contradice un tratado internacional o a la interpretación de dicho tratado por el órgano máximo de control establecido por tal convenio⁴⁶. Todo ello, más allá del control ya requerido y efectivizado por los jueces comunes en el marco de la Unión Europea, desde el mencionado caso *Simmenthal*.

Según Jimena Quesada, aquel control, en general, podría practicarse por los jueces ordinarios, y de modo difuso, por aplicación analógica del “principio de jerarquía normativa”, que autoriza a dichos jueces a inaplicar los reglamentos cuando son contrarios a la constitución o a la ley. Y un segundo argumento, el “principio de primacía del derecho comunitario”, derivado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

⁴⁴ Ver Adriantsimbazovina, Jöel, “L’enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au nivel européen et a niveau national. Vers un controle de fundamentalité”, en *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, 2002, pp. 127-129, cit. por Bruce, Eva, *op. cit.*, nota 24, p. 22. De la misma autora, ver el desarrollo del tema en pp. 21, 27-28.

⁴⁵ Bruce, Eva, *ibidem*, p. 24.

⁴⁶ Ver Jimena Quesada, Luis, *op. cit.*, nota 32, pp. 2-3.

y del art. 93 de la Comunidad Europea, conduciría —por vía de analogía— al mismo resultado (paralelamente, apunta aquel autor, se ha consentido sin objeciones que los jueces nacionales inapliquen las normas locales conflictivas con la norma que estatuye la Unión Europea)⁴⁷. El referido control de convencionalidad, bien que a título de control preventivo de las normas, fue también aceptado, en términos generales, por el Consejo de Estado de España, en su Memoria Anual de 1997, aunque después no haya sido repetido.

Una de las dificultades más serias para abonar un ampliado control de convencionalidad en España, es que el principio de primacía de los tratados sobre las leyes comunes no se encuentra expresa y claramente enunciado por la Constitución (ver sus artículos 95 y 96), ni totalmente aceptado por la jurisprudencia y la doctrina de tal país, de modo particular por autores constitucionalistas. Sin embargo, la posición mayoritaria de los internacionalistas y diversos pronunciamientos provenientes, entre otros, de la Sala contencioso administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, o del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, abonan la tesis de la condición suprallegal de los convenios internacionales. Cabe advertir, eso sí, que “suprallegalidad” no significa, y eso está claro, “supraconstitucionalidad”. Los tratados son usualmente entendidos, en el ámbito local, como subordinados a la Constitución⁴⁸.

En la experiencia jurídica, el Tribunal Constitucional español no ha seguido algunas veces de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, actitud que no importa una buena señal para la doctrina del control de convencionalidad. Pero diversos tribunales inferiores, como la Sala en lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (ésta con mayor entusiasmo), o la Sala de lo contencioso Admi-

⁴⁷ Sobre el tema, ver Biglino Campos, Paloma, “La primacía del derecho comunitario. Una mirada contrapuesta, La perspectiva española”, en Carmona Contreras, Ana María (ed.). *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2008. p. 41, cit. por Jimena Quesada, Luis, *op. cit.*, nota 32, p. 29.

⁴⁸ Jimena Quesada, Luis, *op. cit.*, nota 32, pp. 12-14. Ver González Campos, Julio D., Sánchez Rodríguez, Luis I. y Sáenz de Santa María, Paz Andrés, *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª. ed. Madrid, Thomson Civitas, 2008, pp. 340-1. Los autores destacan que la idea de la primacía del tratado sobre la ley subyace también en la sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de noviembre de 1984, aunque aclaran que los tratados son infraconstitucionales, por más que resulten suprallegales.

nistrativo del Tribunal Supremo, acreditan un cierto ejercicio de tal fiscalización⁴⁹.

Para auspiciar y consolidar en España el control de convencionalidad *desde abajo*, o sea, practicado por los jueces nacionales, se visualizan ciertos problemas, algunos pedagógicos y sociológicos, como es la falta de entrenamiento por muchas universidades, la ausencia de voluntad concreta de encarar tal tarea por todos los tribunales, o los riesgos que podría llevar un ejercicio irreflexivo o imprudente, e incluso desleal, de dicho control. No ha faltado quien alerte, por ejemplo, sobre la posibilidad de que el juez nacional, aunque invoque ejercer el control de convencionalidad, no sea genuinamente respetuoso de los parámetros fijados por los tribunales europeos supremos. Finalmente, otro conflicto que no puede ignorarse es, si el juez nacional practica el control de convencionalidad, que tenga frente a su mesa distintas pautas supranacionales distintas, si media jurisprudencia divergente entre, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para este supuesto, una vía de solución es preferir la pauta judicial más protectora de la persona (*favor libertatis*)⁵⁰.

Dentro del escenario español debe destacarse, eso sí, el significativo papel que permite el art. 10-2 de la constitución, cuando señala que los derechos reconocidos por ella deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos “y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, regla que ha posibilitado una fluida interpretación “conforme” y una positiva interacción del derecho constitucional y subconstitucional local, con los convenios internacionales y comunitarios y la doctrina de los organismos específicos creados por ellos. La cláusula de referencia, agregan Fernández de Casadevante y Jiménez García, autoriza una “apertura constitucional de nuestro sistema a la nueva cultura jurídico-política del Derecho internacional de los derechos humanos”⁵¹.

c) **Alemania.** Además de la vigencia de la doctrina *Simmenthal* en el marco de la Unión Europea, cabe reconocer, sin embargo, que en Alemania ha existido un profundo debate, con diversos avatares, sobre la supremacía del derecho comunitario europeo cuando colisiona con el “núcleo intangible”

⁴⁹ Jimena Quesada, Luis, *op. cit.*, nota 32, pp. 16-25.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 26-27.

⁵¹ Fernández de Casadevante Romani, Carlos, y Jiménez García, Francisco, *El derecho internacional de los derechos humanos en la constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Thomson/Civitas, 2006, p. 29 y ss.

o las estructuras fundamentales del ordenamiento constitucional⁵². Una serie de sentencias del Tribunal Constitucional Federal (con sede en Karlsruhe), ha ido delineando el tema, algunas veces de manera zigzagueante: así, los casos *Solange I*, *Willeicht*, *Solange II*, entre otros. La idea esencial que subyace en todos ellos es que la cesión de derechos soberanos a una organización internacional no puede suponer un ataque a la estructura básica constitutiva del orden constitucional, y a los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental de Bonn (que opera como la constitución de la República Federal Alemana). Algunos llaman a esto el principio de “reserva constitucional”⁵³.

El Tribunal Constitucional se ha expedido, así, sobre la aceptación constitucional del Tratado de Maastricht, y más recientemente, sobre el de Lisboa⁵⁴. Un caso muy polémico, con diversas instancias y alternativas, ha sido el de la “orden de detención europea”, o euroorden, donde el Tribunal Constitucional juzgó inconstitucional una ley local que aplica en Alemania una Directiva Marco de origen comunitario. El asunto todavía no está concluido⁵⁵.

La cuestión no es nada pacífica. Algunos autores, como Tomuschat, plantean con acierto la incoherencia que significa, para autores y tribunales alemanes, sostener que el derecho comunitario tiene primacía, pero al mismo tiempo, establecer su sumisión a los parámetros constitucionales internos en materia de derechos humanos, cosa que en los hechos significa, en casos concretos, eludir la primacía inicialmente descripta⁵⁶.

En lo que hace al Consejo de Europa, y el Convenio (muchas veces llamado también convención) europeo de derechos humanos, la jurisprudencia alemana ha demandado interpretar, y en la medida de lo posible, el derecho interno de conformidad con el referido convenio y con su interpretación según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estras-

⁵² Ver Vidal, Carlos, *op. cit.*, nota 21, p. 43 y ss.

⁵³ Cfr. *BVerfGE* 37, pp. 271, 279 y ss., cit. por Vidal, Carlos, *op. cit.*, nota 21, pp. 61, 84.

⁵⁴ Ver, al respecto, Tomuschat, Christian, “Control abstracto de normas. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Tratado de Lisboa”, en von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela, (coord.) *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un jus constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Max Planck Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I p. 857 y ss., con un agudo enfoque crítico sobre tal fallo.

⁵⁵ Ver *BverfGE* 89, 155, 174, y Vidal, Carlos, *op. cit.*, nota 21, p. 75 y ss.

⁵⁶ Tomuschat, Christian, “Allerr guten Dinge sind III”, en *Europarecht*, Heft 4, 1990, p. 340 y ss., cit., por Vidal, Carlos, *op. cit.*, nota 21, p. 87.

burgo. Según sentencia del Tribunal Constitucional alemán, ello impacta para determinar el contenido y los alcances de los derechos fundamentales en el orden interno alemán, y también en los principios básicos asumidos por la Constitución. En concreto, escribe Matthias Herdegen, “de esta manera el Convenio Europeo de Derechos Humanos actúa como directriz de interpretación respecto a los contenidos del orden constitucional”, e indirectamente, sobre todo el resto del derecho interno. Ahora bien: en ciertos casos, la jurisprudencia alemana admite excepciones cuando el derecho local no pueda ser interpretado según aquellas pautas provenientes del derecho internacional, para lo cual maneja la doctrina de lo “metodológicamente posible”. En tal caso, el juez alemán debe fundamentar su decisión en términos metodológicos y explicar las razones por las cuales no es posible aplicar la ley local de conformidad con los parámetros emergentes de convención europea de derechos humanos y de su interpretación por el Tribunal Europeo⁵⁷.

En el caso *Görgülü*, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha indicado que los tribunales nacionales tienen en sus sentencias que *tener en cuenta*, o *considerar*, los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, doctrina que lleva a sostener una interpretación *conforme* de la legislación alemana con el derecho comunitario y el internacional (Matthias Hartwig). De todos modos, la expresión utilizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán es algo ambigua, porque el mismo Tribunal sostiene que el aludido Convenio europeo de derechos humanos tiene rango legal, pero no constitucional, por lo que la Constitución alemana está por encima del Convenio. Aquí subyace un conflicto latente entre una eventual confrontación entre la Constitución y el Convenio, porque desde el punto de vista del derecho internacional, recuerda Lübbe-Wolff, las cosas son distintas: el derecho de gentes, en efecto, requiere que la constitución nacional sea adaptada a las exigencias del Convenio. Es cierto que el Tribunal Constitucional nunca ha negado la posibilidad de que la Constitución sea reformada para someterse al Convenio, alternativa por lo demás mencionada en *Görgülü*; pero mientras eso no ocurra, “no hay actualmente una solución legal”, salvo intentar, en la medida de todo lo posible, interpretar la Cons-

⁵⁷ Herdegen Matthias, “La internacionalización del orden constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2010. Año 16, p. 74. El autor cita en especial la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán *BVerfGE* 112, 1 (27).

titución en armonía con las obligaciones internacionales contraídas por Alemania, entre las que se encuentra el Convenio⁵⁸.

En definitiva, explica Matthias Hartwig, cuando en la esfera de la Unión Europea surge un conflicto entre el derecho comunitario y el derecho nacional, los tribunales tienden a inaplicar la norma nacional, por el principio de prevalencia del derecho comunitario. Pero en el área del Consejo de Europa y del convenio europeo de derechos humanos, los jueces no inaplican a una norma alemana por no ser acorde con el convenio. Sin embargo, aclara dicho autor, felizmente no hay casos graves de confrontación, porque el derecho alemán, en términos generales, coincide con el convenio⁵⁹.

d) Italia. En el marco de la hoy Unión Europea, este país ha sido el escenario donde se planteó la doctrina del caso *Simmenthal*. Su Corte Constitucional se había reservado la competencia exclusiva del poder de sancionar y declarar inconstitucionales a las leyes contrarias al derecho comunitario. Por el contrario, como vimos, el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, Tribunal de Justicia de la Unión Europea), declaró que el control de la legalidad comunitaria no debía estar concentrado en las manos de los jueces de la Corte Constitucional, y que todos los jueces nacionales podían operar como jueces de derecho común del derecho comunitario. Todos ellos, pues, concluían órganos del orden comunitario, lo que implicaba conferirles de algún modo roles de control de convencionalidad. La Corte Constitucional italiana, con posterioridad, se sometió a tal directriz y reconoció, para el juez ordinario, la obligación de aplicar el derecho comunitario y de inaplicar toda disposición contraria de la legislación nacional⁶⁰. En otro estadio posterior, la Corte Constitucional ha

⁵⁸ Ver Hartwig, Matthias, "Much Ado About Human Rights. The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights", en *German Law Journal*, vol. 6, 2005, p. 869 y ss.; Lübbe-Wolff, Gertrude, *op. y p. cit.* nota 27. Sobre el caso *Görgülü* del Tribunal Constitucional Federal Alemán (14/10/2004), ver BvR 1481/04. También debe funcionar una interpretación armonizante entre una ley nacional y el convenio europeo de derechos humanos, adaptando la primera al segundo. Ver Polakiewicz, Jörg, *Die verpflichtungen der Staaten aus den urteilendes Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Springer, Berlín, 1993, p. 360, cit. por Ruiz Miguel, Carlos, *op. cit.*, nota 23, p. 159.

⁵⁹ Información suministrada directamente al autor por el Profesor Matthias Hartwig, del Max Planck Institut de Heidelberg.

⁶⁰ Nuevamente sobre los casos *Simmenthal* y *SPA Granital c/ Administration Fiscale de l'État*, ver Bruce, Eva, *op. cit.*, nota 24, p. 24, nota 108. Ver asimismo Celotto, Alfonso, "Italia", en Tajadura Javier y de Miguel Josu, *op. cit.*, nota 21, p. 218 y siguientes, con un buen

admitido su intervención directa para eliminar como inconstitucionales a ciertas normas internas opuestas al derecho comunitario.

En el derecho italiano ha vuelto a replantearse, por su misma Corte Constitucional, el tema de la primacía de los principios y derechos fundamentales de la constitución relativos a las personas, por sobre el derecho comunitario, con la consecuente inconstitucionalidad de las leyes italianas que ordenan ejecutar normas comunitarias violatorias de aquellos principios y derechos; y la posibilidad de que el derecho comunitario pueda invalidar cláusulas constitucionales que no refirieran a principios y derechos fundamentales⁶¹.

El tema de la desaplicación de las leyes nacionales inconventionales, en este caso por el juez administrativo, es hoy materia de debate en la doctrina italiana, pero también dentro del marco del Convenio europeo de Derechos Humanos⁶².

En definitiva, el lector comprenderá que en Europa no existen criterios uniformes acerca del nivel de prevalencia del derecho internacional, comunitario o no, sobre las reglas constitucionales internas⁶³, como tampoco respecto de la ineficacia del derecho doméstico frente al primero.

III. EVALUACIÓN COMPARATIVA

1. El control de convencionalidad es doble en dos sentidos. Por un lado, puede ser ejercitado (i) por el órgano máximo de un sistema convencional de derechos humanos, o comunitario en general, y también (ii) por los jueces nacionales. Por otro, impone (i) invalidar normas o actos naciona-

desarrollo sobre las cuatro etapas por las que ha atravesado en este tema la Corte Constitucional italiana.

⁶¹ Celotto, Alfonso, *op. cit.*, nota 60, p. 239 y ss.

⁶² Cfr. Mirate, S., *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, ed. Jovene, 2007, pp. 189, 200, 207, cit. por Jimena Quesada, Luis, *op. cit.*, nota 32, p. 3, nota 6.

⁶³ Resulta de interés observar que ciertos autores plantean incluso como exigencia axiológica que, en las democracias liberales, debe existir siempre la posibilidad de limitar el efecto, dentro del derecho interno, de “una norma o de un acto derivado del Derecho Internacional que colisiona en forma grave con los principios constitucionales”. Cfr. Von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, nota 7, p. 452. Para un panorama global del tema en el derecho europeo, cfr. Mayer, Franz C., “Multilevel Constitutional Jurisdiction”, en von Bogdandy, Armin y Bast, Jürgen, (ed.), *Principles of European Constitutional Law*, 2ª. ed., Oxford-München-Portland, Hart y Verlag Beck, 2010, p. 399 y ss.

les contrarios al sistema, y además, (ii) hacerlos operar de conformidad al mismo. Naturalmente, con respeto al derecho (doméstico o internacional) más favorable a la persona.

2. En el caso interamericano, el control de convencionalidad ha sido postulado y exigido reiteradamente, en más de una docena de casos, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tarea suya y de los jueces nacionales. Obliga a inaplicar el derecho local opuesto al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte sobre el mismo, y a hacer funcionar al derecho interno conforme a esos parámetros. Al enunciarlo, la Corte no se ha fundado en los precedentes europeos entonces ya existentes y en funcionamiento.

3. En el caso europeo, sus protagonistas y artífices son dos, aunque con distinta intensidad: a) el actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes, de las comunidades europeas), situado en Luxemburgo, en resguardo del derecho comunitario, se habilita a sí mismo y a los jueces nacionales para inaplicar al derecho nacional contrario al primero. Es la versión más dura del control de convencionalidad, según el ya emblemático caso *Simmenthal*. b) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (llamado también Corte Europea de Derechos Humanos), con sede en Estrasburgo y dentro del Consejo de Europa, practica control de convencionalidad por sí, pero no exige que los jueces nacionales inapliquen el derecho local contrario al convenio europeo de derechos humanos.

4. En diferentes ámbitos jurídicos europeos se propicia una tendencia evolutiva, y de vez en cuando se la practica, en favor de un control de convencionalidad por los jueces ordinarios, aún dentro del sistema del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, más similar por su conformación jurídica al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha exigido sin embargo a los jueces nacionales un amplio, fuerte y apremiante control de convencionalidad, más parecido al demandado a los jueces nacionales de los países de la Unión Europea, por el Tribunal de Justicia de dicha Unión. Así, el caso líder *Almonacid Arellano*, de la Corte Interamericana, puede ser visualizado como la versión (tal vez aumentada) hemisférica americana del caso europeo *Simmenthal*. En los dos ámbitos, el juez nacional funciona básicamente como agente u operador del sistema regional respectivo.

6. En términos comparativos, puede sostenerse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está registrando, en particular en los últimos años, y merced de la doctrina del control de conven-

cionalidad, una penetración más acentuada y exigente del derecho regional de los derechos humanos en los estados nacionales, que la producida en los medios europeos⁶⁴.

7. Puede concluirse en que, en lo esencial, y tanto en Europa como en el caso interamericano, el control de convencionalidad doble (por las cortes inter o supranacionales, y por los jueces nacionales) responde a una construcción jurisprudencial que ha realizado una interpretación mutativa por adición a los textos originales que instrumentaron a los tribunales del caso.

8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resultado tal vez más precisa en el enunciado de la doctrina del control de convencionalidad a practicar por los jueces nacionales, aunque lo ha hecho de modo evolutivo y progresivo, por lo que resulta obligado concordar las sentencias clave que paulatinamente lo han ido delimitando. Al respecto, ha explicitado ciertos mecanismos procesales y sustantivos para verificarlo (actuación a pedido de parte o de oficio, normas sometidas al escrutinio, consecuencias del acto de control), en tanto que ha dejado otras cuestiones parcialmente indefinidas (el punto más preocupante, sin duda, es el de los sujetos que deben llevarlo a cabo: si todos los jueces, como propicia la mayoría de la doctrina especializada, o solamente los habilitados para realizar control de constitucionalidad). Pero en definitiva, puntos oscuros aparte, los jueces nacionales tienen directrices bastante suficientes acerca de qué deben hacer al respecto. Las fórmulas empleadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en algunos aspectos, no han sido tan concretas.

9. Mediante el control de convencionalidad, con su doble rol de purificar el sistema en juego de normas y prácticas nacionales opuestas a él, y de guiar el funcionamiento (interpretación y aplicación) de estas últimas según las pautas del sistema inter o supranacional, es factible construir un nutrido *ius commune* regional en derechos humanos, realizado conjuntamente por el tribunal u órgano inter o supranacional, y los jueces nacionales. Su éxito depende de dos factores: la legitimidad intrínseca del *ius commune* así elaborado, y la voluntad de seguimiento por parte de los estados miembros del sistema regional.

10. La idea de un derecho internacional, o en su caso, supranacional o comunitario, que se imponga automática e irremisiblemente a los derechos nacionales (en particular, a las constituciones locales), y cuya prima-

⁶⁴ Cfr. Herdegen, Matthias, *op. cit.*, nota 57, p. 76.

cía tenga que ser implementada siempre y *a fortiori* por los tribunales internos, mediante el control de convencionalidad, no es una tesis que impere de modo concluyente en Europa, por más que haya sido pregonada por los órganos más relevantes de la jurisdicción supranacional o comunitaria allí imperantes. Existen diversas modalidades nacionales para realizar un filtro o test de constitucionalidad (en particular, con los tramos más fundamentales de la constitución), de aquel derecho internacional, supranacional o comunitario, y de vez en cuando, de las sentencias de aquella jurisdicción europea superior. En el sistema interamericano, explícita o indirectamente, en algunos Estados se plantea una posición precautoria parecida, o incluso, ocasionalmente, de “nacionalismo constitucional absoluto” o rígido (en el fondo, alérgico al control de convencionalidad), aunque en otros el control de convencionalidad reclamado por la Corte Interamericana tiende a ser severo y firme, por encima de las disposiciones constitucionales.

11. Un recurso muy empleado en el derecho europeo, en particular en Alemania, Francia y España, es el empleo de la interpretación “conforme” del derecho nacional, incluyendo el constitucional, con los tratados de derechos humanos, a fin de evitar la confrontación entre el primero, con los segundos. Tal técnica de adaptación, y de exégesis armonizante, algunas veces casi forzada, puede evitar declaraciones de inconvencionalidad de normas domésticas, o actitudes evasivas de los convenios por parte de los estados. Se trata de un mecanismo básicamente funcional, incluso propiciado por la Corte Interamericana en *Radilla Pacheco* y otros veredictos posteriores, y que, inteligentemente aplicado, se muestra provechoso para soslayar choques frontales y resolver con criterio práctico situaciones conflictivas.

12. Queda claro que el control de convencionalidad no se ciñe a la tutela de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Tratado de Lisboa y sus complementos, o del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque en estos supuestos es más evidente porque hay organismos jurisdiccionales, supranacionales o internacionales, de custodia de esos instrumentos, que dictan resoluciones con pretensiones jurídicas de obligatoriedad. También puede haber control de convencionalidad respecto de otros convenios, como los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos y sociales, v. gr.

13. El control de convencionalidad interamericano, en materia de derechos económico-sociales, es todavía incipiente, aunque existan significativos avances en materia de derecho de familia, del niño y la mujer, de propiedad comunal aborígen, libertad sindical y derecho a una vida digna, entre otros temas.

¿Hacia un modelo dialógico en las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales de América Latina?¹

JOSÉ M^a. SERNA DE LA GARZA

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Hacia un modelo dialógico? III. Líneas de investigación abiertas para mayor reflexión.

I. INTRODUCCIÓN

La ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte de México², y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH)³, han significado la inmersión de nuestro país en una dinámica de interpretación, aplicación y eficacia distinta en relación con los derechos humanos. Distinta, en la medida que se la compara con una forma tradicional de entender cómo y quién interpreta, aplica y garantiza la eficacia de los referidos derechos en México.

En la visión tradicional, es la Constitución la que define cuál es el catálogo de “garantías individuales” de las personas que se encuentran dentro del territorio nacional. Asimismo, corresponde a los tribunales nacionales (en el caso de México, a los tribunales federales y, en última instancia, a

¹ El presente ensayo es un resumen del Capítulo VII de mi libro titulado *Impacto e Implicaciones Constitucionales de la Globalización en el Sistema Jurídico Mexicano* (UNAM, México, 2012).

² México ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981, misma que fue publicada en el DOF el 7 de mayo de 1981.

³ México aceptó la competencia contenciosa de la CrIDH el 16 de diciembre de 1998, misma que fue publicada en el DOF el 24 de febrero de 1999.

la Suprema Corte de Justicia de la Nación), interpretarlos, desarrollarlos y aplicarlos, a fin de hacerlos eficaces. A su vez, esta actividad jurisdiccional se da a través de diversos instrumentos procesales de defensa de la Constitución⁴, entre los que se encuentran el amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional⁵.

⁴ Fix Zamudio, Héctor, "Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento mexicano", UNAM, México, 1998.

⁵ A partir del caso Temixco, la Suprema Corte puede, en vía de controversia constitucional, examinar también violaciones a la parte dogmática de la Constitución, como ha quedado asentado en la tesis de jurisprudencia P./J. 98/99: "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Los Poderes Constituyente y Reformador han establecido diversos medios de control de la regularidad constitucional referidos a los órdenes jurídicos federal, estatal y municipal, y del Distrito Federal, entre los que se encuentran las controversias constitucionales, previstas en el artículo 105, fracción I, de la Carta Magna, cuya resolución se ha encomendado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de Tribunal Constitucional. La finalidad primordial de la reforma constitucional, vigente a partir de mil novecientos noventa y cinco, de fortalecer el federalismo y garantizar la supremacía de la Constitución, consistente en que la actuación de las autoridades se ajuste a lo establecido en aquélla, lleva a apartarse de las tesis que ha venido sosteniendo este Tribunal Pleno, en las que se soslaya el análisis, en controversias constitucionales, de conceptos de invalidez que no guarden una relación directa e inmediata con preceptos o formalidades previstos en la Constitución Federal, porque si el control constitucional busca dar unidad y cohesión a los órdenes jurídicos descritos, en las relaciones de las entidades u órganos de poder que las conforman, tal situación justifica que una vez que se ha consagrado un medio de control para dirimir conflictos entre dichos entes, dejar de analizar ciertas argumentaciones sólo por sus características formales o su relación mediata o inmediata con la Norma Fundamental, produciría, en numerosos casos, su ineficacia, impidiendo salvaguardar la armonía y el ejercicio pleno de libertades y atribuciones, por lo que resultaría contrario al propósito señalado, así como al fortalecimiento del federalismo, cerrar la procedencia del citado medio de control por tales interpretaciones técnicas, lo que implícitamente podría autorizar arbitrariedades, máxime que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho, su defensa debe ser también integral, independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la Norma Suprema, dado que no es posible parcializar este importante control." Controversia constitucional 31/97. Ayuntamiento de Temixco, Morelos. 9 de agosto de 1999. Mayoría de ocho votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, tomo X, septiembre de 1999, p. 703.

Sin embargo, el ingreso de México al sistema interamericano de derechos humanos ha significado, en primer término, la co-existencia de las “garantías individuales y sociales” (“Derechos Humanos” a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011) previstas en la Constitución, con un catálogo paralelo de derechos humanos, previstos en la CADH y demás tratados que forman parte del sistema interamericano de derechos humanos. Asimismo, con dicho ingreso el Estado mexicano (entiéndanse incluidos todos los poderes públicos) ha adquirido el compromiso internacional de respetar los derechos y libertades contemplados en la Convención⁶ y *adaptar* el derecho interno al Pacto de San José, *adoptando* “...las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”⁷

Por otro lado, el sistema interamericano de derechos humanos ha creado sendos órganos de garantía, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH), los cuales se encargan de determinar si las acciones u omisiones de los Estados parte son o no compatibles con los compromisos adquiridos a raíz de la suscripción del Pacto de San José. Para el desempeño de sus funciones, la Comisión puede realizar y publicar informes, realizar visitas *in locu*, tramitar y resolver peticiones individuales relativas a la violación de derechos humanos y emitir recomendaciones dirigidas a los Estados. Puede también ordenar la adopción de medidas cautelares, o bien solicitar a la CrIDH la adopción de medidas provisionales. Asimismo, está facultada para la celebración de audiencias referidas a los casos de que conoce, o bien sobre cuestiones generales o específicas relativas a la determinación de si hay o no violación de los compromisos derivados del Pacto de San José por los Estados parte. Finalmente, en caso de incumplimiento de sus recomendaciones, la Comisión puede decidir llevar el caso correspondiente ante la CrIDH.

⁶ Artículo 1º de la CADH: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁷ Artículo 2 de la CADH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Por su parte, la CrIDH tiene una competencia consultiva y otra contenciosa. La primera, significa que los Estados parte pueden consultar a la Corte sobre la interpretación de la CADH; o bien sobre la compatibilidad entre sus normas internas con la CADH y demás tratados que forman parte del sistema interamericano⁸. La contenciosa, se refiere a la facultad de la CrIDH para conocer de casos concretos de violación de derechos humanos que le sean sometidos por algún Estado o por la CIDH⁹, que puede derivar en la producción de sentencias declarativas de violaciones de derechos humanos y condenatorias a reparaciones¹⁰. La solución de asuntos contenciosos se da con motivo de violaciones a la CADH pero también por violaciones a otros instrumentos internacionales del sistema interamericano que abren la puerta a la competencia contenciosa de la CrIDH¹¹. Esta función de la CrIDH, como intérprete último de los derechos humanos previstos en los tratados de derechos humanos del sistema interamericano, ha hecho que algunos autores la identifiquen como una especie de 'jurisdicción constitucional en sede internacional', o bien como un 'tribunal constitucional internacional'¹².

Asimismo, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes¹³. Finalmente, la CrIDH es el órgano de última instancia de

⁸ Artículo 64 de la CADH.

⁹ Artículo 61 de la CADH.

¹⁰ García Ramírez, Sergio, *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*, UNAM, México, 2002, pp. 90-93.

¹¹ Tales como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988; específicamente el artículo 19.6 relativo al derecho a la educación y a los derechos sindicales, únicos controvertibles ante la Corte); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 8º) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo XIII). Asimismo, según refiere García Ramírez, otras convenciones que no contienen esa misma atribución explícita de competencia a favor de la CrIDH, sólo pueden ser consideradas por ésta a título de elementos de interpretación de las normas convencionales americanas, tal y como lo ha sostenido la propia Corte. *Idem*.

¹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, "El Control de Convencionalidad de la Jurisprudencia Constitucional", en Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional et al., *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo 2, IDEMSA, Lima, 2009, pp. 601-602.

¹³ Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. Artículo 63.2 de la CADH.

interpretación y aplicación de la CADH¹⁴, y ha sido reconocida como el “órgano natural” para la interpretación de dicha Convención¹⁵.

El sistema interamericano ha dado lugar a expresiones por parte de la doctrina, que van desde la internacionalización creciente de la regulación y protección de los derechos humanos¹⁶; hasta la idea de una “justicia constitucional transnacional”¹⁷; de un nivel jurídico metanacional y uniforme (*lex universalis*)¹⁸ o el amparo interamericano¹⁹.

Ahora bien, hablar de derechos fundamentales previstos en las constituciones nacionales, y del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), nos lleva a identificar dos regímenes paralelos de derecho positivo, dos esferas jurídico-normativas válidas en sus propios términos, en principio separadas, pero a la vez unidas por diversos puentes²⁰. Asimismo, cada una de estas esferas cuenta con órganos de garantía propios, para la interpretación y aplicación de los correspondientes derechos; órganos que además tienen una pretensión de ser autoridad de última instancia en su respectivo ámbito²¹.

¹⁴ Artículo 67 de la CADH.

¹⁵ Así lo ha reconocido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, a raíz de la OC-5/85 solicitada por Costa Rica en relación con una ley sobre colegiación obligatoria de periodistas. Ver CSJ, Sala Constitucional Cf. Sentencia 2313-95, 9 de mayo de 1995.

¹⁶ Fix Zamudio, Héctor, *La creciente Internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos*, Memoria 2008, El Colegio Nacional, México, 2008.

¹⁷ Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, Porrúa, México, 1993, pp. 61-63.

¹⁸ Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, 1999, t. I, p. 29.

¹⁹ Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, IIDH/EJV, Caracas/San José, 1998.

²⁰ La metáfora de los puentes es empleada por García Ramírez, Sergio, Presentación del libro de Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2008, p. XXVII-XXXII.

²¹ Al examinar la relación entre derecho internacional y derecho interno, Manuel Becerra señala que ambos son distintos, cada uno con sus propios sujetos y que, en lugar de contraponerse, se complementan. “El derecho internacional obliga a sus sujetos, y ocasionalmente a los individuos, a través de los Estados o de las organizaciones internacionales. Generalmente, para que una norma jurídica internacional tenga aplicación en el derecho interno; por ejemplo, una norma derivada de un tratado, se necesita que una norma interna de recepción la reconozca. Hay casos como el mexicano [...] que tiene una apertura a los tratados internacionales que no es muy usual entre los Estados, pero, por otra parte, es muy estrecha en cuanto se refiere a otro tipo de fuentes. Siendo el derecho internacional un sistema descentralizado, requiere del concurso de los sujetos para la aplicación de su normativa.” Becerra, Manuel, “La Jerarquía de los

La existencia de estos regímenes paralelos, que en los hechos conforma un esquema de protección dual de la persona humana, en el que la concepción, interpretación y aplicación de los derechos por parte de los dos niveles puede no coincidir, ha dado lugar a una serie de debates acerca de cuál es y cuál debe ser la relación adecuada entre ambos. En el presente trabajo nos referiremos a estos debates, y de manera más específica a la relación entre la CrIDH y los tribunales mexicanos.

II. ¿HACIA UN MODELO DIALÓGICO?

La existencia de un escenario de pluralismo interpretativo (basado no solamente en diferentes fuentes sino en interpretaciones de la misma fuente que compiten entre sí)²², ha llevado a intentos por encontrar modelos y concepciones que induzcan a entrar en una dinámica más de cooperación y diálogo, que de competencia y conflicto.

En esta línea, encontramos a diversos autores que nos hablan desde una perspectiva descriptiva, pero también prescriptiva, del desarrollo de técnicas de acomodo mutuo entre jurisdicciones supranacionales y nacionales, diseñadas e implementadas para evitar conflicto.

En este sentido, el profesor Neuman nos habla de ciertas técnicas consistentes en acomodamientos internacionales a los derechos constitucionales nacionales²³: por ejemplo, el uso por parte de tribunales internacionales de la interpretación de una o varias interpretaciones que de las respectivas constituciones nacionales realizan los tribunales domésticos, como una estrategia deliberada para evitar o reducir el conflicto²⁴. Igualmente, podemos

Tratados en el Orden Jurídico Interno. Una Visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana*, UNAM/SRE, CRIDH, México, 2009, p. 299.

²² Miguel Poiaras Maduro, en Avbelj, Matej y Komárek, Jan, “Four Visions of Constitutional Pluralism”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 1, 2008 p. 325-370, 2008. Versión estenográfica del simposio revisada en: <http://www.ejls.eu/4/61UK.pdf>, pp. 7-10.

²³ Neuman, Gerald L., “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, *Stanford Law Review*, vol. 55, 2003, pp. 1882 y ss.

²⁴ Ayala Corao reporta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho precisamente esto: “A su vez, en no pocos casos, la jurisprudencia más progresiva emanada de las jurisdicciones constitucionales también ha sido recogida por los órganos de protección internacional de los derechos humanos. Ejemplo de ello se puede ver en la norma que —a propuesta nuestra— resultó incorporada en la nueva Constitu-

citar la práctica de algunas jurisdicciones supranacionales de buscar un consenso regional en la interpretación que los tribunales constitucionales hacen de un derecho en particular, como parámetro para elaborar su propia interpretación en sede supranacional²⁵.

Por otro lado, Neuman habla también de acomodados de las constituciones nacionales al derecho internacional de los derechos humanos: por ejemplo, elevar los derechos humanos de fuente internacional como fuente orientadora de la interpretación constitucional (interpretación conforme); o bien, la decisión voluntaria de los tribunales constitucionales nacionales de recurrir a la interpretación internacional de los derechos humanos en la definición de los derechos fundamentales previstos en la constitución nacional. Técnicas que desde hace tiempo ya es posible ver en el horizonte del SIDH.

Pero lo que quisiera resaltar aquí es que es posible identificar una serie de doctrinas judiciales para resolver la tensión entre instituciones nacionales y supranacionales, que dan importancia a preocupaciones sistémicas. Se trata de doctrinas que bien podrían denominarse ‘interjurisdiccionales’, que parten de la imagen de un sistema judicial internacional en surgimiento e interconectado, en que las relaciones están normadas por reglas de procedimiento producidas por los propios tribunales implicados en el sistema.

Creo que el examen profundo de estas doctrinas abre un campo que permitirá ir construyendo una dinámica de cooperación y diálogo entre las jurisdicciones de los distintos niveles. Entre dichas doctrinas, podemos mencionar las siguientes.

ción de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la cual a la par de otorgarle a los tratados sobre derechos humanos la jerarquía constitucional, permite su aplicación preferente aún frente a la propia Constitución cuando las normas internacionales resulten más garantistas y, por último, reitera la vinculación directa y operativa de dichas normas internacionales.” *op. cit.*, p. 2.

²⁵ Así lo ha hecho, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos, al definir el margen de apreciación con que cuentan los Estados europeos sujetos a su jurisdicción. En este sentido, la Corte ha observado la práctica de otros estados miembro como un factor relevante en la evaluación de la medida restrictiva de derechos adoptada por el Estado examinado. Si no hay práctica de consenso entre los Estados, entonces la Corte ha considerado que el margen de apreciación es más amplio. Arai-Takahashi, Yutaka *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Hart Publishing, Reino Unido, 2001, p. 15.

1. *Principio de Subsidiariedad*

Es preciso ver al principio de subsidiariedad con funciones de mediación conceptual y retórica entre tribunales supranacionales que apuntan a la armonización y la unidad, y el pluralismo y la diferencia nacionales, en el contexto de una organización regional multinacional²⁶.

Como dice Carozza, el principio de subsidiariedad implica, en primer lugar, que los estados nacionales sean los que protejan y hagan respetar los derechos humanos, en la medida en que pueden hacerlo por sí mismos; en muchos casos, este aspecto de la subsidiariedad habrá de resultar en un grado de discreción sobre la interpretación e implementación de los derechos por parte de las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, en segundo lugar, la subsidiariedad apoya la idea de la integración de la interpretación e implementación nacional y supranacional de los derechos en una comunidad de discurso, respecto de la idea de derechos humanos. Y en tercer lugar, en la medida que los órganos del Estado nacional no puedan lograr estos fines, los órganos internacionales, creados por decisión de los propios Estados, pueden intervenir²⁷.

El principio de subsidiariedad es adecuado también por realidades prácticas que deben ser tomadas en cuenta, relativas a la inhabilidad o imposibilidad real de los mecanismos de protección internacionales (CIDH y CrIDH) de conocer y resolver todos los casos en que surjan violaciones a derechos humanos, en términos de la Convención. Hay pues un interés sistémico en preservar ambos grupos de instrumentos como instituciones viables y respetadas²⁸.

Desde el principio de subsidiariedad, hay que pensar la manera de avanzar hacia una teoría normativa de un sistema judicial internacional y cómo es que los tribunales mismos pueden contribuir a hacerlo funcional, fuera de un esquema de jerarquía estricta.

²⁶ Carozza, Paolo, "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law", *American Journal of International Law*, vol. 97, no. 1, 2003, p. 40.

²⁷ *Ibíd.*, pp. 57-58.

²⁸ Algo similar argumenta Young al describir la relación entre tribunales federales y locales en los EUA, en términos que no son estrictamente jerárquicos. Young, Ernest A., "Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System", *Duke Law Journal*, vol. 54, no.5, 2005, p. 133.

2. Margen de apreciación

La doctrina de MA está basada en la noción de que cada sociedad tiene derecho a un cierto espacio y discreción en cuanto a la resolución de conflictos inherentes entre derechos individuales e intereses nacionales o entre diferentes convicciones morales. Esta noción, con su relativismo moral inherente, entra en conflicto con la idea de la universalidad de los derechos humanos. En el extremo, la doctrina puede debilitar seriamente la promesa de una aplicación efectiva de los derechos humanos que contradice políticas nacionales. Y su uso puede comprometer la credibilidad de los órganos aplicadores de derechos humanos internacionales. Aplicaciones inconsistentes en casos similares debido a diferentes márgenes permitidos por las cortes de derechos humanos puede hacer surgir preocupación sobre dobles estándares judiciales. Y de manera más importante: la retórica que apoya el margen de apreciación y la falta del énfasis en valores universales y estándares puede llevar a las instituciones nacionales a resistir la revisión externa en su conjunto, bajo el argumento de que ellas son mejores jueces y árbitros finales para determinar cuál es el margen apropiado. Así, la autoridad de los órganos internacionales de derechos humanos se vería minada²⁹.

La doctrina del margen de apreciación permea la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, si bien ha sido más o menos evitada en otras instancias internacionales (la CrIDH sin embargo, en la OC-4184, enero 19 1984, se refiere a ella en relación con el margen de los estados para el establecimiento de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad y la determinación de si éstos se han cumplido).

A pesar de ello, creo que sería útil analizar con más cuidado este instrumento, en sus posibles beneficios, sus riesgos, en especial en contextos de sociedades democráticas y estados de derecho débiles, y en donde siguen prevaleciendo un tipo de violaciones de derechos humanos particularmente graves (que tienen que ver con masacres, desapariciones forzadas, tortura).

Debemos también profundizar en el debate más de fondo e incluso filosófico relativo a si los accidentes de la cultura, el lenguaje, historia, circunstancia institucional y política, organización económica y otras circunstancias que diferencian a unas sociedades de otras a través del tiempo

²⁹ Benvenisti, Eyal, "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", *International Law and Politics*, vol. 31, 1999, pp. 843-844.

y el espacio son o no irrelevantes en la puesta en práctica de derechos fundamentales que tienen pretensión de universalidad. ¿La universalidad de principio implica uniformidad de aplicación de los derechos humanos?; ¿puede haber caminos diferentes en la implementación nacional de los derechos humanos, sin dejar de ser consistentes con los estándares internacionales?³⁰

Considero que es importante el estudio de la doctrina del margen de apreciación³¹, no tanto para implementarla tal cual en el SIDH, sino para explorar la posibilidad de construir alternativas que parecen serle cercanas y que pueden ser más apropiadas en el contexto latinoamericano, como la llamada ‘doctrina de la cuarta instancia’. Esta doctrina, como se sabe, es producto del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y está estrechamente vinculada con la regla del agotamiento de los recursos internos. En virtud de ella la Comisión no puede revisar sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención:

“51. La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

52. La ‘fórmula de la cuarta instancia’ fue elaborada por la Comisión en el caso de Clifton Wright, ciudadano jamaicano, que adujo un error judicial que dio lugar a una sentencia de muerte en su contra. El sistema nacional no preveía un trámite de impugnación de sentencias determinadas por errores judiciales, lo que dejó al Sr. Wright desprovisto de recursos. En ese caso, la Comisión estableció que no podía actuar como ‘una cuarta instancia cuasi-judicial’ con facultades para revisar las sentencias de los tribunales de los Estados miembros de la OEA. No obstante, la Comisión declaró fundados los hechos aducidos por el peticionario y determinó que

³⁰ Carozza, *op. cit.*, p. 72.

³¹ En esta línea se encuentra el ensayo del profesor Javier García Roca, titulado “Criterios para la Aplicación del Margen de Apreciación Nacional en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El Alcance del Escrutinio en el Amparo Europeo”, en Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo 1, IIDC/APDC/IIJ(UNAM), IDEMSA, Perú, 2009, pp. 737-762.

el mismo no pudo haber cometido el crimen. En consecuencia, la Comisión llegó a la conclusión de que el Gobierno de Jamaica había violado el derecho del peticionario a la protección judicial, lo que constituye una violación a sus derechos fundamentales, porque el procedimiento judicial interno no permitía corregir el error judicial.³²

Doctrinas como esta pueden tender puentes de diálogo y generar dinámicas de cooperación entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. Interpretación conforme

Otra técnica que puede ayudar a generar este marco de cooperación es la llamada ‘interpretación conforme’. Como se sabe, el artículo 10, apartado 2 de la Constitución Española nos ofrece una forma estándar de consagrar esta técnica de interpretación:

“2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Ahora bien, la tarea del juez de interpretar una norma de derecho nacional de una forma acorde con el derecho internacional, y específicamente, con el derecho internacional de los derechos humanos, dista mucho de ser una tarea mecánica. Las posibilidades de este tipo de interpretación dependen de una serie de condiciones jurídicas referidas, por ejemplo, al contenido y estructura tanto de la norma de derecho nacional a ser interpretada ‘a la luz’ de la norma internacional; al contenido y estructura de esta última; o bien a factores como la relación de la técnica de la interpretación conforme con otros métodos de interpretación constitucional aceptados en la jurisdicción correspondiente, el grado de admisibilidad o receptividad a construcciones *contra legem* y la ponderación del principio de certeza jurídica³³.

³² Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Marzioni v. Argentina*, Caso 11.673, Informe 39/96, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 76 (1997).

³³ En este tema ver Betlem, Gerrit y Nollkaemper, André, “Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation”, *European Journal of International Law*, vol. 14, no. 3, 2004, pp. 576-578.

Cabe señalar que la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011 parece introducir el principio de interpretación conforme en el párrafo segundo del artículo 1^o de la norma fundamental mexicana bajo una fórmula peculiar y ciertamente distinta a la empleada por la Constitución española arriba referida. Así, el ‘nuevo’ artículo 1 de nuestra Constitución dispone que:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

En la fórmula empleada, probablemente por un prurito identificado con la postura nacionalista arriba referida, no se dice que las normas internas de derechos humanos se interpretarán conforme con las normas internacionales de derechos humanos (fórmula española). Lo que se dispone es que todas las normas de derechos humanos se interpretarán conforma a la Constitución y a los tratados. Habrá que ver el significado que los tribunales y específicamente la Suprema Corte de Justicia darán a esta peculiar formulación.

4. *Principio pro homine o pro persona*³⁴

Este principio resulta particularmente interesante, pues hace a un lado un criterio formal de jerarquía en la resolución de conflicto de normas, e implica la aplicación de un criterio sustantivo.

En efecto, como observa Mónica Pinto en el tema de los derechos humanos, hay un conjunto de normas internacionales y nacionales, que en más de una ocasión se superponen en el tratamiento de una misma cuestión o cuestiones que presentan aspectos análogos. Conviven así normas internacionales universales, regionales, con normas internas de distinta

³⁴ Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

data que contemplan desde libertades públicas lato sensu hasta la última versión de los derechos humanos, y ante la pluralidad de fuentes apuntada, se impone una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados. Por ello, para Pinto:

“El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.”³⁵

Esto permite una solución que prescinde del principio de jerarquía en la aplicación de normas: a veces la norma internacional prevalecerá sobre la nacional, pero también podrá suceder lo contrario, en función de cuál norma sea la que mejor proteja a la persona humana, sin que la prevalencia de una u otra pueda determinarse a priori.

Los tribunales mexicanos no han sido ajenos al principio *pro homine*. Cabe destacar las tesis aisladas I.4º.A.441 A y I.4º.A.464 A, según las cuales:

“PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN.

El principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 799/2003. Ismael González Sánchez y otros. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.”³⁶

“PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de

³⁵ Pinto, Mónica, “El Principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, CELS, Buenos Aires, 2004, p. 163.

³⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Materia Administrativa Tomo XX*, octubre de 2004, p. 2385.

establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 202/2004. Javier Jiménez Sánchez. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.³⁷

Igualmente, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha aplicado el principio *pro homine* en la resolución de un buen número de casos. Desde 2002 ha emitido la Tesis Jurisprudencia S3ELJ 29/2002, cuyo rubro y contenido son los siguientes:

“DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER POLÍTICO-ELECTORAL. SU INTERPRETACION Y CORRELATIVA APLICACIÓN NO DEBE SER RESTRICTIVA.— Interpretar en forma restrictiva los derechos subjetivos públicos fundamentales de asociación en materia política y de afiliación política electoral consagrados constitucionalmente, implicaría desconocer los valores tutelados por las normas constitucionales que los consagran, así cabe hacer una interpretación con un criterio extensivo, toda vez que no se trata de una excepción o de un privilegio, sino de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, los cuales deben ser ampliados, no restringidos ni mucho menos suprimidos. En efecto, los derechos fundamentales de carácter político-electoral consagrados constitucionalmente, como los derechos de votar, ser votado, de asociación y de afiliación, con todas las facultades inherentes a tales derechos, tienen como principal fundamento promover la democracia representativa, habida cuenta que, conforme con lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa y democrática. Lo anterior, en virtud de que las reglas interpretativas que rigen la determinación del sentido y alcances jurídicos de una norma no permiten que se restrinja o haga nugatorio el ejercicio de un derecho fundamental, como lo son los de asociación política y de afiliación político-electoral; por el contrario, toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica deben ampliar sus alcances jurídicos para potenciar su ejercicio, siempre que aquélla esté relacionada con un derecho fundamental. Lo anterior, desde luego, no significa en forma alguna sostener que los derechos fundamentales de carácter político sean derechos absolutos o ilimitados.”³⁸

Destaca, por otro lado, el empleo del principio *pro homine* por parte de la Sala Superior del referido Tribunal en el llamado caso Hank Rohn.

³⁷ Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Administrativa, Tomo XXI, febrero de 2005, p. 1744.

³⁸ Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, volumen de jurisprudencia, páginas 97-99.

Como se recordará, el tema esencial en dicho conflicto consistió en determinar los alcances de lo dispuesto en el artículo 41, fracción VI (que permitía a quien ocupa un cargo, empleo o comisión en los ayuntamientos, el ejercicio del derecho a ser votado como gobernador del Estado, siempre y cuando se separe del cargo noventa días antes de la elección) y 42, párrafo tercero (que preveía que no podrán ser electos a ese cargo, entre otros, los presidentes municipales, aún cuando se separen del cargo), ambos de la Constitución de Baja California.

En la sentencia respectiva (Expediente: SUP-JDC-695/2007), la Sala Superior de TEPJF realizó un análisis de legalidad de la sentencia del Tribunal Electoral del Estado de Baja California, y para ello se basó en instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por México (apoyándose, a su vez, en el criterio de la Suprema Corte de Justicia que reconoce en los tratados un nivel inferior a la Constitución General, pero superior a las leyes generales, federales y locales). A partir de este análisis, y en aplicación del principio *pro homine*, la Sala Superior consideró que no debía aplicarse el restrictivo artículo 42, párrafo tercero de la Constitución de Baja California, en los siguientes términos:

“La conclusión alcanzada, en el sentido de que la interpretación lleva a aplicar lo dispuesto en el artículo 41, fracción VI, de la constitución local, por ser el precepto que maximiza y potencializa el ejercicio del derecho fundamental de ser votado, se corrobora si se acude al método de interpretación *in dubio pro homine* o *pro libertate*, que tiene como directriz favorecer a la libertad en caso de duda, esto es, implica considerar a la libertad como uno de los valores de la mayor importancia en un Estado de Derecho, si se tiene en cuenta que los principios son las piezas más importantes del sistema jurídico, puesto que representa el poder en el campo de acción del individuo necesario para su desarrollo y autorrealización, lo cual redundaría en beneficio de la sociedad, y como tal, constituye un freno al poder del Estado, para impedir los abusos de los gobernantes.”³⁹

³⁹ A partir de este caso, se emitió la siguiente tesis XLI/2007 “DERECHO A SER VOTADO. NO DEBE VULNERARSE POR OCUPAR UN CARGO DE ELECCIÓN POPULAR (Legislación de Baja California). La interpretación sistemática de los artículos 41, fracción VI, 42, párrafo tercero, y 80, fracción IV, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, conforme con el 1° y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1°, 2°, 23, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permite establecer que el hecho de que un ciudadano esté en ejercicio de un cargo de elección popular, no impide que pueda registrarse como candidato para contender por otro cargo de esa naturaleza, aun cuando no hubiera concluido el periodo para el que fue electo, siempre que se separe dentro del término legalmente exigido. Acorde con lo anterior, cualquier condición adicional que se imponga al ejercicio de los derechos político electorales deberá basarse exclusivamente en calidades inherentes

A nivel de las Salas Regionales del TEPJF, el principio pro homine también ha sido empleado en la resolución de casos, como sucedió en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (identificado con el expediente ST-JDC-10/2009). En esta disputa, Ramón Hueso Alcaraz y J. Jesús Jaramillo Fabila impugnaron la exclusión que la autoridad responsable hizo de ellos, respecto del padrón electoral y de la lista nominal de electores, dado que consideró que se encontraban suspendidos en sus derechos político-electorales, por estar sujetos a un proceso penal derivado del auto de formal prisión dictado por el Juez Segundo en Materia Penal del Fuero Común de Manzanillo, Colima.

La acción de la autoridad responsable, se basó en lo establecido en el artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se establece la suspensión de derechos y prerrogativas del ciudadano en los siguientes términos:

“Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.”

Ahora bien, en su razonamiento los magistrados de la sala regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con sede en Toluca, consideraron que “los derechos y prerrogativas constitucionales son susceptibles de ampliarse en los ordenamientos que conforman la ‘Ley Suprema de la Unión’... [por lo que] es válido acudir a este bloque de constitucionalidad para aplicarlos cuando prevean una situación jurídica de mayor tutela de tales derechos, sin que esto pueda constituir una contravención a la Constitución, ya que ésta permite tal remisión según se evidenció. En ese sentido, puede afirmarse que si el tratado amplía la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones

a la persona, además de ser necesaria e idónea para lograr la finalidad perseguida, y obedecer a criterios objetivos, racionales y proporcionales, que tengan como base algún principio o valor fundamental del sistema constitucional; por tanto, la limitación a la posibilidad de contender de un ciudadano, durante el desempeño de un cargo de elección popular, debe hacerse en armonía con el texto fundamental y los instrumentos internacionales en cuanto potencian el derecho a ser votado.” *Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-695/2007. Jorge Hank Rhon. Autoridad responsable: Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California. 6 de julio de 2007. Unanimidad de seis votos en el criterio. Ponente: Pedro Esteban Penagos López. Secretarios: Claudia Pastor Badilla, Sergio Guerrero Olvera, Eduardo Hernández Sánchez y Andrés Carlos Vázquez Murillo.*

en beneficio de los ciudadanos, deben considerarse como normas supremas de la unión y constitucionalmente válidas.”

Así, la Sala Regional consideró aplicable al caso el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al establecer que la suspensión de derechos no debe ser indebida, al tenor de lo siguiente:

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

Asimismo, la Sala Regional observó que el alcance normativo de dicho precepto había sido fijado por el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas en la Observación General número 25 de su 57° período de sesiones en 1996, en el sentido de que: “a las personas a quienes se priva de la libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar.”⁴⁰

Al igual que en la interpretación conforme, la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 incorporó en el párrafo segundo del artículo 1° de la norma fundamental mexicana el principio pro persona.

⁴⁰ “Consecuentemente, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos fue celebrado por el Estado Mexicano conforme a lo previsto en la Constitución Federal, toda vez que nuestro país se adhirió a él y tal acto fue ratificado por el Senado de la República el veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y uno, puede afirmarse que tal cuerpo normativo, incluido su artículo 25, forma parte de lo que el artículo 133 constitucional denomina ‘Ley Suprema de la Unión’, por lo que resulta válido atender a éste para orientar la decisión respecto de la pretensión de los demandantes, en el sentido de que, al estar sujetos a proceso y no encontrarse privados de la libertad, se les debe permitir ejercer sus derechos político-electorales.”

“La anterior conclusión es acorde, además, con lo dispuesto por los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los cuales subyace y se reconoce a favor de quien está sujeto a proceso penal el derecho fundamental a la presunción de inocencia, hasta en tanto se demuestre lo contrario; lo cual implica, que mientras no sea condenado con una sentencia ejecutoria, por la cual se le prive de la libertad, los promoventes no deben ser suspendidos en sus derechos político-electorales.” Sentencia de 5 de marzo de 2009, Sala Regional del TEPJF, con sede en Toluca de Lerdo, Magistrado ponente: Santiago Nieto Castillo.

Concluimos este apartado resaltando la idea de que estas doctrinas pueden ser construidas no como imposición de unos órganos sobre otros, sino por los propios tribunales de todos los niveles, a partir del reconocimiento de una necesidad funcional, y en aras de cuidar un interés sistémico⁴¹.

III. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN ABIERTAS PARA MAYOR REFLEXIÓN

Finalmente, me refiero a algunos temas que podrían convertirse en líneas de investigación que contribuyan en esta tarea de generar un marco de diálogo y cooperación entre tribunales nacionales y supranacionales.

A) *Afinar la idea de coordinación, orden no jerárquico (Teoría del Derecho)*

Como señalan Kerchove y Ost, si alguna representación hay que parece dominar el pensamiento jurídico es, sin duda, la idea de que el derecho es un sistema fundamentalmente jerarquizado. Y una de las consecuencias de ello sería aparentemente que la aplicación de una norma jurídica constituye una actividad subordinada a su creación y que entre ellas sólo puede existir una relación puramente lineal y jerárquica, fundándose siempre la inferior en la superior que la determina. Se trata de una representación que se puede calificar como de ‘sistematicidad lineal’ (en la concepción tradicional de sistema jurídico, uno de cuyos máximos exponentes ha sido Kelsen)⁴².

¿Hay alguna alternativa a esta representación del Derecho?

Algunos autores hablan de ‘sistematicidad circular’; otros de ‘jerarquías enredadas’, que sin prescindir del todo del elemento lineal del modelo tradicional, introducen factores de retroalimentación e intercomunicación⁴³.

Podría explorarse las posibilidades de este tipo de alternativas, y su posible utilidad para aplicarse en la generación de un discurso de coordinación entre jurisdicciones.

⁴¹ Martínez, Jenny, “Towards an International Judicial System”, *Stanford Law Review*, vol. 56, 2003, p. 434.

⁴² Kerchove, Michel Van de y Ost, François, *El Sistema Jurídico Entre Orden y Desorden*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, p. 102.

⁴³ *Ibid.*, pp. 102-104.

Vale la pena mencionar que en la práctica judicial mexicana, se puede percibir ya intentos por conceptualizar de una manera distinta al artículo 133 constitucional, que tradicionalmente se ha entendido en términos de jerarquía normativa. En efecto, en el voto particular del Ministro Juan Silva Meza en relación con el amparo en revisión 120/2002 se puede ver el desarrollo de una interpretación no jerárquica de dicho artículo. En este sentido, afirma el Ministro Silva que el artículo 133, más que configurar un sistema de jerarquía normativa, prevé la existencia de una tipología de normas, que no necesariamente atiende a un principio de jerarquización, excepto por lo que hace a la Norma Fundamental que constituye la base de todo el sistema jurídico, en virtud de que en relación con sus postulados opera el principio de supremacía constitucional, en términos expresos del propio numeral en mención. Así, lo que establece el 133 es que, de una parte, los tratados internacionales que son incorporados al sistema jurídico mexicano se convierten en derecho interno y, de otra, que las disposiciones de la Constitución tienen primacía respecto de la legislación estatal, al tenor de su párrafo segundo.

Es decir, el 133 establece las normas del sistema jurídico mexicano, pero no consagra una jerarquización, ya que “no hace depender la validez de todas las disposiciones secundarias a su conformidad con los tratados y las leyes reglamentarias, caso contrario a lo que sí sucede en relación con las disposiciones iusfundamentales y estos últimos.” Pero reconoce que la única jerarquía que hay en el 133 es la de la Constitución General de la República, frente a todo el sistema jurídico.

Razona el Ministro Silva Meza:

“A mi entender, la solución que debió adoptar el Pleno pasaba por distinguir, como cuestión previa y de enorme trascendencia, que en un conflicto de antinomias la primacía que opera para que una disposición prevalezca en el caso concreto por encima de otra, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debido a diferentes razones.

De esta forma, primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados; aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla, dentro del proceso evolutivo graduado de creación normativa.”

Por otra parte, y para avanzar en este camino, el Ministro Silva propone un principio de interpretación mediante la apertura al derecho internacio-

nal, que “es producto del innegable desarrollo de lo que la doctrina contemporánea ha denominado el constitucionalismo global, que supone el asentamiento del sistema jurídico-político internacional en las relaciones entre el Estado y el pueblo —ya no únicamente en el clásico esquema de relaciones horizontales entre Estados—; el surgimiento de un *ius cogens* derivado de declaraciones internacionales que consagran principios, valores y reglas universales y, finalmente, la protección de la dignidad humana como presupuesto intangible de cualquier constitucionalismo democrático.”

Asimismo, considera el Ministro Silva que para la implementación de este principio interpretativo de apertura, es necesario acudir a la figura del bloque de constitucionalidad o bloque de la constitucionalidad, mismo que encuentra su origen en el propio texto constitucional, o más exactamente en la apertura política en la que incurren las constituciones, cuando establecen expresamente los principios estructurales que identifican a su ordenamiento jurídico respectivo:

“El bloque de la constitucionalidad no constituye una mera abstracción jurídica en el seno de la Constitución, sino una remisión constitucional que, al alcanzar a aspectos vitales de la estructura del sistema normativo, requiere o permite ser completada por otras disposiciones a las que la Norma Fundamental habilita para realizar esa función jurídica de cierre político.”

“El punto de partida del bloque constitucional siempre se encuentra en la Constitución, siendo su punto de llegada las disposiciones a las que mediante un reenvío constitucional, determinan la estructura del sistema o definen el contenido de una estructura ya fijada en la norma suprema. Luego, tratándose del bloque constitucional resulta irrelevante la ubicación jerárquica de las normas destinatarias de la remisión; bien puede ser constitucional, o infra constitucional.”

Finalmente, para Silva Meza:

“La instrumentación del principio interpretativo de apertura mediante el bloque de constitucionalidad generaría que el conflicto de dos normas con distinto origen de producción no sea tratado como un problema de validez, sino de aplicación, esto es, no debería examinarse qué ordenamiento debe prevalecer, sino cuál debe desplazar al otro por un principio de preferente aplicación normativa por especialidad.

En este sentido, la inaplicación o desplazamiento de la norma de un tratado no denota un juicio de validez, sino un estudio sobre su eficacia y aplicabilidad para regular determinados supuestos, debido a su pertenencia a distintos sistemas jurídicos.”

Podemos ver aquí un esfuerzo por entender la relación entre derecho nacional y derecho internacional, en términos distintos a los jerárquicos. ¿Hasta dónde es posible llevar este esfuerzo?

B) *Trabajar en una construcción conceptual que permita articular y conciliar el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los derechos humanos (Teoría de la Constitución)*

Por ejemplo, en la línea que ha trabajado Häberle. Para este autor, el Estado constitucional cooperativo será aquel Estado cuya identidad, incluso a nivel internacional, se halla dentro de un complejo tejido de relaciones inter y supranacionales, así como en la medida en que toma plenamente conciencia de la colaboración internacional y se responsabiliza también de ella como parte de la propia solidaridad.

“El derecho constitucional, por tanto, no empieza allí donde acaba el internacional, sino que lo que sucede es justamente lo contrario, es decir, que el derecho internacional no termina allí donde empieza el derecho constitucional, de modo que las mutuas limitaciones que se producen respecto de ambos tipos de derecho son tan intensas que sólo puede producir su ‘complementariedad’ respecto del modelo de Estado cooperativo que representan; de ahí que podamos afirmar que surge una especie de ‘derecho común de cooperación’ ... El Estado ‘social cooperativo’ no conoce la alternativa del llamado ‘primado’ del derecho internacional ni tampoco del derecho interno del Estado, sino que lo hace a través de las relaciones conjuntas del derecho internacional y de las de los ordenamientos constitucionales nacionales internos hasta el extremo de que parte del derecho interno constitucional y del internacional terminan por fundirse en una unidad, en un todo común inescindible.”⁴⁴

O bien, la conceptualización de Giancarlo Rolla:

“En el ámbito de la tutela de los derechos de la persona, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales un círculo virtuoso de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmática como práctica.”⁴⁵

“En primer lugar, dicho proceso osmótico permite al derecho nacional especificar e implementar los estándares de tutela definidos en el ámbito internacional; al igual que atribuye al derecho internacional la potestad de ampliar las normas directamente aplicables por los jueces nacionales, vinculantes a su vez para el legislador por su rango constitucional. Tal proceso tiene lugar asignando a las disposiciones de las convenciones internacionales la doble naturaleza de fuentes productoras de normas internacionales y de normas constitucionales; lo que se determina, sobre todo, o

⁴⁴ Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Tecnos, 2002, pp. 257 y 258. Citado por Toro Huerta, Mauricio Iván del, “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*, no. 112, enero-abril 2005, pp. 325 y ss.

⁴⁵ Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, p. 86.

bien al reconocer la aplicación directa de las convenciones sobre derechos fundamentales de la persona, o bien al aplicar el principio de que en caso de conflicto las normas internacionales deben considerarse en cualquier caso prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias, sin necesidad de admitir en este último caso la aplicabilidad directa de las normas internacionales.”

“En segundo lugar, el mencionado proceso de ósmosis favorece la creación de un derecho común, utilizable tanto por los órganos supranacionales como por los nacionales, derecho común que constituye la base unitaria de la tutela de los derechos de la persona en un determinado ámbito geográfico supranacional. Dicho resultado se alcanza tanto reconociendo las tradiciones constitucionales de los concretos Estados, como haciendo referencia a las codificaciones internacionales y, sobre todo, a la interpretación que han dado de las mismas los jueces internacionales. No obstante, otros elementos se revelan como necesarios, como la adhesión a un método interpretativo común, la existencia de formas significativas de unidad cultural, o la aceptación de un sistema de valores suficientemente homogéneo.”

“Del conjunto de estos fenómenos deriva la formación de tradiciones constitucionales comunes capaces de homogeneizar los niveles de tutela de los derechos de la persona, con independencia del ordenamiento estatal de referencia. Si, por un lado, los derechos fundamentales forman parte de los principios fundamentales del derecho comunitario; si —por otro lado— los derechos constitucionalizados por los concretos ordenamientos concurren en la definición de las tradiciones constitucionales comunes, de ahí se deduce que los niveles constitucionales de tutela tienden a homogeneizarse y, al mismo tiempo, a enriquecerse. En efecto, se ofrece al ciudadano la posibilidad de acudir a una doble jurisdicción: dirigiéndose al juez nacional para solicitar la aplicabilidad de una norma de derecho internacional; o bien, recurriendo ante el juez internacional para que compela al propio Estado a dar aplicación a sus obligaciones internacionales”.

“Una tercera consecuencia conectada con la formación de un *ius commune* en materia de derechos fundamentales, está constituida por la ampliación del catálogo de los derechos reconocidos en el ámbito nacional, tanto por vía normativa como jurisprudencial. Particularmente, la implementación normativa tiene lugar a través de la incorporación en la Constitución de las normas internacionales sobre los derechos fundamentales, o bien reconociendo a dichas normas una fuerza superior a la de la ley ordinaria”⁴⁶.

Por supuesto, hay que estar atentos también a los modelos que ya se pueden ver en la literatura, y que de manera más específica se refieren a la relación entre tribunales supranacionales y tribunales constitucionales nacionales. Por ejemplo, Ahdieh ofrece un modelo de ‘revisión dialéctica’ en el que están implicados la idea de una revisión judicial por parte de tribunales internacionales sobre tribunales domésticos, pero con la idea de diálogo en su núcleo. Este modelo descansa en el encuentro recurrente

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 87-92.

entre las jurisdicciones nacionales e internacionales, en un proceso que avanza hacia una síntesis de derecho compartido. Es una forma de interacción judicial que no es ni revisión en apelación jerárquica, ni mero diálogo horizontal a la manera de citas y referencias cruzadas entre tribunales. El modelo de 'revisión dialéctica' tiene elementos jerárquicos y de diálogo, pero es un híbrido distinto a la jerarquía vertical o al diálogo horizontal⁴⁷.

C) Estudiar a profundidad las doctrinas y prácticas judiciales para mediar el conflicto entre instituciones supranacionales y domésticas; doctrinas judiciales para resolver la tensión entre instituciones en competencia

Por último, es preciso identificar el elenco de técnicas, doctrinas y prácticas que permiten el diálogo, evitan el conflicto, promueven una relación estable, dinámica cooperativa, y que presupongan la co-existencia entre tribunales; pero también debe estudiarse las llamadas 'doctrinas de elusión' de la aplicación del derecho internacional a nivel interno.

Un ejemplo de relación cooperativa puede encontrarse en la manera en que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y el Tribunal Europeo de Justicia han ido construyendo una relación no tanto basada en jerarquía, sino en una relación de cooperación, teniendo en cuenta consideraciones de la estructura general de la que forman parte en el surgimiento de un sistema judicial europeo.

En Solange I, el Tribunal Constitucional Alemán partió de un análisis estructural, según el cual la Comunidad Europea no era un Estado, y en particular no era un estado federal, sino una entidad sui generis en proceso de integración progresivo, de carácter inter-estatal. Con base en ello, consideró que en principio, dos esferas jurídicas independientes coexistían una al lado de la otra, con su propia validez; a partir de ello, una relación especial entre ambas esferas, en el que era deber de los órganos, y en particular de los tribunales, que en sus decisiones se consideren ambos sistemas jurídicos. Un deber de cooperación similar al deber de cortesía (comity) que existe en un estado federal. Así, el Tribunal Constitucional Alemán razonó que tenía el deber de revisar las normas de la Comunidad en cuanto a su concordancia con al Ley Fundamental de Bonn, particularmente en ausencia de un catálogo de derechos fundamentales que limiten la acción de la Comunidad.

⁴⁷ Ahdieh, Robert B., "Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts", *New York University Law Review*, vol. 79, no. 6, 2004, pp. 2034-2035.

El Tribunal Europeo de Justicia respondió a estas críticas iniciando una práctica de revisar las normas de la Comunidad para asegurar que fueran consistentes con los derechos fundamentales (aun ante la ausencia de una disposición de los tratados que le facultaran para hacerlo). Pero —al parecer— el Tribunal Europeo consideró esta operación como algo crítico para asegurar el ejercicio de su autoridad y jurisdicción sobre los tribunales constitucionales nacionales.

14 años después de Solange I, vino la sentencia en el caso Solange II, en la cual el Tribunal Constitucional Alemán consideró que como el Tribunal Europeo había venido garantizando adecuadamente los derechos fundamentales, de una manera esencialmente comparable con los estándares de la Ley Fundamental alemana, no era ya necesario que el Tribunal Alemán ejerciera una revisión independiente de los actos de la Comunidad⁴⁸.

⁴⁸ Martínez, *op. cit.*, pp. 445-447.

PARTE III

**EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES
INTERNACIONALES EN MATERIA
DE DERECHOS HUMANOS**

Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?¹

KAI AMBOS
MARÍA LAURA BÖHM

SUMARIO: I. Introducción. II. Tribunal tímido vs. Tribunal audaz. III. Alcance de los fallos del TEDH y los principios de interpretación de la CEDH. IV. Derechos materiales: Criminalización como medio para su protección efectiva. 1. Protección del derecho a la vida. 2. Protección de “the rule of law”. 3. Protección mediante criminalización. V. Derechos procesales: Los derechos emergidos de las obligaciones procesales del Estado. 1. Art. 6 CEDH: Derecho a un proceso equitativo (Protección de los derechos del ofensor —no de la víctima). 2. Derecho a un recurso efectivo: el art. 13 CEDH y otras variantes. VI. En contra de la tesis de la timidez. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El texto de una convención puede ser interpretado en forma restrictiva o en forma extensiva. En el primer caso se tratará de un apego fiel y detallado a la letra de la ley y de la voluntad de los Estados firmantes puesta de manifiesto al momento y de acuerdo a las circunstancias propias de la época en que se llevaron a cabo las correspondientes tratativas; en el segundo caso, se recurrirá al fin de la norma y se intentará adaptar la letra del texto a la situación concreta y a los tiempos actuales, es decir, se hará una interpretación dinámica del texto convencional. Mientras que en el primer caso puede resaltarse como positivo que el principio de legalidad se verá más fuertemente respetado —incluso aunque esto sea en desmedro de una solución “satisfactoria” al caso concreto; en el segundo caso, es decir cuando se realice una interpretación más bien dinámica del texto,

¹ El presente texto es una versión revisada y actualizada del artículo de igual título publicado en Kai Ambos/Ezequiel Malarino (comps.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional – Tomo II*, Montevideo: KAS/Universidad de Göttingen, 2011, pp. 43-69.

el aspecto positivo residirá en que siempre o casi siempre se encontrará una solución a la controversia concreta que deba resolverse— aunque esto vaya en desmedro de la literalidad del texto². Respecto de las convenciones de Derechos Humanos, que son interpretadas en última instancia por los respectivos Tribunales de Derechos Humanos, serán tanto estos tribunales los que definirán la línea interpretativa a seguir, como los Estados Partes al momento de implementar e interpretar a nivel nacional los derechos establecidos en dichas convenciones.

II. TRIBUNAL TÍMIDO VS. TRIBUNAL AUDAZ

Según una tesis formulada por *von Bogdandy*³ respecto de la tarea e interpretación desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), éste sería un Tribunal audaz, mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sería un tribunal tímido. La Corte IDH sería audaz porque sus decisiones tienen un efecto directo, porque la Corte anula normas nacionales (por ej. amnistías), decide casos importantes (políticamente delicados) y es una institución reciente (no consolidada). *Von Bogdandy* tiene razón en cuanto a su análisis de la pretensión jurisdiccional de la Corte. De hecho, la Corte, en resumidas cuentas, se ha convertido en una cuarta instancia (una “Superrevisionsinstanz”) que interpreta la Convención como una Constitución de los Estados Americanos

² Cfr. por todos sobre las reglas de interpretación de convenciones Richard K. Gardiner, *Treaty interpretation*, Oxford: OUP, 2008, p. 141 ss., sobre el desarrollo histórico de las reglas de interpretación ver p. 51 ss. Debe tenerse presente que las pautas orientadoras para la interpretación de los Tratados están dadas fundamentalmente por la Convención de Viena de 1969 (art. 31), de la cual se desprenden como niveles de interpretación la letra de la convención, el objeto y fin de la misma, el contexto, los acuerdos ulteriores entre las partes, las prácticas ulteriores relativas a la aplicación del tratado, y en forma complementaria todo otro medio incluidos los trabajos preparatorios, a fin de confirmar interpretaciones hechas a partir de lo dispuesto en el art. 31 o para esclarecerlas en caso de ambigüedad o contradicción. Véase al respecto Anne Peters, *Einführung in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, München: Beck, 2003, p. 17 ss.; cfr. sobre la aplicación de la Convención de Viena en la interpretación de los Tratados de Derechos Humanos el estudio de María Angélica Benavides Casals, *Die Auslegungsmethoden bei Menschenrechtsverträgen: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 26 ss., 69 ss.

³ Ponencia del día 5 de octubre en el Simposio Humboldt, *Internacionalización del Derecho Constitucional – Constitucionalización del Derecho Internacional*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 4-6.10.2010.

(“control de convencionalidad”) de la cual se derivan obligaciones con efecto directo y sobre todo muy concretas de los Estados miembros. Si bien la Corte acepta que está vinculada por la Convención, a menudo llega a exceder los parámetros de una interpretación admisible tal como está prevista en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados⁴, —y tal vez en tal exceso resida la baja cuota de cumplimiento de sus sentencias⁵. Ya ha habido voces advirtiendo acerca de sus tendencias antidemocráticas (por ejemplo al imponer en sus sentencias la obligación de sancionar una nueva ley, independientemente de la voluntad parlamentaria democrática-

⁴ Véanse los argumentos y ejemplos brindados en Ezequiel Malarino: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la CIDH”, en: Kai Ambos/Ezequiel Malarino/Gisela Elsner (comps.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y protección internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 25 ss.

⁵ Según manifestaciones de la jueza Medina Quiroga en marzo de 2009, sólo el 12% de las sentencias de la Corte IDH fueron plenamente cumplidas por los Estados en todos sus puntos. El ámbito donde mayor incumplimiento se advierte es el relacionado con las sentencias a “investigar, procesar y eventualmente condenar a culpables de violaciones muy graves de derechos humanos” (cfr. <http://www.ultimahora.com/notas/208940-S%C3%B3lo-12%20-de-sentencias-de-la-Corte-Interamericana-son-cumplidas>). Por su parte, sobre la cuota de cumplimiento de las sentencias del TEDH se ha dicho que el porcentaje es del 97% (según un reporte del Consejo de Europa de 2006), aunque como el mismo autor que cita este informe críticamente señala, no es claro qué criterio se ha tomado para definir qué reacción estatal puede considerarse como cumplimiento de una sentencia ni para elaborar tal cifra, sin duda difícil de aceptar [cfr. Robert Esser: “Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte”, en: Heiko Ahlbrecht *et al.* (comp.), *Internationales Strafrecht in der Praxis*, Heidelberg: Müller, 2008, p. 1 ss., aquí p. 90]. Teniendo en cuenta el número de sentencias que anualmente dicta el Tribunal (en 2012 fueron 1093), dicho porcentaje resulta ciertamente aún más dudoso (cfr. el *Council of Europe Annual Report 2012 – European Court of Human Rights*, provisional version, January 2013, disponible en http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/9A8CE219-E94F-47AE-983C-B4F6E4FCE03C/0/2012_Rapport_Annuel_EN.pdf, p. 155). Sobre las dificultades y la sobrecarga sufrida por el TEDH véase Georg Ress: “Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Grenzen seiner Judikatur”, en Meinhard Hilf/Jörn Axel Kämmerer/Doris König (comps.), *Höchste Gerichte an ihren Grenzen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, pp. 55-85, quien advierte sobre el imposible procesamiento de las entre 4000 y 5000 denuncias mensuales ingresadas al TEDH, de las cuales quedan alrededor de 1000 sin atención, sumando alrededor de 12000 anuales (que se acumulan a los ya en el año 2007 existentes entre 70000 y 80000 casos no cerrados – p. 74). Para un detallado informe estadístico de los procesos llevados por el TEDH entre 1955 y 2006 (diferenciados según país, derecho afectado, decisión de mérito) véase el Apéndice (Overwiew of the Activity of the European Court of Human Rights) en: Helen Keller/Alec Stone Sweet (comps.), *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford University Press, Oxford *et al.*, 2008, pp. 713-842.

mente legítima a nivel nacional)⁶ y antiliberales (por ejemplo al interpretar la Convención contra el imputado y así en contra de principios liberales como los de legalidad e *in dubio pro reo*)⁷. No obstante estas críticas, entendemos que la calificación realizada por *von Bogdandy* no se deja sostener plenamente. Antes de adentrarnos en el análisis del TEDH, es conveniente contextualizar esta comparación ofreciendo algunas reflexiones sobre la Corte IDH. La afirmación de que se trata de un tribunal audaz presupondría que la Corte ha tenido que ir más allá de lo que ella se esperaba, *en contra* de las voluntades de los Estados Partes, y esto no ha sucedido en América Latina. En 1988, cuando la Corte estableció el deber estatal de investigar y castigar a quienes violaran los DDHH en la sentencia central en el caso *Velásquez Rodríguez*⁸, los procesos de transición de las dictaduras a las democracias en el Cono Sur y en Centroamérica ya habían comenzado⁹. En este período se recuperó y reforzó el movimiento de DDHH y con ello el reclamo de justicia y castigo¹⁰ a los responsables de las violaciones graves

⁶ Adviértase que este tipo de sentencias se encontrarían entre aquellas que con menos frecuencia son plenamente cumplidas por los Estados (cfr. *supra* nota 4). Véase como caso de contraste un análisis sobre la positiva influencia del TEDH sobre los principios del Estado de Derecho sostenidos por los Estados Europeos así como por la Unión Europea a nivel regional, principios que se ven influidos y fortalecidos por la jurisprudencia del Tribunal, en John Callewaert: “Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zur Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union”, en Peter-Christian Müller-Graff/Dieter H. Scheuing (comps.), *Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und Rechtsstaatlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 177-186.

⁷ Cfr. Malarino (cit. nota 3), p. 25 ss.

⁸ *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, Corte IDH, Fallo 29.07.1988, parágs. 162 ss., 166, 174.

⁹ Véase sobre este período el trabajo fundamental de Javier Chinchón Álvarez, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Madrid: Universidad Complutense, 2007, *passim*.

¹⁰ Desde la mencionada sentencia *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras* (cit. nota 7), luego nuevamente por ejemplo en el conocido caso *Almonacid Arellano et al. vs. Chile*, Fallo 26.09.2006, Serie C Nro. 154, parág. 110; y hasta la reciente sentencia *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, Fallo 24.11.2010, Serie C Nro. 219, parág. 140: “La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. (...) Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación (...)” [Sobre este fallo en el contexto de sentencias de la Corte IDH sobre amnistías véase Diego Rodríguez Pinzón, *The Inter-American human rights system and transitional processes*, en: Antoine Buyse/Michael Hamilton (comps.), *Transitional Jurisprudence and the ECHR – Justice, Politics and Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011 (239-266), p. 244, 241 ss.]. En el mismo sentido, más recientemente el *Human Rights Committee* (“HRC”), en su General Comment 31, identificando “obliga-

de DDHH cometidos durante las dictaduras de las décadas pasadas¹¹. La Corte —si bien con ciertas excepciones como las de Perú¹² y Venezuela¹³ en que precisamente se trataba de situaciones actuales— fue considerada aliada de los nuevos gobiernos democráticos latinoamericanos frente al juzgamiento de los hechos del pasado. Por un lado, los representantes estatales no discutieron, en general, sobre los requisitos de admisibilidad (por ej. sobre el agotamiento de los recursos internos); por otro lado, en más

ciones positivas” en el art. 2 (1) PIDCP y exigiendo “medidas adecuadas o (...) la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado” por violaciones al PIDCP cometidas por órganos estatales, así como por “particulares o entidades privadas” (par. 8); en cuanto al art. 2 (3) PIDCP, el HRC exige “recursos (...) eficaces”, “mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos” para dar efecto a la “obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez” (parág. 15); además, los “Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia”, especialmente en casos de graves violaciones como tortura, asesinato arbitrario y desaparición forzada (parág. 18).

¹¹ A nivel internacional, este movimiento recibió apoyo por varios gobiernos del viejo sistema occidental y por organizaciones internacionales, sea gubernamentales o no gubernamentales y, sobre todo, se ensambló con la refundación del movimiento internacional para una justicia penal internacional que se reinició con la caída del muro de Berlín y el fin de la vieja confrontación de bloques. Cfr. Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 1a. ed. 2006, § 6, nm. 25. En detalle sobre la importancia de la caída de *la cortina de hierro* (y del muro en Alemania, el proceso llamado “die Wende”) para el DPI véase Frank Neubacher, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 372 ss.

¹² Con motivo de la intervención de la Corte en contra de la persecución sufrida por jueces del Tribunal Constitucional peruano a partir de 1992, en el año 1999 el gobierno de Fujimori decidió en forma intempestiva no someterse a la Corte y retirar su consentimiento a la competencia contenciosa de la misma mediante la Resolución Legislativa Nro. 27152, de fecha 8 de julio de 1999, la cual fue declarada inadmisibile por la CoIDH en su sentencia *Tribunal Constitucional vs. Perú* del 24 de septiembre de 1999. En el año 2007 también el presidente Alan García se mostró reticente frente a la sentencia de la Corte en el caso de la matanza del penal Castro (cfr. El Comercio, 10.01.2007, <http://elcomercio.pe/ediciononline/html/2007-01-10/onEcPolitica0648819.html>; ver también http://www.elregionalpiura.com.pe/editoriales/editoriales_2007/editorial_cidh.htm).

¹³ Debido al informe “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” aprobado por la Comisión Interamericana (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 de diciembre de 2009) y dado a conocer en febrero de 2010, donde se identifica la restricción por parte del gobierno venezolano del pleno goce de los derechos humanos —fundamentalmente aquellos relacionados con la libertad de expresión—, el presidente venezolano Hugo Chávez amenazó con denunciar y retirarse de la Convención (cfr. http://el-nacional.com/www/site/p_contenido.php?q=nodo/124706/Nacional/Venezuela-abandonar%C3%A1-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos).

de una oportunidad se solicitó a la Corte tomar ciertas decisiones en favor de la política de DDHH nacional. En otras palabras, la Corte y los nuevos gobiernos, en principio, persiguieron la misma política pro-DDHH —lo cual sin duda quita *audacia* a la actividad de la Corte.

El presente estudio analiza cuál es la forma interpretativa de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) que sigue el TEDH. ¿Es la jurisprudencia del TEDH *tímida* al momento de proteger los derechos humanos de los habitantes de Europa, fundamentalmente de aquellos involucrados en causas penales, ya sea como víctimas o como ofensores? El análisis se centrará específicamente en el grado de intervención e involucramiento de las sentencias del TEDH respecto de los procedimientos penales internos de los Estados Partes, el respeto de los derechos del imputado y de las decisiones de política criminal adoptadas a nivel interno.

III. ALCANCE DE LOS FALLOS DEL TEDH Y LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LA CEDH

La relación y rango de la CEDH con los distintos órdenes nacionales depende precisamente de la legislación interna de éstos, no pudiendo establecerse una pauta única al respecto¹⁴. El alcance de las sentencias del TEDH, por su parte, es a la vez limitado y extenso. Es *limitado* porque no se trata de fallos que impongan condenas de obligado cumplimiento, sino más bien de la constatación de situaciones de hecho (“El Estado X ha violado el art. Y de la CEDH”). Las sentencias, por lo tanto, no tienen efecto casatorio, es decir, se trata de sentencias que no pueden proteger en forma

¹⁴ Mientras que en algunos Estados a la Convención se le ha reconocido rango constitucional (Austria, Suiza), en muchos otros cuenta con rango supralegal (por ej. España, Francia), y en unos pocos con rango meramente legal (Alemania), es decir, en este último caso, que la Constitución nacional sigue teniendo prevalencia frente a la CEDH. Vgl. Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 2a. ed. 2008, § 10, nm. (nota marginal) 7 ss.; Kai Ambos/ Alexander Heinze: “La jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las violaciones del derecho a la personalidad mediante informaciones periodísticas escritas y gráficas y sus efectos sobre la Ley alemana”, en: Javier Boix Reig (comp.), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel: Madrid, 2010, p. 536. Para un estudio comparativo detallado en cuanto a la implementación de la CEDH y de las sentencias del TEDH en los distintos países europeos véase el trabajo colectivo dirigido por Helen Keller y Alec Stone Sweet (cit. nota 4), que reúne informes nacionales exhaustivos y ofrece un panorama general del estado de implementación del ordenamiento europeo sobre DDHH (p. 3 ss. y *passim*).

directa e inmediata el derecho subjetivo lesionado (con excepción de los casos de denuncia admisible y fundada en que se dispone una “indemnización justa” —art. 41 CEDH— a falta de la posibilidad de una indemnización total de acuerdo con el ordenamiento legal del Estado en cuestión)¹⁵. El alcance del fallo, además, se limita a las partes en litigio (“inter partes”, art. 46 CEDH)¹⁶. Sin embargo, puede decirse que el alcance de las sentencias del Tribunal es *extenso* en algunos países europeos ya que, al tratarse de sentencias “definitivas” (arts. 42 y 44 CEDH), y dado que los Estados Partes están obligados a obedecer el fallo, en distintos ordenamientos nacionales y en la jurisprudencia de los Tribunales superiores de los distintos países se concede a los fallos del TEDH una importancia sustancial al momento de dictar sentencias en el ámbito judicial interno, e incluso al discutirse transformaciones en el ámbito parlamentario¹⁷. Dada la indiscutible importancia que se reconoce a la CEDH y teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal resulta orientadora en Europa (e incluso en otros ámbitos territoriales y jurisdiccionales), puede decirse que en la práctica las sentencias de la CEDH tiene un efecto *erga-omnes-intra-partes*¹⁸. Este es por ejemplo el caso de Alemania. Según el Tribunal Constitucional, el efecto vinculante de un fallo del TEDH se extiende a todos los órganos estatales en Alemania y los obliga a cesar en la infracción de la Convención, siempre que la decisión de tal cese se encuentre dentro de las facultades de tal órgano y que la misma no signifique una violación a la vinculación al derecho y la ley establecidos en el art. 20 III de la Constitución Federal¹⁹. De esta manera, si bien la CEDH tiene rango infraconstitucional, se le llega a conceder *de facto* prevalencia frente a la Constitución —a través de esta exigencia de que la Constitución sea interpretada acorde con la Convención²⁰ y siempre que la Convención implique una mayor protección de los derechos fundamentales²¹. De todos modos esto no significa que no haya muchas veces discordancia entre la interpretación que cada Tribunal (el Constitucional y el Europeo de Derechos Humanos) pueda dar a los

¹⁵ Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 12 con más referencias.

¹⁶ Crit. Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 12 con más referencias.

¹⁷ Sobre el rol conferido a la CEDH en general a nivel del derecho europeo véase Peter Szczekalla, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Duncker & Humblot: Berlin, 2002, p. 507 ss.

¹⁸ Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 12 con más referencias.

¹⁹ Cfr. Helmut Satzger, “Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht – Grundlagen und wichtige Einzelprobleme”, en: *Jura* 2009, pp. 759-768, p. 760.

²⁰ Véase especialmente el caso *Görgülü*, BVerfGE 111, 307; también BVerfG NJW 2004, 3407 (3410); BVerfGE 74, 358 (370).

²¹ Cfr. Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 9 con más referencias.

derechos fundamentales, en cuanto a la prevalencia de unos sobre otros en casos concretos. Véase el siguiente ejemplo: En el caso relativo a la medida de internamiento preventivo impuesta con ulterioridad al dictado de la sentencia (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*), y cuya aplicación se hizo efectiva incluso sobre quienes ya se encontraban condenados al momento de sancionarse la introducción de la medida en el art. 66b del Strafgesetzbuch (StGB, Código Penal alemán), el Tribunal Constitucional alemán consideró en dos sentencias muy cercanas una de otra que tal medida y su aplicación retroactiva no viola la garantía de irretroactividad de la ley penal (art. 7 CEDH), ya que esta última es aplicable al derecho penal y la imposición de penas, y no a la decisión respecto de medidas de seguridad, que no son “pena”; del mismo modo consideró que tal imposición no viola el derecho a la libertad (o en realidad a la garantía de que la restricción de la libertad se base procedimiento adecuado) por cuanto la imposición de la medida consiste en una limitación de la libertad necesaria y por tanto constitucionalmente legítima desde que es impuesta en protección del derecho a la seguridad del resto de la población y decidida con base en la peligrosidad puesta de manifiesto al cometerse un hecho delictivo²². El TEDH decidió sobre el caso y entendió que tanto la prohibición de irretroactividad como el derecho a la libertad habrían sido violados por Alemania al sancionarse e imponerse la *nachträgliche Sicherungsverwahrung*: el internamiento preventivo es una sanción penal —equiparable a una pena en la realidad—, y la prolongación de la restricción de la libertad decidida con posterioridad al dictado de la sentencia resulta imprevisible y por tanto violatoria del derecho a la libertad²³. La sentencia del TEDH ha generado en Alemania no pocos inconvenientes: De no removerse la normativa que habilita la imposición del internamiento preventivo impuesto con ulterioridad a la sentencia, se estaría desconociendo la autoridad del TEDH y Alemania estaría políticamente en falta frente a los Estados Parte; de realizarse la correspondiente reforma legislativa esto implicaría a nivel nacio-

²² Cfr. BVerfGE 109, 133 (Fallo 05.02.2004); BVerfGE 109, 190 (Fallo 10.02.2004).

²³ El TEDH encontró violados los art. 5 (1) (a) (restricción de la libertad sólo en virtud de una decisión de tribunal competente), y el art. 7 (en su principio de irretroactividad) en *M. v. Germany*, TEDH Nro. 19359/04, Fallo 17.12.2009; confirmado por la Gran Cámara el 5 de mayo de 2010. Este fallo fue luego seguido en *J. v. Germany*, TEDH Nro. 30060/04, Fallo 14.04.2011; *H. v. Germany*, TEDH Nro. 4646/08, Fallo 24.11.2011; *K. v. Germany*, TEDH Nro. 61827/09, Fallo 7.06.2012). Cfr. sobre esta equiparación y sus consecuencias Robert Esser/Karsten Gaede/Michael Tsambikakis: “Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010 – Teil I”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NZStZ)* 2011, pp. 78-82, p. 79 s.; Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 3a. ed. 2011, § 10, nm. 44, 48, 88.

nal una violación de la obligación de protección (*Schutzpflicht*) del Estado respecto de sus habitantes²⁴. Esta situación se ha definido recientemente en el sentido marcado por el TEDH mediante la sanción de una nueva ley restrictiva de la medida de seguridad en cuestión²⁵. De esta manera, la sentencia europea ha delimitado el ámbito de actuación estatal y fortalecido el significado de los derechos humanos a la libertad y a la aplicación del principio de legalidad en su manifestación como prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal. Aún sin tener efecto casatorio, esta sentencia claramente ha modelado la legislación nacional. Este caso, por otra parte, revela la diferencia interpretativa de ambos órdenes: mientras que a nivel nacional la protección del derecho “colectivo” a la seguridad ha tenido prevalencia, al nivel del TEDH fueron protegidos más ampliamente los derechos individuales.

Igual situación se ha dado en Alemania en el caso *Caroline*, en que el Tribunal Constitucional entendió que la toma y publicación de fotografías de Carolina de Mónaco en situaciones cotidianas no representa una violación a su esfera privada, dado que como figura pública debe asumir que se informe públicamente sobre ella²⁶. El TEDH, por el contrario, entendió que Alemania había violado su derecho a la intimidad (art. 8 CEDH) dado que la toma de fotografías y su publicación no son de interés público cuando sólo reflejan escenas cotidianas que no tienen un fin informativo o de interés general, aun cuando se trate de personas de interés público²⁷. Nuevamente, el derecho individual tuvo a nivel europeo mayor relevancia que a nivel nacional, en que se dio prevalencia al derecho a la libertad de prensa

²⁴ Henning Radtke: “Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist? Innerstaatliche Wirkungen und Folgen des Urteils des EGMR vom 17. 12.2009”, en *NStZ*, 2010, 537, p. 537, quien realiza un detallado análisis del fallo del TEDH y su efecto a nivel nacional. Véanse también —con especial énfasis en los efectos de los fallos del TEDH en Alemania— los comentarios de Christoph Grabenwarter: “Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland”, en *Juristen Zeitung*, 18, 2010, pp. 857-869; Grischa Merkel: “Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, en *German Law Journal*, 11(9), 2010, pp. 1046-1066; Jörg Kinzig: “Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland”, en *NSTZ*, 2010, 233-239.

²⁵ *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. 12. 2010* (BGBl. I S. 2300) [*Ley sobre la nueva regulación del derecho del internamiento preventivo y sobre regulaciones complementarias del 22.12.2010*].

²⁶ BVerfG, Sentencia del 15 de diciembre de 1999.

²⁷ *Von Hannover v. Germany*, TEDH Nro. 59320/00, 2004-VI, Fallo 24.06.2004.

y el interés de entretenimiento. Tanto la doctrina como la jurisprudencia posteriores al fallo del TEDH han sido divergentes, sin poder establecerse una única línea interpretativa²⁸. Interesante es de todos modos que el Tribunal Constitucional continúa poniendo el interés de entretenimiento y la libertad de prensa por encima del derecho a la privacidad de las personas de interés público²⁹. Así, compartir la interpretación dada por el TEDH a los derechos fundamentales, no significa compartir el rango que este mismo Tribunal da a los mismos. En este sentido es importante recordar, que el TEDH únicamente señala dónde existe una violación de la Convención. Sin embargo le está vedado imponer o siquiera establecer los medios por los cuales el Estado debe corregir tal violación. El TEDH no está facultado para hacerlo y tampoco ha pretendido avanzar en tal sentido³⁰.

Teniendo entonces en cuenta la relevancia (y polémica) que los fallos del TEDH revisten para los ordenamientos nacionales, es importante definir qué tipo de sentencias, es decir, qué tipo de interpretación de la CEDH suele realizar el TEDH. El TEDH ha caracterizado sus propias interpretaciones del siguiente modo:

1. Interpretación “dinámica-teleológica” (concepto del “living instrument”)

Según el propio Tribunal, sus sentencias favorecen una interpretación “dinámica-teleológica” de la CEDH, es decir, el Tribunal entiende a la CEDH como un “living instrument”³¹, un instrumento viviente. Esto significa, según lo ha manifestado el mismo Tribunal en *Tyrer*³², que el Tribunal considera el sentido y fin *actuales* de la norma teniendo en cuenta los cambios (económicos, sociales y/o éticos) que hayan tenido lugar desde la fir-

²⁸ Cfr. en detalle sobre el caso Ambos/Heinze (cit. nota 13), p. 542 ss., con más referencias.

²⁹ Cfr. Ambos/Heinze (cit. nota 13), p. 554.

³⁰ Cfr. *Campbell et al. v. United Kingdom*, Nro. 5/1980/36/53-54, Fallo 22.03.1983, parág. 38; *Belolis v. Switzerland*, TEDH Nro. 20/1986/167, Fallo 29.04.1988, parág. 78; *Demicoli v. Malta*, TEDH Nro. 33/1980/224/288, Fallo 27.08.1991, parág. 45. Véase al respecto Radtke (cit. nota 23), p. 540.

³¹ Peters (cit. nota 1), p. 18. Sobre la transformación que significó para el TEDH adoptar la noción del “living instrument” a partir de la década de 1970, desde la cual la jurisprudencia y doctrina en derechos humanos resultó más efectiva y más “europea”, véase Mikael Rask Madsen: “The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence”, en: Jonas Christoffersen/Mikael Rask Madsen (comps.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, New York: Oxford University Press, 2011 (43-60), p. 43 ss.

³² *Tyrer v. the United Kingdom*, TEDH Nro. 26, Fallo 25.04.1978.

ma de la Convención hasta nuestros días. La idea de un “living instrument” fue expresamente explicada en la mentada sentencia, en que el Tribunal sentó:

“El Tribunal debe recordar que la Convención es un instrumento viviente que, como ha resaltado correctamente la Comisión, debe ser interpretada a la luz de las condiciones actuales. En el caso que ahora se juzga el Tribunal no puede ser influenciado por los desarrollos y estándares normalmente aceptados en la política penal de los Estados miembro del Consejo de Europa en este ámbito.”³³

Esta forma interpretativa sigue el fallo *Selmouni*³⁴, en que se pone de manifiesto que actos que en el marco del art. 3 CEDH originalmente eran entendidos sólo como tratos inhumanos y degradantes pueden pasar a ser interpretados posteriormente como claras torturas:

“El Tribunal considera que ciertos actos que eran clasificados en el pasado como ‘trato inhumano y degradante’ como opuestos a ‘tortura’ podrían ser clasificados de otra manera en el futuro. El Tribunal sostiene que la continua elevación de los estándares máximos requeridos en el ámbito de los derechos humanos y de las libertades fundamentales requiere adecuada e inevitablemente una mayor firmeza al constatar violaciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas”³⁵.

En fallos posteriores el Tribunal ha reforzado esta idea tanto respecto de la interpretación dada a las violaciones de derechos humanos en sí (por ejemplo en cuanto a la restricción del derecho a la transexualidad en Gran

³³ *Tyrer v. the United Kingdom* (cit. nota 31), nm. 31 [“The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field.”]. Esta idea es seguida en *Loizidou v. Turkey*, TEDH Series A Nro. 310, Fallo 23.03.1995, pp. 26-27, parág. 71; *Selmouni v. France*, TEDH (Gran Cámara) Nro. 25803/94, Fallo 28.07.1999, 149 ss., nm. 101; *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara), Nro. 28957/95, Fallo 11.07.2002, parág. 74; *Mamatkoulou and Abdurasulovic v. Turkey*, TEDH Nros. 46827/99 y 46951/99 (Sect. 1), Fallo 6.02.2003.

³⁴ *Selmouni v. France* (cit. nota 32), 149 ss., nm. 101. Cfr. sobre este fallo también Satzger (cit. nota 18), p. 760.

³⁵ *Selmouni v. France* (cit. nota 32), nm. 101 [“...the Court considers that certain acts which were classified in the past as ‘inhuman and degrading treatment’ as opposed to ‘torture’ could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.”]. Cfr. sobre este fallo también Peters (cit. nota 30), p. 18; Satzger (cit. nota 18), p. 760.

Bretaña³⁶) como a los documentos del ordenamiento de derechos humanos europeos (sobre el efecto vinculante de las ordenanzas del TEDH, por ejemplo³⁷). Luzius Wildhaber, quien ha sido presidente del TEDH, resalta el valor de esta interpretación evolutiva y autónoma, no sin reconocer, sin embargo, que hay muchos detractores que ven en la misma una forma de promover el activismo judicial en detrimento del *judicial self-restraint*³⁸.

2. Tensión entre una interpretación dinámica-teleológica por una parte y la certeza legal y la previsibilidad judicial por otra

En *Mamatkoulov and Abdurasulovic* el Tribunal ha establecido expresamente la necesidad de combinar adecuadamente una interpretación dinámica-teleológica con el debido respeto a la necesidad de certeza legal y previsibilidad de los fallos del Tribunal y su interpretación. Si bien el Tribunal reconoce que no se encuentra vinculado por sus sentencias anteriores, entiende que no debería apartarse de las mismas sin aportar razones debidamente fundadas³⁹.

En este contexto, al momento de definir tal tensión entre dinamismo y certeza, el Tribunal invoca la necesidad de que la sentencia concrete los derechos en forma “práctica y efectiva, y no teórica e ilusoria”⁴⁰.

³⁶ Cfr. *Goodwin v. United Kingdom* (cit. nota 32). Véase sobre los fallos y el cambio jurisprudencial por aplicación de una interpretación dinámica Peters (cit. nota 30), p. 19 y p. 157-158.

³⁷ Véase al respecto *Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey* (cit. nota 32).

³⁸ Luzius Wildhaber: “Rethinking the European Court of Human Rights”, en: Jonas Christoffersen/ Mikael Rask Madsen (comps.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, New York: Oxford University Press, 2011 (204-229), p. 213 ss. (con más casos ejemplificativos y referencias).

³⁹ *Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey* (cit. nota 32), nm. 104-106 [105: While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, in the interests of legal certainty and foreseeability it should not depart, without good reason, from its own precedents]. El Tribunal cita en su sentencia, entre otros, *Chapman v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara), Nro. 27238/95, Fallo 18.1.2001, parág. 70 y *Goodwin v. United Kingdom* (cit. nota 32), parág. 74.

⁴⁰ *Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey* (cit. nota 32), parágs. 104-106 [105: “It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement”].

3. Interpretación “autónoma”

Por otra parte, el TEDH también hace una interpretación “autónoma” de la CEDH, es decir, una interpretación independiente de los conceptos e interpretaciones de los órdenes nacionales. Si bien estos últimos ayudarían a la interpretación del Tribunal, éste no se siente vinculado por ellos. De esta manera se evita que los Estados, mediante la aplicación e interpretación de su derecho interno, puedan dirigir las garantías previstas por la Convención⁴¹.

IV. DERECHOS MATERIALES: CRIMINALIZACIÓN COMO MEDIO PARA SU PROTECCIÓN EFECTIVA

El TEDH ha considerado que los Estados Partes tienen un margen de discreción respecto de cuáles son los medios que van a poner en marcha para procurar la protección de los derechos humanos⁴². Sin embargo el Tribunal entiende que en los casos en que los derechos más básicos son los que se encuentran en juego, es necesaria una disuasión efectiva, que sólo puede alcanzarse mediante la criminalización. La criminalización de conductas lesivas es un medio necesario para la protección de los derechos humanos, según el Tribunal, por lo que en distintas oportunidades ha ordenado de acuerdo a ello la adopción de medidas legislativas y judiciales en este sentido⁴³. Meras sanciones administrativas no serían suficientes para los casos de graves violaciones de los derechos humanos, sino que el Estado tiene un deber de asegurar que todas las violaciones al derecho a la vida sean castigadas⁴⁴.

⁴¹ Satzger (cit. nota 18), p. 760.

⁴² Véase ya cit. 29 y texto principal.

⁴³ *Cavelli and Ciglio v. Italy*, TEDH Nro. 32967/96, Fallo 17.01.2002, parág. 51; *Kilic v. Turkey*, TEDH Nro. 22492/93, 2000-III, Fallo 28.03.2000, parág. 62; *Mahmut Kaya v. Turkey*, TEDH Nro. 22535/93, 2000-III, Fallo 28.03.2000, parág. 85 [sobre el art. 2(1) dijo el Tribunal que éste impone “primeramente al Estado el deber de asegurar el derecho a la vida mediante la implementación de disposiciones de derecho penal efectivas” (“primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions.”)]. Véase al respecto Anja Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford et al.: OUP, 2009, p. 112 ss.

⁴⁴ *Öneryildiz v. Turkey*, TEDH (Gran Cámara) Nro. 48939, Fallo 30.11.2004, párgs. 91-96, 111. Así, ha dicho el Tribunal: “Las obligaciones derivadas del artículo 2 no terminan ahí. Cuando se han perdido vidas en circunstancias que potencialmente involucran la responsabilidad estatal, la norma impone un deber al Estado de asegurar, por todos

El requerimiento del Tribunal no debe entenderse en forma concreta, sino abstracta. El Tribunal exige que se monten los mecanismos necesarios para la aplicación de la ley y el acceso a la justicia penal, es decir que se refiere fundamentalmente a un deber de perseguir, y no a un deber de castigar: la persecución es un medio, mientras que el castigar es el resultado⁴⁵. El Tribunal exige que se asegure una “investigación capaz de conducir a la identificación y castigo”, es decir, una vez más, que el TEDH interpreta este deber como una obligación de medios, y no de resultados⁴⁶. El TEDH se muestra más bien cauto al requerir el establecimiento de los medios adecuados para la defensa de los derechos en abstracto, sin definir exactamente cuáles son estos medios, ni exigir en concreto la obtención del resultado. En este sentido, aun entendiendo a la CEDH como un *living instrument*, el TEDH parece seguir en general una práctica de *judicial constraint* en cuanto a la obligación de legislación y, en concreto, de criminalización. En lo que sigue explicamos esta idea tomando como ejemplo las sentencias del TEDH sobre dos temas distintos: la protección de la vida, la protección del Estado de derecho.

los medios a su disposición, una respuesta adecuada —judicial o no— de modo que el marco legal y administrativo para proteger el derecho a la vida sean debidamente implementados y cualquier violación de este derecho sea reprimido y castigado” [“The obligations deriving from Article 2 do not end there. Where lives have been lost in circumstances potentially engaging the responsibility of the State, that provision entails a duty for the State to ensure, by all means at its disposal, an adequate response —judicial or otherwise— so that the legislative and administrative framework set up to protect the right to life is properly implemented and any breaches of that right are repressed and punished”] (parág. 91, refiriendo *mutatis mutandis* a *Osman v. the United Kingdom*, TEDH Reports 1998-VIII, Fallo 28.10.1998, p. 3159, parág. 115, y *Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*, TEDH Nro. 46477/99, Fallo 14.03.2002, parág. 54).

⁴⁵ Cfr. *Önerıldiz v. Turkey* (cit. nota 43), parág. 93; *Ramsahai and Others v. The Netherlands*, TEDH Nro. 52391/99, Fallo 15.05.2007, parág. 323 ss. Véase sobre esta jurisprudencia Seibert-Fohr (cit. nota 42), p. 115.

⁴⁶ *Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom* (cit. nota 43), parág. 71; *Ramsahai and Others v. The Netherlands* (cit. nota 44), parág. 324; *Anguelova v. Bulgaria*, TEDH Nro. 38361/97, Fallo 13.06.2002, parág. 139; *Bazorkina v. Russia*, TEDH Nro. 69481/01, Fallo 27.07.2006, parág. 118; *Cesim Yildirim et al. V. Turkey*, TEDH Nro. 20109/03, Fallo 17.06.2008, parág. 52; *Nadrosov v. Russia*, TEDH Nro. 9297/02, Fallo 31.07.2008, parág. 38.

1. Protección del derecho a la vida

En particular la vida es el bien jurídico que el Tribunal busca proteger mediante la criminalización⁴⁷. Esta forma de protección se ha llamado “protección procesal”⁴⁸ —contracara de la “obligación procesal”⁴⁹— ya que mediante la persecución penal se busca hacer efectiva en la práctica la prohibición de matar y torturar. La persecución penal deviene en una implementación del derecho a la vida requerido por el art. 2 CEDH⁵⁰. De esta manera el TEDH desarrolla el concepto de las obligaciones positivas que estarían derivadas de los derechos sustantivos⁵¹. De todas maneras, el

⁴⁷ Cfr. *Osman v. United Kingdom* (cit. nota 43), parág. 115; *Kiliç v. Turkey* (cit. nota 42), parág. 62; *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 42), parág. 85; *Mastromatteo v. Italy*, TEDH Nro. 37703/97, Fallo 24.10.2002, parág. 67.

⁴⁸ Cfr. por todos recientemente *Halil Yüksel Akinci & Others v. Turkey*, TEDH Nro. 39125/04, Fallo 11.12.2012, parág. 78 s. negando la violación del art. 2 en este sentido. Cfr. Seibert-Fohr (cit. nota 42), p. 117. Véase también Gabriele Bruckmann, *Was kostet ein Menschenleben?: Ein Vergleich der Schadensersatzurteile des Europäischen und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte nach der Verletzung des Rechts auf Leben*, Frankfurt a.M.: Lang, 2009, p. 50 s., quien destaca que la jurisprudencia del TEDH en este ámbito (“creación” de un deber de persecución penal) se ha visto claramente inspirada por su par interamericano, que tuvo que tratar por ej. casos de desaparición forzada muy anteriormente, pero a quien el TEDH “sorprendentemente” (“erstaunlicherweise”) no cita ni una sola vez en sus decisiones.

⁴⁹ En este sentido el caso *Dink v. Turkey*, Nros. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, Fallo 14.09.2010, parág. 76. Sobre las “obligaciones procesales” en casos de desaparición forzada de personas Sara Jötten, *Enforced Disappearances und EMRK*, Berlin: Duncker & Humblot, 2012, p. 81 ss.

⁵⁰ Sobre otras obligaciones positivas (distintas de la persecución penal) derivadas del art. 2 CEDH véase Szczekalla (cit. nota 16), p. 730 ss.

⁵¹ Véanse las recientes sentencias del TEDH siguiendo y fortaleciendo esta línea jurisprudencial en *Mosendz v. Ukraine*, TEDH Nro. 52013/08, Fallo 17.01.2013, parág. 80 ss. (en el caso se consideró que el Estado había incumplido con su obligación de prevención, lo cual llevó a que el riesgo de suicidio del hijo del demandante durante su servicio en el ejército efectivamente se concretara; véase también la sentencia de cinco días después, en que en similar caso, pero donde el riesgo no era previsible para el Estado, el TEDH consideró que el art. 2 no había sido violado: *Mitić v. Serbia*, TEDH Nro. 31963/08, Fallo 22.01.2013, parág. 46 ss.); *Kudra v. Croatia*, TEDH 13904/07, Fallo 18.12.2012, parág. 100 ss.; *Halil Yüksel Akinci & Others v. Turkey* (cit. nota 47), parág. 64 ss. En estos fallos se sigue la jurisprudencia anteriormente sentada en *Dink v. Turkey* (cit. nota 48), parág. 64, *Osman v. United Kingdom* (cit. nota 46), parág. 115; *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 42), parág. 85; *Kiliç v. Turkey* (cit. nota 42), parág. 62; *Opuz v. Turkey*, TEDH Nro. 33401/02, Fallo 9.6.2009, parág. 128. Similar ya en *Ireland v. United Kingdom*, Fallo 18.1.1978, parág. 239: La CEDH “no obliga únicamente a las altas autoridades del Estado Parte a respetar por sí mismas los derechos y libertades de la Convención... A fin de asegurar el disfrute de tales derechos y libertades, aquellas

Tribunal procura no extender más allá de lo razonable las obligaciones de protección emanadas del art. 2 CEDH, de modo de no imponer “una carga imposible o desproporcionada a las autoridades”⁵². Aun así, se ha criticado que la jurisprudencia del Tribunal va más allá de una simple protección:

“Al asumir un deber de criminalizar serios abusos de los derechos humanos, la Corte ha ido un paso más allá. Mientras que en casos anteriores se trataba de medidas de protección contra amenazas de muerte, la nueva doctrina de la criminalización viene a exigir medidas represivas. Esta forma de protección —que tiene consecuencias de largo alcance para el autor del crimen— tiene una calidad diferente que, por ejemplo, la de alejar a los niños de padres abusivos.”⁵³

Sin embargo, no creemos que tal crítica sea correcta. Es cierto que el Tribunal realiza una interpretación amplia del art. 2 CEDH al establecer el deber primordial del Estado de asegurar el derecho a la vida mediante legislación penal disuasiva concreta así como mediante el establecimiento de mecanismos de aplicación que conduzcan a la prevención, represión y sanción de tales violaciones⁵⁴; y que resulta amplia también al establecer que el derecho a la vida es violado no sólo cuando se produce el resultado muerte, sino también cuando la vida es puesta en peligro por agentes estatales⁵⁵. Por otra parte, sin embargo, no debe perderse de vista que el TEDH hace hincapié en que el art. 2 de la CEDH comporta esta obligación sólo entendida en circunstancias particulares. Es decir, el Tribunal no “crea” la necesidad de un derecho general a la seguridad, sino que impone al Esta-

autoridades deben prevenir o remediar cualquier violación en los niveles inferiores” [“does not merely oblige the higher authorities of the Contracting States to respect for their own part the rights and freedoms it embodies (...) in order to secure the enjoyment of those rights and freedoms, those authorities must prevent or remedy any breach at subordinate levels.”]. Cfr. también Seibert-Fohr (cit. nota 42), p. 117. Para una clasificación de las obligaciones positivas véase el trabajo fundamental de Cordula Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin *et al.*: Springer, 2003), p. 6 ss., 11 ss. Para un análisis detallado de la evolución de la jurisprudencia del TEDH sobre las obligaciones positivas véase Szczekalla (cit. nota 16), p. 712 ss.; Benavides Casals (cit. nota 1), p. 57 ss.

⁵² *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 42), parág. 86.

⁵³ Seibert-Fohr (cit. nota 42), p. 118 ([“In assuming a duty to criminalize serious human rights abuses, the Court has gone one step further. While protective measures against death threats were at issue in earlier cases, the new doctrine on criminalization now requires repressive measures. This form of protection —which has far-reaching consequences for the offender— has a different quality than, for example, removing children from abusive parents.”]).

⁵⁴ *Dink v. Turkey* (cit. nota 48), parág. 64.

⁵⁵ *Osman v. United Kingdom* (cit. nota 46), parág. 115 ss., conc. Dröge (cit. nota 50), p. 44 s.

do la obligación de evitar la muerte de una persona cuando tal muerte, en el caso concreto y bajo circunstancias definidas, podía ser prevista y evitada por parte del Estado; la obligación positiva se genera si las autoridades saben o deben saber que la vida de un individuo se encuentra amenazada en forma real e inmediata por la acción criminal de un tercero, y si está dentro de las facultades de dicha autoridad el adoptar las medidas que desde un punto de vista razonable pudieran disminuir el riesgo⁵⁶. Se trata por tanto de una cuestión respecto de la cual la respuesta depende del conjunto de circunstancias particulares en que está inserto el caso concreto⁵⁷, y no de una exigencia general de impedir la muerte de los individuos de un país so pena de violar la CEDH⁵⁸. El TEDH no obliga el resultado “evitar la muerte”, sino la implementación de los medios razonablemente exigibles a las autoridades para evitar la muerte de un individuo en los casos en que la vida del mismo está siendo amenazada de modo real e inmediato.

De acuerdo con estas reflexiones, entonces, la interpretación extensiva que realiza el TEDH del derecho a la vida (art. 2 CEDH) y que requiere de una debida criminalización no debe ser entendida en el sentido de la tendencia punitiva criticada por algunos autores respecto de la jurisprudencia de la CorteIDH, la cual opinaría incluso sobre responsabilidades individuales⁵⁹. Las propias palabras del TEDH en *Mosendz* vuelven a recordar y dejan en claro esta esencial diferenciación:

“Debe precisarse que la responsabilidad de acuerdo a la ley penal bajo legislación nacional es distinta de responsabilidad internacional del Estado bajo la Convención. Al determinarse si ha habido violación del artículo 2, la Corte no afirma la responsabilidad penal de aquellos directa o indirectamente involucrados. Su competencia está limitada a la responsabilidad internacional del Estado bajo la Convención, cuyas disposiciones deben ser interpretadas y aplicadas sobre la base del objeto y propósito de la Convención y a la luz de los principios relevantes del derecho internacional. En otras palabras, la responsabilidad del Estado bajo la Convención, que emerja de los actos de sus órganos, agentes o funcionarios, no debe ser confundida con los asuntos legales domésticos de la responsabilidad penal individual bajo análisis en los tribunales penales nacionales. La Corte no se dedica a establecer conclusiones con respecto a la culpabilidad o inocencia en ese sentido [véase *Avşar v. Turkey*, No. 25657/94, § 284, TEDH 2001-VII (extractos); *McCann and Others v. the United*

⁵⁶ *Dink v. Turkey* (cit. nota 48), parág. 65, y haciendo referencia a *Keenan v. United Kingdom*, TEDH Nro. 27229/95, Fallo 3.04.2001, parágs. 89-90, *Opuz v. Turkey* (cit. nota 50), parág. 129; y *Gongadze v. Ukraine*, TEDH Nro. 34056/02, Fallo 8.11.2005, parág. 165.

⁵⁷ *Dink v. Turkey* (cit. nota 48), parág. 65.

⁵⁸ Véase en este sentido el mencionado caso *Mitić v. Serbia* (cit. nota 50), en que por falta de posibilidad concreta de previsión de la muerte se consideró que el Estado no había violado el art. 2 CEDH (parág. 46 ss.).

⁵⁹ Cfr. *infra* nota 72 y texto principal.

Kingdom, 27 de septiembre de 1995, §§ 170-173, Series A No. 324; y *Putintseva v. Russia*, No. 33498/04, § 62, 10 de mayo de 2012].⁶⁰

2. Protección de “the rule of law”

El TEDH ha dicho que los Estados no pueden aceptar bajo ningún concepto que crímenes que pongan en peligro la vida queden sin investigación por no contarse con los medios conducentes para llevarla a cabo. Uno de los motivos de tal rechazo consiste en que de no perseguirse adecuadamente el castigo del ofensor la confianza en el *rule of law* (o, si se lleva tal idea al ámbito continental, el Estado de Derecho) se vería debilitada: “This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts.”⁶¹ También el monopolio estatal de la violencia se ve puesto en entredicho según el TEDH si no se persigue en forma determinante la resolución de tales casos y, dadas las condiciones procesales, la imposición justa de una condena⁶².

3. Protección mediante criminalización

El fin de la protección (de la vida, del Estado de Derecho) mediante la criminalización acentúa el rol preventivo del derecho penal. De esta manera el TEDH no está protegiendo el derecho individual de la víctima a que se castigue a los ofensores, sino que está protegiendo a todas las personas de una eventual violación de sus derechos humanos⁶³. Esta generalización en el fin perseguido conlleva una generalización en el alcance

⁶⁰ *Mosendz v. Ukraine* (cit. nota 50), parág. 95 ([“It should be specified that criminal-law liability under national legislation is distinct from a State’s international-law responsibility under the Convention. In determining whether there has been a breach of Article 2, the Court does not assess the criminal responsibility of those directly or indirectly concerned. Its competence is confined to the State’s international responsibility under the Convention, the provisions of which are to be interpreted and applied on the basis of the object and purpose of the Convention and in the light of the relevant principles of international law. In other words, the responsibility of a State under the Convention, arising for the acts of its organs, agents and servants, is not to be confused with the domestic legal issues of individual criminal responsibility under examination in the national criminal courts. The Court is not concerned with reaching any findings as to guilt or innocence in that sense...”]).

⁶¹ *Öneryıldız v. Turkey* (cit. nota 43), parág. 96.

⁶² *Ramsahai and Others v. The Netherlands* (cit. nota 44), parág. 325.

⁶³ *Seibert-Föhr* (cit. nota 42), pp. 118, 119, 121.

de las sentencias dictadas, ya que si bien las mismas son pronunciamientos que parten de reclamos individuales, en sus procesos y sentencias el TEDH cada vez más realiza una revisión general y cotejo del cumplimiento de la CEDH⁶⁴.

En *Mahmut Kaya v. Turkey*⁶⁵, por ejemplo, el TEDH consideró que Turquía violaba su deber de prevenir la reiteración delictiva al fracasar permanentemente en la implementación de su respectiva legislación y de esta manera no investigar y llevar a juicio a los presuntos responsables⁶⁶. Según el Tribunal, que por primera vez consideró que por la insuficiente persecución de delitos anteriores podrían verse violados derechos individuales, Turquía estaría fomentando un clima de impunidad favorable a la actividad criminal⁶⁷. Este tipo de generalizaciones en las sentencias del Tribunal, se ven criticadas por quienes consideran que al señalar problemas estructurales de los sistemas penales la Corte recarga su ámbito de incumbencia y decide más allá de los procesos individuales llevados ante ella:

“Al señalar falencias sistémicas la corte aspira a administrar su creciente carga de casos. Requiere cada vez medidas mayores que van más allá de remedios individuales al esperar de los Estados que con el fin de prevenir futuras violaciones revisen su legislación, sus normas y regulaciones, sus procedimientos públicos y sus prácticas judiciales.”⁶⁸

Esta crítica es asimilable a la que se ha realizado a la CorteIDH en cuanto asume como propias decisiones que deberían quedar en manos de los órganos nacionales⁶⁹.

⁶⁴ *Zwierzynski v. Poland*, TEDH Nro. 34049/96, Fallo 19.06.2001; *Somogyi v. Italy*, TEDH Nro. 67972/01, Fallo 18.05.2004; *Bozzazzi v. Italy*, TEDH Nro. 34884/97, Fallo 28.07.1999. Cfr. Seibert-Fohr (cit. nota 42), p. 119.

⁶⁵ *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 42).

⁶⁶ Seibert-Fohr (cit. nota 42), p. 120.

⁶⁷ *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 42), parágs. 94-98. En similar sentido se ha pronunciado el TEDH en el fallo fundamental *Opuz v. Turkey* (cit. nota 50), en que el Tribunal juzga un caso de violencia contra la mujer y se pronuncia sobre la situación vulnerable de la mujer turca: “la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía ha creado un clima conducente a la violencia doméstica” [“general and discriminatory judicial passivity in Turkey created a climate that was conducive to domestic violence”] (parág. 198).

⁶⁸ Seibert-Fohr (cit. nota 42), p. 119 ([“By pointing to systemic deficits the Court seeks to manage its increasing case load. It requires ever-increasing measures which go beyond individual remedies by expecting States to review their legislation, rules and regulations, public procedures, and judicial practices in order to prevent future violations”, Traducción del inglés M.L.B.]).

⁶⁹ Cfr. Malarino (cit. nota 3), p. 50 y *passim*.

En este contexto, sin embargo, cabe mencionar las recomendaciones del Consejo de Europa en que se estipulan formas en que los Estados deben cumplir con la protección efectiva de los derechos establecidos en la CEDH, especialmente impidiendo largos procesos y procesos sobre temas ya decididos por el Tribunal. En estas recomendaciones es resaltada reiteradamente la absoluta necesidad de adaptación de la legislación interna no sólo a la CEDH sino también a los fallos del TEDH⁷⁰.

V. DERECHOS PROCESALES: LOS DERECHOS EMERGIDOS DE LAS OBLIGACIONES PROCESALES DEL ESTADO

Las tendencias del Tribunal Europeo en cuanto a su interpretación de los derechos fundamentales sentados en la CEDH pueden revisarse, además, a partir de ciertos derechos procesales centrales en el ámbito penal: el derecho del imputado al debido proceso (art. 6), y el derecho de la víctima al recurso efectivo (art. 13). Estos derechos y garantías, según la interpretación que se dé a los mismos y, en general, de acuerdo a la metodología interpretativa que se haga de la CEDH, podrían devenir en opuestos el uno del otro⁷¹. El Tribunal, sin embargo, hasta ahora ha logrado impedir tales contradicciones.

1. Art. 6 CEDH: Derecho a un proceso equitativo (Protección de los derechos del ofensor —no de la víctima)

La investigación y la persecución deben realizarse de acuerdo a las normas procedimentales vigentes que, a su vez deben estar en armonía con la CEDH. Esta es una obligación complementaria a la obligación de perseguir: el hacerlo en respeto de los derechos del acusado. El art. 6 de la CEDH exige un “juicio justo”, lo que se refiere al juicio penal llevado adelante contra un acusado (“justo” respecto de él), y no al juicio que pudiera ser exigido y esperado por parte de las víctimas. El acento en la función preventiva del sistema penal que antes mencionamos no lleva al Tribunal

⁷⁰ Recomendaciones del Consejo de Europa adoptadas por el Comité de Ministros el 12 de mayo de 2004, Rec. (2004)6.

⁷¹ Así como en el ámbito de la Corte Interamericana el derecho del imputado se ve muchas veces en desventaja respecto del derecho (no escrito) de las víctimas a un juicio justo (véase *infra* nota 72 y texto principal).

a afirmar que las víctimas —individualmente consideradas— tengan un derecho protegido por la CEDH a que sus ofensores sean efectivamente perseguidos criminalmente. Es decir, no hay un “derecho a la justicia” protegido por la CEDH⁷². Este es una de las temáticas que distancian al TEDH de la CorteIDH, que, en cambio, sí considera que tal derecho existe de acuerdo a la CADH⁷³.

El TEDH ha dicho que no hay un derecho convencionalmente reconocido de la víctima a “que se haga justicia”⁷⁴, es decir, ni el derecho a un juicio justo (que tiene por destinatario al acusado), ni el derecho a la vida pueden tomarse como fuente de aquél⁷⁵. En algunas sentencias expresamente se estipula que la obligación estatal consiste en la investigación (no en la condena)⁷⁶, y se rechaza por lo tanto que se trate de un derecho a la “venganza privada”⁷⁷. Debe destacarse, sin embargo, que en la doctrina y la jurisprudencia se advierte una cierta tendencia hacia el reconocimiento a la víctima de un derecho a juicio justo, incluso dentro del proceso penal⁷⁸. El art. 6.1 CEDH establece que el juicio equitativo debe garantizarse a toda persona en el proceso “que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil...”, es decir, también a la víctima dentro del proceso civil. Si se atiende a que este proceso puede ser base para la decisión sobre

⁷² *Danini v. Italy*, TEDH Nro. 22998/93, 87 Com EDH Dec. & Rep. 24 (14 de octubre de 1996); *Erikson v. Italy*, TEDH Nro. 37900/97, Decisión sobre la admisibilidad del 26.10.1999; *Pérez v. France*, TEDH Nro. 47287/99, Fallo 12.02.2004; *Öneryldiz v. Turkey* (cit. nota 43), parág. 96.

⁷³ Véase al respecto el texto de Malarino (cit. nota 3, p. 46), quien entiende este reconocimiento de derecho de parte de la CorteIDH como una punitivización en la jurisprudencia de la Corte, que es fundamentalmente antiliberal y *contra-conventionen*, ya que “de la mano de este super-derecho a la justicia de la víctima, la Corte interamericana está creando un verdadero ‘estatuto de la víctima’ opuesto al ‘estatuto del imputado’ consagrado en la Convención, esto es, un *Bill of rights* no escrito de la víctima que neutraliza el *Bill of rights* escrito del imputado.”.

⁷⁴ *Öneryldiz v. Turkey* (cit. nota 43), parág. 96.

⁷⁵ *Öneryldiz v. Turkey* (cit. nota 43), parág. 96.

⁷⁶ *M.C. v. Bulgaria*, TEDH Nro. 39272/98, Fallo 4.12.2003, parág. 201; *Öneryldiz v. Turkey* (cit. nota 43), parág. 96. Repetidamente ha exigido el TEDH que se provean los medios para llevar adelante una investigación conducente, sin exigir el resultado castigo (véase ya *supra* nota 45).

⁷⁷ *Pérez v. France* (cit. nota 71), parág. 70.

⁷⁸ Cfr. CPI, *Situation in Uganda*, Decision on the Prosecution’s Application for Leave to Appeal the Decision on Victims’ Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 hasta a/0070/06, a/0081/06 hasta a/0104/06 y a/0111/06 hasta a/0127/06 del 19.12.2007, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-02/04-112, nm. 27; Stefanie Bock, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 441 con más referencias.

una reparación justa a la víctima de violaciones de derechos humanos, o que el proceso civil puede haberse adosado al proceso penal (por ej. según §§ 403 ss. Código Procesal Penal alemán), que sí debe respetar el principio de juicio justo —tiempo razonable, derecho a ser oído en juicio etc.—, la víctima no quedaría excluida del ámbito de protección de la norma, incluso respecto de los procesos penales⁷⁹.

2. Derecho a un recurso efectivo: el art. 13 CEDH y otras variantes

El artículo 13 de la CEDH reza:

“Derecho a un recurso efectivo.

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

Esta norma tiene un rol cada vez más significativo en la jurisprudencia relativa a los casos de las violaciones más graves, muchas veces sistemáticas, de derechos humanos en el ámbito europeo, lo cual “precisamente también es importante para sanar déficits sistemáticos o estructurales”⁸⁰.

El derecho a un recurso efectivo no exige que ese recurso sea de carácter penal, y tampoco exige que efectivamente el recurso se concrete en una sentencia condenatoria. Así, cuando el TEDH condenó a Turquía por violación del art. 13 CEDH en *Öneriyildiz* el argumento no fue que no se impusiera efectivamente una pena, sino que no se llevara a cabo una debida investigación (“recurso efectivo”) que abriera el camino a una eventual

⁷⁹ *Pérez v. France* (cit. nota 71), parág. 57; *Antunes Rocha v. Portugal*, TEDH Nro. 64330/01, Fallo 31.05.2005, parág. 43-44; *Moreira de Azevedo v. Portugal*, TEDH Nro. 11296/84, TEDH, Fallo 23.10.1990, parág. 67; *Tomasi v. France*, TEDH Nro. 12850/87, Fallo 27.08.1992, parág. 121; *Torri v. Italy*, TEDH Nro. 26433/95, Fallo 1.07.1997, parág. 21. Cfr. Jens Meyer-Ladewig, *EMRK Handkommentar*, Baden-Baden: Nomos, 3ra ed. 2011, Art. 6 EMRK nm. 4; Stefanie Bock, “Internationale Perspektiven: Einflüsse des Europarates und der Europäischen Union”, en: *Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung* (de próxima aparición), nota 21 ss. con más referencias.

⁸⁰ Cfr. Jötten (cit. nota 48), pp. 111, 119 s. con más referencias ([ist] “gerade auch für die Beseitigung systematischer oder struktureller Defizite wichtig”, p. 120). Esta utilidad explica, sin dudas, la especial aplicación de este artículo en casos llevados contra países que aún evidencian alta violencia institucional, como lo son por ejemplo Rusia, Turquía o República Checa.

reparación civil⁸¹. Recientemente el TEDH especificó, sin embargo, que más allá de la reparación, de acuerdo al art. 13 debe realizarse una “investigación exhaustiva e independiente capaz de llevar a la identificación y sanción de los responsables, y que permita al demandante el acceso efectivo al proceso de investigación”⁸².

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la protección brindada por el art. 13 tiene validez exclusivamente en los casos en que haya existido una violación de los derechos y libertades reconocidos por la CEDH, es decir, únicamente en los casos en que la violación de los derechos de la víctima haya sido cometida por parte del Estado a través de sus agentes —ya que únicamente un Estado puede incumplir con los deberes impuestos por este Convenio, que no está destinado a los particulares. Por este motivo, en el caso *Erikson*⁸³ el TEDH exigió la debida investigación de los crímenes no como derivación del derecho al recurso efectivo protegido por el art. 13 CEDH —que se refiere, como se dijo, fundamentalmente al recurso efectivo frente a abusos por parte del Estado y en el caso en cuestión no podía ser aplicado—, sino como derivación directa de los derechos afectados, en una suerte de “protección retrospectiva”: cada víctima de abusos graves tiene derecho a que se inicie una investigación, ya que de no iniciarse tal investigación la validez de sus derechos estaría en peligro y puesta en cuestión⁸⁴. De esta manera, la CEDH puede ser aplicable incluso en casos en que el ofensor es una persona privada sin vinculación con el Estado ya que el derecho al recurso efectivo se deriva de la norma de protección del derecho sustancial presuntamente violado en el caso concreto⁸⁵. Este paso es algo así como una ampliación del alcance de protección de los derechos

⁸¹ *Öneryıldız v. Turkey* (cit. nota 43), parág. 148. Más recientemente *Dink v. Turkey* (cit. nota 48), parág. 144. Cfr. también Naomi Roht-Arriaza, “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”, en: *California Law Review* 78: 449 (1990), p. 478 s.

⁸² *El Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, TEDH Nro. 39630/09, Fallo 13.12.2012, parág. 75 ([“‘effective remedy’ entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigatory procedure”]). Sobre este fallo ver Kai Ambos, en: *Strafverteidiger* 3 (2013, en aparición); en español en *ZIS* 3 (2013, en aparición).

⁸³ *Erikson v. Italy* (cit. nota 71). Véase ya con anterioridad *Kaya v. Turkey*, TEDH Nos. 158/1996/777/978, Fallo 19.02.1998, parág. 78.

⁸⁴ Cfr. Seibert-Fohr (cit. nota 42), p. 126 ss.

⁸⁵ *X. and Y. v. The Netherlands*, TEDH Nro. 16/1983/72/110, 91, Fallo 27.02.1985, parágs. 22-23; *Kaya v. Turkey* (cit. nota 82), parág. 86.

sustanciales “*ex post facto*”: “La investigación es requerida para asegurar retrospectivamente los derechos sustantivos de la víctima, lo que se parece más a un remedio”⁸⁶. El derecho a la vida, el derecho a la libertad, etc. devienen mediante esta interpretación en derechos a la protección procesal.

Esta interpretación extensiva respecto de los derechos establecidos en la CEDH es objeto de diversas críticas. El argumento principal radica en que el TEDH está realizando una inversión de la carga de la prueba en contra del Estado investigado: Si no se puede establecer la responsabilidad del Estado respecto de un homicidio se puede establecer subsidiariamente la responsabilidad del Estado por no llevar a cabo las investigaciones requeridas para determinar quién ha infringido la prohibición del homicidio⁸⁷. Indirectamente entonces el TEDH establece la violación del art. 2 por parte del Estado por incumplir las obligaciones procesales emanadas de éste. En esta interpretación extensiva de los derechos sustanciales algunos autores ven una cierta similitud entre el TEDH y la jurisprudencia que la Corte IDH ha sentado a partir del caso *Velásquez Rodríguez*, en que se considera violado el derecho a la vida por la falta de investigación de los hechos y de castigo de los ofensores luego de la desaparición de la víctima⁸⁸. Creemos que tal asimilación de ambas jurisprudencias no es del todo correcta. Los derechos de la víctima tal como son interpretados por el TEDH no “neutralizan” los derechos del propio imputado, como sí sucede en muchos casos de la Corte IDH⁸⁹. Si bien el TEDH amplía considerablemente el alcance de los derechos sustanciales y la protección procesal, esta extensión no va en perjuicio de los derechos del acusado, sino que tiene por fin primordial establecer obligaciones al Estado en cuestión.

⁸⁶ Seibert-Fohr (cit. nota 42), p. 128, 129 ([“Investigation is required to secure retrospectively the substantive rights of the victim, which is more akin to a remedy”]).

⁸⁷ Seibert-Fohr (cit. nota 42), p. 129.

⁸⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*, Corte IDH (serie C) Nro.4, Fallo 29.07.1998, parág. 148. Un análisis crítico del caso ofrece Roht-Arriaza (cit. nota 80), p. 467 ss., 472, quien entiende que la Corte IDH deja varias preguntas sin respuesta, entre las cuales destaca la cuestión relativa a si un solo (presunto) caso de desaparición (forzada) puede ser suficiente para exigir al Estado la movilización de sus recursos investigativos y sancionatorios a fin de evitar la violación del derecho a la vida, o si en cambio es necesaria la existencia de un cuadro de “práctica administrativa” de desapariciones forzadas (p. 473); por otra parte, la amplitud de la Corte IDH al evaluar la violación del derecho a la vida resultaría inconsistente —otra crítica esbozada por la autora— con la estrechez del remedio exigido por la Corte IDH, que se reduce al resarcimiento monetario (p. 474).

⁸⁹ Cfr. *supra* nota 72.

VI. EN CONTRA DE LA TESIS DE LA TIMIDEZ

Incluso cuando se trata de la investigación de graves violaciones de derechos humanos, los derechos del acusado permanecen (generalmente) incólumes. Esta interpretación estricta por parte del TEDH le ha valido numerosas críticas, ya que tales concesiones son vistas por algunos autores incluso como una vía a la impunidad⁹⁰. Si esto fuese así, el calificativo de tímido (¿o tal vez *cauto*?) podría ser aplicado al TEDH, como sugería *von Bogdandy*.

Sin embargo, si se observan sentencias del TEDH respecto de los casos de criminalidad sistemática más severos (aquellos que por otra parte se concentran en pocos países, que a su vez enfrentan la mayoría de los casos tratados ante la Corte⁹¹), la tendencia al momento de interpretar principios fundamentales del proceso penal y la injerencia del Tribunal en la política criminal de los Estados Parte parece no diferir en demasía de la modalidad de la Corte en América Latina⁹². En el caso *Kononov* la Cámara

⁹⁰ Así por ejemplo lo pone explícitamente de manifiesto el trabajo de Sonja C. Grover que investiga la acción del TEDH respecto de crímenes internacionales y que se titula *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Heidelberg *et al.*: Springer, 2010.

⁹¹ Al 31 de diciembre de 2012 aproximadamente el 70% de los procesos pendientes ante el TEDH está concentrado en sólo seis países demandados —que se cuentan entre aquellos países que tienen las causas más graves estudiadas por el Tribunal—: Rusia 22.3%, Turquía 13.2%, Italia 11.1%, Ucrania 8.2%, Serbia 7.8% y Rumania 6.8% de los procesos en trámite (*Council of Europe Annual Report 2012*, cit. nota 4, p. 150). Sobre la similitud entre los casos contra Turquía y los casos llevados ante la Corte IDH véase Aldana Pindell: “An Emerging Universality of Justiciable Victim’s Rights in the Criminal Process to Curtail Impunity for State-Sponsored Crimes”, en *Human Rights Quarterly* 26 (2004), pp. 605-686, p. 635 (“grandes violaciones de derecho humanos”, que incluyen “ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura u otro tipo de tratos inhumanos, o el saqueo de casas y cultivos que sospechados de ser adeptos al PKK” [“gross human rights violations”, “included extrajudicial executions, forced disappearances, torture or other inhumane treatment, or the pillage of homes and crops of villagers believed to support the PKK”]).

⁹² Véase en este sentido Pindell (cit. nota 90), aquí p. 665 ss., quien da el ejemplo de sentencias dictadas contra Inglaterra por graves violaciones de los derechos humanos, y donde se ha ampliado el ámbito de protección respecto de los derechos de las víctimas sobrevivientes (y sus allegados), obligándose al Estado a justificar los casos en que la persecución de los presuntos autores de los crímenes no fue exhaustiva ni con la debida participación de víctimas y allegados; la autora precisamente hace referencia a que en estos casos el TEDH ha avanzado en forma similar a como lo ha hecho en casos de violación grave de DDHH, por ejemplo, respecto del Estado turco (“Como en los casos turcos, estos casos también han estado relacionados con graves violaciones del uso desproporcionado de la fuerza letal o el maltrato de supuestos terroristas o

III consideró que una sentencia de Letonia que condenó por la comisión de crímenes de guerra a un ex comandante letón de una sección militar del ejército soviético quien había recibido en febrero 1944 la misión de atacar a un grupo de aldeanos letones (en territorio letón) por ser presuntos colaboradores del ejército nazi, era violatoria del art. 7 CEDH, dado que al momento de la comisión de los hechos no existía normativa internacional vinculante que los prohibiera ni era previsible para *Kononov* que el mismo pudiera ser perseguido criminalmente por tales hechos⁹³. En su fallo la Gran Cámara decidió que tal condena no implicaba violación del art. 7 dado que al momento de la comisión de los hechos existía “suficiente normativa y costumbre internacional” que afirmaban la responsabilidad criminal por tales actos⁹⁴. La Gran Cámara no recurrió al art. 7.2. CEDH para fundar su decisión, lo cual en algún punto tiñe de cierta “audacia” su decisión⁹⁵.

VII. CONCLUSIONES

Si bien la CEDH resulta relativamente vinculante mediante la interpretación que el TEDH haga de la misma y del efecto orientador que tal juris-

criminales por parte de los agentes policiales estatales” [“Like the Turkish cases, these cases have also involved grave violations of the disproportionate use of lethal force or the mistreatment of alleged terrorists or criminals by state law enforcement agents.”], p. 666). Los casos mencionados son *McKerr v. the United Kingdom*, Nro. 28883/95, Fallo 4.5.01; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, TEDH Nro. 24746/94, Fallo 4.5.01; *Kelly and Others v. the United Kingdom*, TEDH Nro. 30054/96, Fallo 4.5.01; *Shanaghan v. the United Kingdom*, TEDH Nro. 37715/97, Fallo 4.5.01.

⁹³ *Kononov v. Latvia*, TEDH Nro. 36736/04, Fallo 24.07.2008.

⁹⁴ *Kononov v. Latvia*, TEDH (Gran Cámara) Nro. 36736/04, Fallo 17.05.2010, parág. 237; ver también paras. 227, 234 ss., 243. El voto disidente entendió en cambio que sí se violaba el principio de irretroactividad de la ley y que la ulterior persecución penal no había sido previsible para *Kononov* (véanse paras. 22, 23 del voto disidente). Véase también la Decisión de inadmisión del caso *Kolk/Kislyiy v. Estonia*, del 17.01.2006, accesible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kislyiy&sessionid=61433880&skin=hudoc-en> (trad. al español en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>). Para un análisis crítico de estas decisiones pretendidamente “excepcionales” del TEDH: Alicia Gil Gil: “La excepción al principio de legalidad del n. 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en este mismo volumen.

⁹⁵ Art. 7.2. CEDH: “El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Véase sobre esta *no* aplicación Gil Gil (cit. nota 93).

prudencia tiene en los órdenes nacionales, no es vinculante por su rango, ya que en varios países no tiene rango constitucional, ni es intrusiva la jurisprudencia del TEDH, ya que la misma sólo establece violaciones pero no define ni impone los medios para evitar tal violación. Por otra parte, si bien la jurisprudencia del Tribunal es dinámica, no avanza en su interpretación de los derechos fundamentales ni en la imposición de su cumplimiento en forma “antidemocrática” ni “nacionalizante”, como se ha sostenido respecto de la Corte IDH⁹⁶. En el ámbito del Derecho (Penal) Internacional, tal como es sostenido y entendido por los *internacionalistas* (y no por los *penalistas*), incluso la postura cauta del TEDH es vista como demasiado intrusiva. En el ámbito del derecho internacional incluso la mera condena de un Estado, aun en abstracto, es generalmente entendida como violatoria de la soberanía nacional. Desde este punto de vista, el TEDH resulta sostener una postura intermedia, entre la muy intrusiva de la Corte IDH y la no intrusiva del derecho internacional.

Respecto de los derechos materiales y procesales analizados, cabe destacar que tanto al establecer los alcances del derecho a la vida, como al definir las pautas procesales que deben respetarse al perseguir violaciones del derecho a la vida, el Tribunal se ha mostrado recatado en cuanto a las imposiciones hechas a las Partes (nuevamente diferenciándose en este punto de la Corte IDH). Este mayor *restraint* debe leerse como producto del contexto socio-histórico-político de los procesos llevados ante el Tribunal y juzgados por el mismo. Los casos mayoritariamente traídos ante el TEDH están relacionados con *individuos particulares* que ven violados sus derechos por parte del Estado durante un proceso penal, o al requerir la debida atención como víctima de un delito, etc. El alcance de las sentencias es directamente dirigido al caso particular, aunque tiene efecto orientador a nivel general para la ulterior jurisprudencia y legislación nacional, así como para actuales “casos paralelos”⁹⁷; su efecto inmediato, sin embargo, no trasciende de la esfera de aquellos individuos directamente involucrados. En un gran número de las sentencias de la Corte Interamericana, por el contrario, se trata mayoritariamente de casos en que no sólo individuos particulares, sino la *sociedad* misma se ve o se ha visto afectada

⁹⁶ Cfr. Malarino (cit. nota 3, *passim*).

⁹⁷ Sobre el estado actual y perspectivas del así llamado procedimiento de la sentencia piloto, según el cual el TEDH procura juzgar en forma detallada y acabada un caso que luego debe ser tomado como “muestra” para que en los órdenes nacionales se resuelvan casos paralelos, véase Jörn Eschment, *Musterprozesse vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – Probleme und Perspektiven des Piloturteilsverfahrens*, Frankfurt a.M.: Peter Lang, 2011, *passim* (descripción en p. 49).

por la violación sistemática de derechos humanos por parte de regímenes no democráticos⁹⁸. Cada sentencia de la Corte IDH, por lo tanto, tiene inmediato efecto no sólo en las partes involucradas, sino también una clara fuerza simbólica en el colectivo. El campo social e histórico, e incluso la repercusión política son bien distintos en uno y otro terreno. De hecho, incluso quienes realzan el rol positivo del TEDH en Europa, lamentan su “palmaria incapacidad de concluir procesos relativos a violaciones masivas de derechos humanos”⁹⁹; precisamente estos son los procesos que llenan la tarea de la Corte IDH, la cual —paulatinamente— va resolviendo este tipo de causas. El Tribunal Europeo se muestra menos *activista* al juzgar presuntas violaciones de derechos humanos más “sofisticadas”¹⁰⁰, en que la intimidación o la libertad de expresión se ven afectadas, y el Estado actúa —no obstante la concreta queja— en forma relativamente cauta. El TEDH pareciera responder cautamente a los reclamos de los ciudadanos y procura no inmiscuirse en extremo en los órdenes internos a fin de no afectar las soberanías nacionales. Pero este mismo TEDH se muestra activista, no obstante, al momento de juzgar casos que por su escala y/o violencia y/o sistematización tienen características similares a los casos juzgados por la Corte IDH. Es evidente, sin embargo, que estos casos de gravísimas violaciones sistemáticas de derechos humanos, no son la tarea habitual del TEDH:

“El TEDH no opera con las nociones de garantías nucleares o núcleos de libertades fundamentales. Incluso el *case law* de la Corte utiliza tales términos muy raramente. Sin embargo, desafortunadamente, casos claros de graves y masivas violaciones de derechos humanos han alcanzado el TEDH: asesinatos aleatorios y tortura, desapariciones de personas, violaciones masivas, así como detención ilegal prolongada, procedimientos completamente injustos o arbitrarios, o la eliminación sistemá-

⁹⁸ Conc. Pindell (cit. nota 91), p. 623 (“Dada la historia de gobiernos represivos y malestar social en gran parte de las Américas, los casos procesado ante la Corte IDH generalmente han involucrado la comisión estatal de, o la aquiescencia estatal en, actos de tortura, ejecuciones extrajudiciales, masacres, y desapariciones forzadas por las cuales nadie ha sido sancionado.” [“Given the history of repressive governments and civil unrest in much of the Americas, the cases filed with the Inter-American Court generally have involved states’ commission of, or acquiescence in, acts of torture, extrajudicial executions, massacres, and forced disappearances for which no one has been punished.”]).

⁹⁹ Wolfram Karl: “Zur Bedeutung des EGMR im europäischen Rechtsgefüge”, en: Rüdiger Wolfrum/Philip Czech (comps.), *The European Court of Human Rights overwhelmed by applications: problems and possible solutions: international workshop, Heidelberg, December 17-18, 2007*, Berlin et al.: Springer, 2009, pp. 13-16, p. 14.

¹⁰⁰ Término utilizado por la Jueza Sylvia Steiner del Tribunal Penal Internacional en la reunión que mantuvo el Grupo de Estudios sobre Cuestiones del Derecho Penal Internacional, el día 3 de diciembre de 2010, en la sede de dicho Tribunal.

tica de oposición política efectiva encuadrarían dentro de esta categoría. Poco puede dudarse de que es una tarea obvia de una Corte de derechos humanos sancionar tales graves violaciones, a pesar de que el gobierno respectivo se ofenda por las sentencias de la Corte e intente calificarlas como políticas más que legales¹⁰¹.

En estos procesos relativos a las graves violaciones de derechos humanos, las diferencias interpretativas entre ambas Cortes parecen relativizarse. La crítica al TEDH de que sus sentencias podrían ser más políticas que legales, es una prueba de ello¹⁰². La Corte Interamericana se caracteriza por su activismo judicial, lo cual podría llamarse “audacia” si tal activismo se enfrentase a resistencias por parte de los Estados —quienes, por el contrario, celebran su forma de actuar—. *Judicial restraint* al momento de juzgar violaciones prolongadas y sistemáticas de derechos humanos de grandes sectores de la población podría ser visto como tibieza y falta de compromiso con el juzgamiento histórico de los crímenes de Estado. Este compromiso histórico-institucional, es sin duda el que lleva a la Corte IDH a interpretar activamente los parámetros y exigencias establecidos en la CADH. Con respecto a las medidas de reparación ordenadas, se ha dicho —y compartimos— que:

“Las reparaciones dadas por la Corte y la Comisión también contribuyen al desarrollo significativo del sistema. Este es un área en el cual la Comisión y especialmente

¹⁰¹ Wildhaber (cit. nota 37), p. 210 [“The ECHR does not operate with the notions of core guarantess or kernels of fundamental freedoms. Even the Court’s case law only rarely uses such terms. Nevertheless, unfortunately, clear cases of grave and massive human rights breaches have reached the ECHR: random killings and torture, disappearances of persons, mass rapes, but also prolonged illegal detention, thoroughly unfair or arbitrary proceedings, or systematic elimination of effective political opposition would fall into this category. There is little doubt that it is an obvious task of a human rights court to sanction such grave breaches, even though the respective governments will resent the Court’s judgments and will try to qualify them as political rather than legal.”].

¹⁰² Wildhaber (cit. nota 100, p. 205), recuerda la reacción de Rusia (cfr. Press Release No 1569 of 8 July 2004 of the Russian Ministry of Foreign Affairs) en contra de los fallos *Ilașcu and others v. Moldova and Russia* App. 48787/99 (2004), ECHR 2004-VII y *Ždanoka v. Latvia* App. 58278/00 (2006), ECHR 2006-IV, y llama la atención a su vez sobre posibles avances de la Corte: “Si bien no creo que estos insultos sean pertinentes (o incluso convenientes), sin embargo, tiendo a pensar que la Corte estaría bien recomendada quedando sobre suelo firme” [“While I do not believe that these insults are pertinent (or even proper), I nevertheless tend to think that the Court would be well advised to stay on safe ground”]. En su protesta Rusia había sostenido sobre el primer fallo que el mismo era “incoherente, controversial, subjetivo, político y basado en dobles estándares” [“incoherent, controversial, subjective, political and based on double standards”] y sobre el segundo, que “ignoró hechos históricos objetivos” [“ignored objective historical facts”].

la Corte han mostrado poca deferencia con los Estados al corregir violaciones de derechos humanos graves y sistemáticas. Las órdenes detalladas sobre daños compensatorios, específicamente medidas reparatorias de amplio impacto legal, social y político, han compelido a los Estados a adoptar medidas que, en muchos casos, son una parte integrante de la transición nacional hacia la democracia.¹⁰³

Un tribunal de derechos humanos puede —¿y “debe”, tal vez?— actuar en forma audaz, si amplía el ámbito de protección de los individuos mediante interpretaciones *pro* individuo, y *contra* poder estatal, ya que sus decisiones no acarrear consecuencias inmediatas a individuos juzgados — puesto que los Estados, y no los individuos se encuentran en proceso— ni están restringidas por los principios reconocidos (en el mundo occidental) del derecho penal. No se trata de procesos penales, sino de procesos propios del derecho internacional, que tienen precisamente por fin la limitación del poder estatal en favor del respeto de los derechos individuales¹⁰⁴.

Fallos citados

- Almonacid Arellano et al. vs. Chile*, Corte IDH Serie C No. 154, Fallo 26.09.2006
Anguelova v. Bulgaria, TEDH, App. Nro. 38361/97, Fallo 13.06.2002
Antunes Rocha v. Portugal, TEDH Appl. No. 64330/01, Fallo 31.05.2005
Bazorkina v. Russia, TEDH App. No. 69481/01, Fallo 27.07.2006
Belolis v. Switzerland, TEDH No. 20/1986/167, Fallo 29.04.1988
Bozzazzi v. Italy, TEDH App. No. 34884/97, Fallo 28.07.1999
Calvelli and Ciglio v. Italy, TEDH App. No. 32967/96, Fallo 17.01.2002
Campbell et al. v. United Kingdom, TEDH No. 5/1980/36/53-54, Fallo 22.03.1983
Caso Velásquez Rodríguez, CorteIDH (serie C) No.4, Fallo 29.07.1998
Cesim Yildirim et al. V. Turkey, TEDH App. No. 20109/03, Fallo 17.06.2008
Chapman v. the United Kingdom, TEDH (Gran Cámara) No. 27238/95, Fallo 18.1.2001

¹⁰³ Rodríguez-Pinzón (cit. nota 9), p. 260 [“The reparations afforded by the Court and the Commission also contribute to the significant development of the system. This is an area in which the Commission and especially the Court have shown little deference with States when redressing gross and systematic violations of human rights. The detailed orders on compensatory damages, specifically reparatory measures of broader legal, social and political impact, have compelled States to adopt measures that, in many instances, are an integral part of the national transition to democracy”].

¹⁰⁴ Un tribunal penal —también el internacional—, en cambio, de ninguna manera tiene permitido mostrar activismo o audacia. Debe aplicar el derecho en respeto de los principios del derecho penal, y evitar repetir abusos de poder propios de los sistemas estatales a los que —indirectamente a través de sus agentes— se está juzgando. Sobre esta diferenciación, véase ya *supra* nota 59 y texto principal.

- Christine Goodwin v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara) No. 28957/95, Fallo 11.07.2002
- Demicoli v. Malta*, TEDH No. 33/1980/224/288, Fallo 27.08.1991
- Dink v. Turkey*, TEDH App. Nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, Fallo 14.09.2010
- El Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, TEDH Nro. 39630/09, Fallo 13.12.2012
- Erikson v. Italy*, TEDH App. No. 37900/97, Dec. sobre admisib. 26.10.1999
- Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, Corte IDH Serie C Nro. 219, Fallo 24.11.2010
- Gongadze v. Ukraine*, TEDH App. No. 34056/02, Fallo 8.11.2005
- H. v. Germany*, TEDH Nro. 4646/08, Fallo 24.11.2011
- Halil Yüksel Akinci & Others v. Turkey*, TEDH Nro. 39125/04, Fallo 11.12.2012
- Hugh Jordan v. the United Kingdom*, TEDH No. 24746/94, Fallo 4.5.01
- Ireland v. United Kingdom*, TEDH, Fallo 18.1.1978
- J. v. Germany*, TEDH Nro. 30060/04, Fallo 14.04.2011
- K. v. Germany*, TEDH Nro. 61827/09, Fallo 7.06.2012
- Kaya v. Turkey*, TEDH App. Nos. 158/1996/777/978, Fallo 19.02.1998
- Kaya v. Turkey*, TEDH App. Nos. 158/1996/777/978, Fallo 19.02.998
- Keenan v. United Kingdom*, TEDH App. No. 27229/95, Fallo 3.04. 2001
- Kelly and Others v. the United Kingdom*, TEDH No. 30054/96; Fallo 4.5.01
- Kiliç v. Turkey*, TEDH App. No. 22492/93, Fallo 28.03.2000
- Kononov v. Latvia*, TEDH (Gran Cámara) No. 36736/04, Fallo 17.05.2010
- Kononov v. Latvia*, TEDH App. No. 36736/04, Fallo 24.07.2008
- Kudra v. Croatia*, TEDH Nro. 13904/07, Fallo 18.12.2012
- Loizidou v. Turkey*, TEDH Series A Nro. 310, Fallo 23.03.1995
- M. v. Germany*, TEDH App. No. 19359/04, Fallo 17.12.2009.
- M.C. v. Bulgaria*, TEDH App. No. 39272/98, Fallo 4.12.2003
- Mahmut Kaya v. Turkey*, TEDH App. No. 22535/93, 2000-III, Fallo 28.03.2000
- Mamatkoulou and Abdurasulovic v. Turkey*, TEDH Nos. 46827/99 y 46951/99 (Sect. 1), Fallo 6.02.2003
- Mastromatteo v. Italy*, TEDH App. No. 37703/97, Fallo 24.10.2002
- McKerr v. the United Kingdom*, TEDH No. 28883/95, Fallo 4.5.01
- Mitić v. Serbia*, TEDH Nro. 31963/08, Fallo 22.01.2013
- Moreira de Azevedo v. Portugal*, TEDH App. No. 11296/84, Fallo 23.10.1990
- Mosendz v. Ukraine*, TEDH Nro. 52013/08, Fallo 17.01.2013
- Nadrosov v. Russia*, TEDH App. No. 9297/02, Fallo 31.07.2008
- Öneryıldız v. Turkey*, TEDH App. No. 48939, Fallo 30.11.2004
- Opuz v. Turkey*, TEDH App. No. 33401/02, Fallo 9.06.2009
- Osman v. the United Kingdom*, TEDH 1998-VIII 3159, Fallo 28.10.1998
- Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*, TEDH App. No. 46477/99, Fallo 14.03.2002
- Pérez v. France*, TEDH App. No. 47287/99, Fallo 12.02.2004
- Ramsahai and Others v. The Netherlands*, TEDH App. No. 52391/99, Fallo 15.05.2007

Selmouni v. France, TEDH (Gran Cámara) Nro. 25803/94, Fallo 28.07.1999

Shanaghan v. the United Kingdom, TEDH No. 37715/97, Fallo 4.5.01

Situation in Uganda, CPI, Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on Victims' Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 hasta a/0070/06, a/0081/06 hasta a/0104/06 y a/0111/06 hasta a/0127/06 del 19.12.2007, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-02/04-112

Somogyi v. Italy, TEDH App. No. 67972/01, Fallo 18.05.2004

Tomasi v. France, TEDH App. No. 12850/87, Fallo 27.08.1992

Torri v. Italy, TEDH App. No. 26433/95, Fallo 1.07.1997

Tribunal Constitucional vs. Perú, Corte IDH, Fallo (competencia) 24.09.1999

Tyrer v. the United Kingdom, TEDH No. 26, Fallo 25.4.78

Von Hannover v. Germany, TEDH No. 59320/00, 2004-VI, Fallo 24.06.2004

X. and Y. v. The Netherlands, TEDH App. No. 16/1983/72/110, 91, Fallo 27.02.1985

Zwierzynski v. Poland, TEDH App. No. 34049/96, Fallo 19.06.2001

El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática

FRANCISCO R. BARBOSA DELGADO

SUMARIO: I. Introducción. II. El margen nacional de apreciación y su surgimiento en la discrecionalidad. 1. Origen de la discrecionalidad nacional. 2. Origen de la discrecionalidad internacional. III. El margen nacional de apreciación a través de la democracia y la existencia del Estado de derecho. 1. Existencia del Estado de Derecho. 2. Existencia de la sociedad democrática: condición necesaria del margen nacional de apreciación conforme al derecho internacional de los derechos humanos. IV. Consideraciones finales.

Palabras clave

Margen nacional de apreciación, sociedad democrática, Estado de Derecho, Derechos humanos.

Resumen

El margen nacional de apreciación se ha constituido en un criterio hermenéutico de los tribunales regionales de derechos humanos para la interpretación y aplicación de los mismos. Por esta razón, en el presente artículo se pretenderá demostrar cómo el Estado de Derecho y la existencia de una sociedad democrática son elementos necesarios para la existencia del margen nacional de apreciación, como doctrina que tiene su sustento en el derecho nacional y cuya derivación llevó a las Cortes regionales de derechos humanos a buscar su aplicación.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina del margen nacional de apreciación se ha constituido en un criterio hermenéutico utilizado por parte de los tribunales regionales de derechos humanos (en adelante, tribunales regionales) con el fin de in-

terpretar y aplicar las Convenciones Americana y Europea sobre derechos humanos (en adelante, CADH y CEDH, respectivamente). Su existencia permite un poder de deferencia de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal. Para su constatación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos debe establecerse la existencia de un Estado de derecho y de una sociedad democrática como elementos esenciales para aceptar la acción estatal en temas que atañen la interpretación y aplicación de los derechos humanos.

En vista de lo señalado, el presente artículo pretende demostrar cómo el Estado de derecho y la sociedad democrática son elementos necesarios para la existencia del margen nacional de apreciación, como doctrina que tiene su sustento en el derecho nacional y la soberanía y cuya derivación llevó a las Cortes regionales de derechos humanos a buscar su aplicación.

II. EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN Y SU SURGIMIENTO EN LA DISCRECIONALIDAD

La noción del margen de apreciación puede ser definida como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del derecho limitado.

ARAI TAKAHASHI lo define, por su parte, como la posibilidad para el gobierno de evaluar situaciones prácticas y, al mismo tiempo, de aplicar disposiciones inscritas en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos (ARAI TAKAHASHI 2002, p. 2). Sobre este aspecto, MAHONEY piensa que la doctrina puede ser vista como el resultado natural entre la difusión y la aplicación estandarizada de valores de la Convención. Para el doctrinante, la doctrina sirve para tomar en cuenta cuestiones culturales y sociales en una sociedad dada (MAHONEY 1990, p. 1).

KASTANAS, por su parte, la define así: "Concepto de geometría variable en el cual los contornos son definidos por la jurisprudencia que permiten a los grandes órganos de Estrasburgo acordar una posibilidad convencional de apreciación de la legalidad interna por parte de las autoridades estatales y a las medidas tomadas por parte del Estado para concretizar, derogar o restringir las libertades garantizadas por la CEDH" (KASTANAS 1996, p. 16). CALLEWAERT, a su turno, considera esta noción como aquella en la

cual “se deja, en efecto, a las autoridades nacionales el cuidado de apreciar la necesidad y la amplitud de ciertas injerencias dentro de las libertades consagradas por la CED” (CALLEWAERT 2000, p. 52).

Con estas concepciones doctrinales es dable indicar que el margen nacional de apreciación debe ser comprendido como un reducto o “criterio”¹ de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada.

Para efectos de desarrollar la noción se tendrán en cuenta la existencia de dos órdenes, el interno y el internacional². Teniendo esto presente, las profesoras DELMAS MARTY e IZORCHE indican que el margen conlleva al reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos (DELMAS MARTY e IZORCHE 2001, p. 925). Extendiendo ese razonamiento, el margen de apreciación podría dividirse en dos partes: una de carácter interno y el otro de carácter externo.

El primero podría ser definido como aquel que permite un diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional a partir de principios fundadores que el Estado adapta dentro de su ordenamiento. Esto se presenta, a nuestro juicio, en el caso en que el Estado firme y ratifique los instrumentos internacionales de derechos humanos, obligándose a respetarlos y garantizarlos. En algunos casos la aplicación de estas disposiciones permite una importante maniobrabilidad del Estado en su adaptación. Piénsese, por ejemplo, en el art. 2 de la CADH que indica que los Estados deben tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento interno con lo prescrito en la Convención. Esta razón permite entender que es el Estado el encargado de la interpretación y aplicación de los derechos humanos dentro del país conforme a una legislación internacional incorporada dentro del ordenamiento interno.

En cuanto al segundo, la situación difiere. En este escenario, el Estado se ve confrontado a la aparición de la jurisdicción internacional que surge por la acción de los denunciantes de violaciones de derechos humanos,

¹ Véase GARCÍA ROCA (2010), p. 377.

² Los profesores OLINDA y PICHERAL manifiestan que la doctrina le permite precisar al órgano de control en debida forma los límites respectivos en los cuales tanto el mismo, como los Estados pueden actuar. OLINDA y PICHERAL (1995), p. 602.

quienes activan los tribunales regionales que protegen de forma subsidiaria estos derechos a través del principio de proporcionalidad con el cual se determina la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas de restricción tomadas por parte del Estado. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), desde una perspectiva externa se refieren al margen nacional de apreciación como el espacio limitado de interpretación que tiene el Estado frente a los derechos fundamentales.

Una vez abordada y explicada la noción, es pertinente abordar tanto su origen en el derecho nacional como su utilización a través del derecho internacional de los derechos humanos.

1. Origen de la discrecionalidad nacional

El origen de la noción de margen de apreciación se ubica en el ámbito constitucional y administrativo. Esto tiene sentido por dos razones. La primera de carácter funcional, ya que en el Estado se estructuran ramas del poder público dentro de las cuales se incluye la función de “administrar justicia”. La segunda de carácter procedimental, en tanto que al momento de construir los sistemas internacionales de derechos humanos se tomaron en cuenta principios del derecho constitucional para su fundación y su desarrollo a través del derecho administrativo. En ese orden de ideas, la relación del derecho internacional frente al derecho interno ha implicado una correlación constante³.

Así, entonces, el ámbito constitucional ha utilizado la noción de margen de apreciación o margen de acción⁴ dentro de su doctrina, para explicar los niveles de interpretación que tienen las instancias del Estado frente a los derechos fundamentales. Los límites a esta figura se encuentran en el poder del Estado frente a circunstancias excepcionales como la guerra o emergencias de carácter interno. En estos casos, los límites de interpretación del Estado se extienden, y la aplicación de los derechos puede llegar a limitarse.

³ Un ejemplo de esta correlación se materializa en la inclusión de capítulos de derecho fundamentales dentro de las Constituciones de los Estados que coinciden con los derechos humanos que se incluyeron dentro de la CADH y la CEDH.

⁴ Expresión utilizada por ALEXY (1993).

Ante el anterior razonamiento, surge la pregunta sobre el origen y fundamento de los mencionados límites. Para abordar esta pregunta, es pertinente remitirse al derecho romano en el que se utilizó la institución de la dictadura⁵ para hacer frente a crisis institucionales y, por ende, reducir los márgenes de apreciación frente a los derechos de sus ciudadanos. Para justificar la acción limitatoria, Roma creó la figura de “*Razón de Estado*” que se encuentra en la obra del jurista romano TÁCITO, quien la definió a partir de la noción de “*Arcanna Imperio*” en la cual el Estado retiene la posibilidad de decidir sobre asuntos públicos, prescindiendo de la obligación de informar a sus habitantes. Luego la figura fue retomada por MAQUIAVELO, quien consideró que bajo la dictadura: “[...] el dictador puede tomar las medidas que él juzgue buenas sin implicar la sujeción a la intervención consultativa o deliberativas de otra instancia, al tiempo que puede imponer sanciones que implican autoridad de cosa juzgada”⁶.

El Estado constitucional moderno toma esa noción —*razón de Estado*— y la adapta a sus necesidades, al decir del jurista alemán Carl SCHMITT, quien la explica a partir de dos nociones. La primera “*arcana imperio*”, y la segunda “*arcana dominationis*”. La primera es “la relación de fuerza existente de facto en tiempo normal”, mientras que la segunda “se refiere a la protección y a la defensa de aquellos cuyo poder esta en peligro por eventos extraordinarios, rebeliones o revoluciones”⁷.

Con esta explicación se clarifica que los límites han tenido una relación directa con la maniobrabilidad del Estado para hacer frente a circunstancias excepcionales. Sobre el particular pueden mostrarse dos ejemplos, el caso colombiano y el caso francés. En el caso colombiano se establece en el art. 213 de la Constitución Política de 1991 la posibilidad de legislar de manera extraordinaria en casos de guerra, conmoción interna, emergencia económica y social o catástrofe ecológica de forma limitada⁸. En el caso

⁵ Sobre este punto, el jurista alemán Carl SCHMITT señaló: “[l]a dictadura es una sabia invención de la República Romana; el dictador es un magistrado romano extraordinario, que fue establecido luego de la expulsión de los reyes con el fin que exista un poder imperial durante los tiempos de peligro, para evitar problemas de entramamiento legal como en la época de los cónsules en el cual existía para estos periodos el derecho al veto de los tribunos de la plebe y la del llamamiento al pueblo (*provocatio ad populum*)”. SCHMITT (2000), p. 23.

⁶ MACHIAVEL (1962), p. 26.

⁷ Ídem, p. 34.

⁸ El art. 213 de la Constitución de la Colombia (1991) indica: “El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias

francés, esa facultad se colige del art. 16 de la Constitución Política de 1958 que le permite al Presidente de la República tomar medida la existencia de amenazas graves e inminentes contra el Estado⁹. Estas consideraciones coinciden con los contenidos que se establecen dentro de la CADH —art. 27— y la CEDH —art. 15— en los cuales se plantean catálogos de derechos suspendibles ante la verificación de circunstancias excepcionales, lo que induce a una discusión sobre la limitación de los derechos tanto por el juez interno, como por parte del juez internacional que se denomina “*margen de apreciación*”.

En síntesis, la noción de margen de apreciación del juez nacional se funda en la capacidad que tiene la jurisdicción interna de interpretar los derechos humanos¹⁰. Sus límites se entrecruzan entre la noción de “*razón de Estado*” que le permite al Estado suspenderlos y restringirlos y, por otro lado, el control de esos límites por parte de las Cortes regionales de dere-

para repeler agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad. La declaración de Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaración de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión. Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara”.

⁹ El art. 16 de la Constitución de 1958 de Francia indica: “Lorsque les institutions de la République, l’indépendance de la Nation, l’intégrité de son territoire ou l’exécution de ses engagements internationaux sont menacées d’une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel. Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d’assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d’accomplir leur mission. Le Conseil Constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L’Assemblée Nationale ne peut être dissoute pendant l’exercice des pouvoirs exceptionnels”.

¹⁰ Debe notarse la paradoja existente en cuanto a la imbricación inextricable entre el derecho interno y el derecho internacional en lo atinente a los derechos humanos y las posturas disímiles asumidas por los jueces en cada jurisdicción en cuanto a la protección de los mismos. Es decir, que se coincide en su existencia, pero en muchos casos no en su alcance.

chos humanos que los racionalizan a través de interpretaciones extensivas de los derechos fundamentadas con base en la proporcionalidad y en lo estipulado tanto en la CADH, como en la CEDH.

2. Origen de la Discrecionalidad internacional

La aparición de esta doctrina que reconoce la existencia de la voluntad del Estado frente a la interpretación y aplicación de los derechos humanos en el sistema europeo de derechos humanos surge a través de la interpretación del art. 15 de la CEDH que establece la posibilidad de suspender ciertos derechos por virtud de un peligro público¹¹. Fue así como en el caso de la escuela lingüística belga contra Bélgica en el año 1968, el TEDH indicó que la CEDH tenía un carácter subsidiario frente a la acción del Estado producto de su voluntad. En ese caso, el TEDH recordó que existen aspectos de la vida social en los cuales “las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención”¹².

Ulteriormente, se profirió el *Caso Lawless contra Irlanda*¹³, en el cual la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) indicó que el Estado tenía un cierto margen de apreciación en cuanto a las acciones que debía tomar para proteger la vida de la nación. Es en el año de 1971 cuando el TEDH utiliza por primera vez la expresión “*margen nacional de apreciación*”, en el *Caso De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica*¹⁴, en el cual indica que la medida de detención contra grupo de vagabundos no vulneró el art. 8.2 de la CEDH toda vez que el Estado pudo tener razones valederas y necesarias para defender el orden y prevenir las infracciones penales contra la moral, la salud y la reputación de los otros. Esta línea de jurisprudencia continuó a través del *Caso Handyside contra Reino Unido*, en la cual por primera vez se aplicó esta doctrina en un caso sobre libertad de expresión. Posteriormente, se profirió el *Caso Irlanda contra el Reino Unido*, en el cual el TEDH señaló:

“Incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza y si esto ocurre evaluar los medios que tiene para disiparlo. [...] las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor

¹¹ Véase OLINGA y PICHERAL (1995).

¹² TEDH, *Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica*, sentencia del 23 de julio de 1968, p. 10.

¹³ TEDH, *Caso Lawless c. Irlanda*, sentencia del 15 de noviembre de 1960.

¹⁴ TEDH, *Caso De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica*, sentencia del 10 de marzo de 1972.

lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación¹⁵.

A partir de esta última decisión, el TEDH continuó utilizando la doctrina del margen nacional de apreciación, no solo atándola a las condiciones de suspensión general de los derechos colegidos del art. 15 de la CEDH, sino en cuanto a las restricciones específicas ejercidas por parte de los Estados frente a los derechos. En igual sentido, su uso se ha extendido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en donde, al decir del profesor NÚÑEZ POBLETE¹⁶, se ha advertido un importante trabajo jurisprudencial.

Por su parte, en el sistema interamericano de derechos humanos, aunque la doctrina no ha sido nominada de forma específica, ha sido utilizada en menor grado que en el sistema europeo. En la CIDH se han destacado algunos informes de admisibilidad —citados por el profesor NÚÑEZ POBLETE en el artículo citado *supra*— como es el *Caso Álvarez Giraldo, Sánchez Villalobos y Chaves Cambronero*. En los tres casos, la Comisión restringió el margen nacional de apreciación de los Estados y protegió el derecho de ciertas minorías con el argumento que no puede extenderse concepciones sociales de restricción y/o violación de derechos humanos en el continente americano. Fue así como en el *Caso Ríos Montt contra Guatemala*¹⁷ se indicó que la doctrina debe ser analizada “conforme a las circunstancias específicas del caso y a las concepciones prevalecientes en el período histórico”.

La Corte IDH, por su lado, no la ha definido expresamente, ni nominado puntualmente en sus fallos¹⁸. Sin embargo, en la práctica jurisprudencial se observa que el tribunal ha hecho uso de los test de proporcionalidad, reconociendo un margen de apreciación del Estado. Es así como, por

¹⁵ TEDH, *Caso Irlanda c. Reino Unido*, sentencia del 25 de enero de 1976.

¹⁶ Véase NÚÑEZ POBLETE.

¹⁷ CIDH, Informe N° 30/93, caso N° 18.804, *José Efraín Montt c. Guatemala*, 12 de octubre de 1993, párr. 31, citado por NÚÑEZ POBLETE (2011), p. 8.

¹⁸ Sobre este punto véase el pertinente estudio “Los casos colombianos ante el sistema interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿Ausencia justificada?”, de la profesora Paola Andrea ACOSTA, en el cual se demuestra su inoperancia en los casos contra Colombia por el tipo de violaciones y el contexto en el que configuran. Este trabajo acompaña en su reflexión el trabajo del profesor Íñigo SALVADOR CRESPO, “El Ecuador y la doctrina del margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, como el de los profesores José Sebastián ELIAS y Julio César RIVERA, “La doctrina del margen nacional de apreciación nacional en el caso argentino”.

ejemplo, en el *Caso Perozo c. Venezuela*, en el cual el tribunal interamericano estableció la responsabilidad internacional del Estado por la violación de la art.13 contentivo de la libertad de expresión, se reconoció el margen de apreciación del Estado, producto de los mismos límites establecidos en la CADH. En ese sentido, la Corte IDH indicó, citando previos precedentes, que: “La libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, ‘es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática’¹⁹. No sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue. Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones”²⁰. Esta misma línea de pensamiento la estableció la Corte IDH en el *caso Chaparro Álvarez y Lapo contra Ecuador*²¹, en cuanto a la libertad personal, indicando que las decisiones de restricción de libertad deben estar atadas a la aplicación del principio de proporcionalidad y racionalidad.

En igual sentido, en el *Caso Castañeda Guzmán contra Méjico*²², el tribunal interamericano reconoció la inexistencia de un modelo único electoral latinoamericano, permitiendo entender que cada Estado tiene un margen nacional de apreciación conforme al cual deben respetarse los derechos políticos consagrados en el art. 23 de la CADH.

En lo relativo a la utilización del recurso ordinario eficaz contemplado en el art. 8.2 de la CADH, la Corte IDH en el *Caso Herrera Ulloa* señaló:

¹⁹ Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 70. Ver también *Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004; *Caso Kimel vs. Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008; y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008.

²⁰ Corte IDH, *Caso Perozo y otros c. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, (excepciones preliminares, fondo y reparación) párr. 116; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, (fondo, reparaciones y costas), párr. 79.

²¹ Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñiguez c. Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 107.

²² Corte IDH, *Caso Castañeda Guzmán c. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 162.

“[...] si bien los Estados tienen un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo”²³.

Como se observa en estas decisiones, el tribunal expone los límites del Estado en cuanto a la protección de la libertad de expresión, libertad personal y a los derechos políticos, otorgándole un espacio al Estado para que pueda tener una visión propia —*margen de apreciación*— dentro de los estrictos límites fijados por la Corte. Esta posición evidencia la manera como se reconoce el margen nacional de apreciación por parte de la Corte IDH.

La existencia de esta doctrina no ha implicado que los tribunales regionales de derechos humanos impongan decisiones a través de una uniformidad ante cualquier problema jurídico. Podemos de forma más precisa indicar que la ausencia de consenso²⁴ entre los Estados sobre temas sensibles en derechos humanos, ha llevado a que el TEDH y la Corte IDH justifiquen una imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos y procedan al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales. Asuntos como el de la protección de los derechos de las minorías étnicas y culturales, la discusión sobre el aborto frente al derecho a la vida, la libertad de expresión frente a sus límites intrínsecos o el caso del matrimonio homosexual son temas en los cuales los tribunales regionales, especialmente el Europeo, han aplicado esa noción. Esta falta de consenso conduce a una paradoja consistente en que por un lado se visualiza un argumento de confianza hacia el Estado en la medida en que éste puede hacer uso de su *imperium* para restringir o suspender un derecho; mientras que, en segundo término, se plantea un argumento de desconfianza en la medida en que los tribunales regionales protegen a través de un control estricto los derechos de los individuos.

Ante el panorama establecido, se procederá, entonces, a mostrar la relación que tiene ese margen nacional de apreciación con la existencia de un Estado de derecho y de una sociedad democrática como elementos necesarios para su existencia conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

²³ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa*, sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 161.

²⁴ Sobre este tema véase BENAVIDES (2009), p. 295-310.

III. EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN A TRAVÉS DE LA DEMOCRACIA Y LA EXISTENCIA DEL ESTADO DE DERECHO

La forma de concretizar la existencia del margen nacional de apreciación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, implica dos condiciones coincidentes y necesarias: la existencia del Estado de Derecho —Estado y justicia— y, en segundo término, la presencia de una sociedad democrática como elemento sustentatorio de las Convenciones regionales de protección de derechos humanos tanto en Europa como en América.

1. Existencia del Estado de Derecho

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la existencia del Estado es un requisito previo para el proceso de aceptación y firma de cualquier tratado. Es así como se entiende que quien se obliga al cumplimiento de las obligaciones que surgen de un tratado es el Estado por su calidad esencial. El preámbulo de la Convención de Viena de 1969 establece que los Estados son quienes se obligan a cumplirlos. Ahora bien, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, a la noción de Estado se le agrega la connotación de derecho, dotándolo de una noción de una unidad y coherencia de su sistema jurídico. Teniendo en cuenta lo anterior en este punto se desarrollan dos acápites: (i) la Nación, componente esencial del Estado de Derecho, y (ii) la Soberanía que se debate entre la territorialización y la desterritorialización del derecho. En el primer tema se mostrará la manera cómo se ha concebido la nación desde el punto de vista teórico desde diversas disciplinas y cómo se concibe dentro del Estado como elemento esencial de su composición, haciendo hincapié en que su existencia es esencial para que se conciba un margen de apreciación conforme a los estándares internacionales de derechos humanos. El segundo punto, mostrará la soberanía como componente del Estado de derecho en asocio con la noción de territorio sobre la cual se funda tanto la jurisdicción nacional como la determinación de la competencia que por razón del territorio tienen los Estados en el ámbito internacional.

A) Estado: Presupuesto fundamental de la coherencia del sistema jurídico

Abordar la noción de Estado no es tarea fácil. Su complejidad radica en que ha sido tratado por la doctrina desde diferentes puntos de vista. Para efecto de aclarar el tipo de concepto sobre el cual se debe entender se

explicará cada uno de ellos. Con lo anterior, se evidenciará su problematización a través de la lectura doctrinal multidisciplinar. En cuanto al Estado, son los juristas quienes lo han definido y explicado de forma amplia. Por el contrario, la Nación y el de territorio han sido desarrollados por historiadores y sociólogos.

Del Estado hay múltiples visiones. Retendremos tres. Jean GICQUEL y Jean Eric GICQUEL, por ejemplo, consideran que el Estado “está compuesto por un grupo humano, fijado en un determinado territorio y sobre el cual una autoridad política exclusiva se ejerce” (GICQUEL Y GICQUEL 2008, p. 54). KELSEN, por su parte, lo definió como “un orden jurídico relativamente centralizado, limitado en su dominio de validez espacial y temporal y sometido inmediatamente al derecho internacional y a la eficacia general” (KELSEN 1999, p. 362).

GELLNER, por su parte, nos da el referente teórico para abordar el concepto de Estado. Es así como retoma la definición de WEBER en cuanto a que lo concibe como el agente que detenta el monopolio de la violencia legítima dentro de la sociedad. Para el autor, el Estado es la especialización y concentración del mantenimiento del orden. El Estado “es aquella institución o conjunto de instituciones específicamente relacionadas con la conservación del orden. El estado existe allí donde existen agentes especializados en esa conservación, como la policía y los tribunales” (GELLNER 1988, pp. 16-17).

Para GICQUEL, el Estado contiene tres elementos que permiten su definición: la población, el territorio y la autoridad política constituida por el constituyente primario que la determina. GELLNER lo define internándose en la última de estas dimensiones, la existencia de una autoridad política que se materializa a través de un aparato institucional que contiene una tridivisión del poder público, que, a su vez, se relaciona con el aparato jurisdiccional. KELSEN, coincide con esta última postura al limitarlo a un orden jurídico, es decir, a la existencia de un derecho positivo que crea el Estado. De las definiciones indicadas emanan tres elementos: (i) personal; (ii) material y (iii) formal. El primero contiene la nación; el segundo, el territorio y, el tercero, la soberanía.

Sobre la nación, los constitucionalistas se han dividido en torno al origen de su carácter e incluso a su origen; sin embargo, el gran debate ha versado sobre dos tesis: (i) la objetiva y (ii) la subjetiva. En cuanto a la primera, su origen tiene como autor a FICHTE, quien consideró la nación como una resultante de elementos objetivos, tales como la geografía, la lengua, la religión, la ideología y la raza. La subjetiva, planteada por RE-

NAN, tiene origen en elementos inmateriales como el espíritu de un pueblo, en la necesidad de vivir en comunidad (RENAN 1991). En términos modernos la idea de nación implica que esa comunidad se vincule a través de la ciudadanía (BRAUD 2008, p. 152).

Benedict ANDERSON define la Nación como “una comunidad políticamente imaginada como inherentemente limitada y soberana” (ANDERSON 1997, pp. 23-24)²⁵. Esta definición tiene mucho sentido en cuanto encierra dentro de ella una construcción de la comunidad alrededor de unas tradiciones que son definidas en el desarrollo social de cada uno de los pueblos. Al contextualizar la definición, ANDERSON señala que esta comunidad es imaginada porque “aún los miembros de la Nación más pequeña no conocerán jamás a la mayoría de sus compatriotas, no los verán ni oirán siquiera hablar de ellos”. Es limitada por cuanto tiene fronteras finitas, vale decir, que más allá de sus límites se encuentran otras naciones. Allí se encuentra el concepto de la soberanía que tiene una concepción dual: política y jurídica.

Este concepto de soberanía ha sido definido por la doctrina especializada como un elemento del Estado, consistente en que los Estados son entes territoriales que ejercen control en el marco de sus respectivos territorios, con exclusión de los poderes de los otros entes soberanos (REMIRO BRO-TÓNS 1997, p. 76). De la misma manera, ANDERSON concibe la Nación como una comunidad porque “independientemente de la desigualdad y la explotación, la nación se concibe siempre como un compañerismo profundo y horizontal” (ANDERSON 1997, p. 25). Si se mira con detenimiento la formulación de ANDERSON, se observa que su definición se enlaza con los elementos definitorios del Estado en cuanto al planteamiento de unos límites que definen el ámbito territorial del Estado y que permiten poseer un control soberano de una comunidad sobre otra.

GELLNER se encuentra con lo planteado por ANDERSON, en cuanto indica que la comunidad es imaginada y construida. La única diferencia es la referencia sociológica de GELLNER y cultural de ANDERSON. Así pues, GELLNER “[...] da a entender que existen comunidades verdaderas que

²⁵ Sobre la expresión imaginada, ANDERSON recibió una fuerte crítica por parte del sociólogo Sydney TARROW en su texto “El poder en movimiento, los movimientos sociales, la acción colectiva y la política”. En este texto manifiesta el autor que más allá de imaginadas, las comunidades deben ser invisibles, por cuanto a ANDERSON lo guía un fuerte estructuralismo “su evocativo término de comunidades imaginadas podría llevar a lectores inadvertidos a inferir que la imaginación creaba comunidades nacionales”.

pueden yuxtaponerse con ventaja a las naciones” (ANDERSON 1997, p. 25). GELLNER en cuanto a la Nación la define como el constructo de las convicciones, fidelidades y solidaridades de los hombres. Estas dos posiciones, la de ANDERSON concibiendo la Nación como comunidad imaginada, y la de GELLNER como un artefacto, un proceso de ingeniería social o una construcción, llevan a buscar una tesis intermedia. En consecuencia, la nación debe tomarse en su función subjetiva como construcción imaginada, en la cual se expresan identidades objetivas como el idioma, las creencias, etc.²⁶

En segundo lugar, el territorio como la nación es un elemento esencial del Estado. Consiste en los límites terrestres, aéreos y marítimos de un territorio. Desde el punto de vista de su responsabilidad nacional o internacional, el Estado se obliga por lo que ocurra dentro de sus fronteras, es decir, dentro de su territorio. Los límites terrestres se determinan a través de dos figuras cuyo aporte se deriva del derecho internacional americano: el *uti possidetis juris*²⁷ y el *uti possidetis de facto*. Etimológicamente se define de este modo: “como poseéis, así poseáis” (ALVARADO GARAICOA 1951, pp. 252-253). Desde el punto de vista jurídico se define como la norma generalmente aceptada para la demarcación de las fronteras²⁸. Esto significa que cuando un Estado cambia de forma de gobierno o se libera de una ocupación, conserva el territorio que previamente tenía el ocupante. Este principio del derecho romano, según Jesús María YEPES, “significa que las nuevas repúblicas, por el hecho de poseer determinado territorio en el momento de la emancipación, tenían también el derecho de continuar en la posesión del mismo territorio” (YEPES 1955, p. 167). Mientras que el segundo se determina por la consecución de territorio a través de actos de fuerza, circunstancia existente durante el siglo XIX, momento en el cual se construyeron las repúblicas modernas. En cuanto a las fronteras marítimas

²⁶ Este abordaje teórico fue desarrollado en otra de mis publicaciones. Véase BARBOSA DELGADO (2007), pp. 20-23.

²⁷ Sobre este concepto consúltense las siguientes obras: ÁLVAREZ (1910), p. 65; CHECA DROUET (1936), p. 39; y YEPES (1955), p. 167.

²⁸ Desde el punto de vista de la codificación internacional este principio se incluyó en el art. 7 del Tratado de Lima de 1848. La norma señaló: “Las repúblicas confederadas declaran tener un derecho perfecto a la conservación de los límites de sus territorios según existían al tiempo de la independencia de la España, los de los respectivos Virreinos, Capitanías Generales, o presidencias en que estaba dividida la América Española [...]”.

se establece que el Estado controla su territorio dentro de las 200 millas náuticas desde la costa²⁹.

Por último, se destaca como última característica del Estado “la soberanía” que se constituye en el fundamento de su estructura. La discusión que se establece en su estudio tiene relación con su origen. En los momentos en los cuales existía la monarquía, la soberanía tenía un origen real. Esa postura, fue respaldada por el francés Jean BODIN, que concibió la soberanía como la *summa potestas*, es decir, la suprema autoridad dentro del reino (TOUCHARD 2006). Con este aporte, se establece la soberanía como un elemento del Estado absoluto que fue reformulado al momento de la revolución y de la construcción de la república. Esa mutación hace que el origen de esa soberanía no sea el rey, sino el pueblo, sobre el cual se fundan las instituciones.

En el caso de América Latina³⁰ esta noción de soberanía fue defendida con ahínco por el jurista chileno Alejandro ÁLVAREZ y el jurista colombiano Jesús María YEPES, que animaron la construcción del panamericanismo durante finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. Debe indicarse que la defensa de la soberanía se planteó a través de la construcción del principio de “no intervención”. Según YEPES, este principio consiste en “la prohibición de la intervención de un Estado en los asuntos del otro, que es una de las piedras angulares del derecho de gentes en América” (YEPES 1936, pp. 136-137). Así entonces, la soberanía como elemento del Estado se vinculó en América Latina al principio de “no intervención” que posteriormente fue codificado por la Organización de las Naciones Unidas a través del art. 2.4 de la Carta³¹.

Así pues, el Estado de Derecho es una condición necesaria para la existencia de un margen nacional de apreciación. Ese Estado, como se explicó en este acápite, debe contener los elementos materiales del territorio y soberanía y debe concebir el carácter nacional desde el punto de vista subjetivo. En aras de lo expuesto, solamente ante la concurrencia de los elementos establecidos dentro del Estado, podría entenderse que una de-

²⁹ Véase EISEMANN et al. (2003).

³⁰ Sobre la noción “América Latina”, véase el prólogo del libro de ARCINIEGAS (2004).

³¹ El art. 2.4. indica: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”. Carta de las Naciones Unidas, adoptada el 26 de junio de 1945.

cisión estatal se encuentre conforme a los tratados regionales de derechos humanos y a la jurisprudencia emanada por esas cortes regionales.

B) La justicia: componente del Estado de derecho y del margen nacional de apreciación

La estructuración de un Estado implica la existencia un sistema armónico de normas y de competencias que permita evidenciar su institucionalidad. Por ello, la justicia emanada de ese sistema ordenado y armónico juega un rol importante en la construcción de un margen nacional de apreciación. La justicia, como ocurrió en el caso del Estado, es parte de un debate poco pacífico en la doctrina. En principio, la justicia es el resultado de la correcta existencia de un orden general que debe propender por el respeto y garantía de los derechos de los ciudadanos.

La justicia³² es una condición determinante para definir el Estado y la Nación en los términos de los teóricos citados; su categoría de poder público hace que sea parte del engranaje de la tridivisión de los poderes. Su relación con la Nación permite la inclusión del ciudadano dentro de un proyecto común que se presenta a través de múltiples tópicos, destacándose los de la igualdad, libertad y solidaridad que se materializan en unos acuerdos entre los individuos quienes conforman una suerte de organización homogénea.

ULPIANO dijo: “Justicia es darle a cada uno lo suyo”; CICERÓN la definió como el “hábito del alma, observado en el interés común, que da a cada cual su dignidad”³³; SANTO TOMÁS DE AQUINO como “el hábito, según el cual, con constante y perpetua voluntad se da a cada cual su derecho”³⁴. Estas acepciones delimitan la justicia en sentido subjetivo, es decir, aquella que está determinada hacia un ser humano. La justicia en sentido objetivo, de otra parte, es la proporcionalidad de los actos humanos entre los sujetos. La justicia subjetiva descansa en la objetiva. Esta división ha sido la más fortalecida en los textos jurídicos. En su “Teoría General de la Política”, BOBBIO, al mostrar la relación entre la justicia y el orden, señaló, que de PLATÓN en adelante, “la justicia como virtud es la que preside la constitución de una totalidad compuesta de partes, y, cuanto tal,

³² El análisis que se realizará sobre la justicia fue tomado de uno de mis libros. Véase BARBOSA DELGADO (2007), pp. 30-32.

³³ CICERÓN (1848).

³⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO (2002), II-II, c, p. 58.

permite a las partes estar juntas, compartir, no disolverse y regresar al caos primigenio, y, en consecuencia, constituir un orden". La justicia como virtud está estrechamente relacionada con el valor de la concordia (BOBBIO 2003, pp. 344-345). KANT y RADBRUCH consideraron que la igualdad era la justicia. Este último autor indicó que la justicia (igualdad), finalidad y seguridad jurídica son "tres facetas de la idea del derecho", que dominan al derecho en todos sus aspectos y cuyas contradicciones no pueden ser entendidas como antinómicas sino como "un conflicto de la justicia con ella misma" (BARBOSA, BOHÓRQUEZ y FONNEGRA 2004, p. 26).

Así pues, el principio de igualdad significa que lo igual debe ser tratado en forma igual o bien desigual, análogamente, en forma desigual. Igualdad es abstracción de desigualdad (BOBBIO 2003, p. 295). Este valor jurídico fue dividido por ARISTÓTELES en la justicia conmutativa y la distributiva. La primera regula las relaciones entre las distintas personas. El principio fundamental debe ser el de igualdad de las prestaciones recíprocas (NOGUERA LABORDE 1996, p. 134). Es la justicia de los desiguales por naturaleza. De otro lado, la justicia distributiva tiene que ver con la distribución de beneficios que el Estado tiene para con los particulares. En esencia es la proporcionalidad la que caracteriza este tipo de justicia. Al decir de KAUFMANN, es la forma primigenia de justicia, pues la justicia conmutativa del derecho privado supone un acto público de la justicia distributiva; por ejemplo, la concesión de un determinado estatus (KAUFMANN 2002, p. 297). Es la igualdad proporcional en el trato de personas; en el reparto de derechos y deberes; en el principio del *suum cuique tribuere*.

La justicia legal establecida por SANTO TOMÁS plantea la obligación de los sujetos miembros de una sociedad como parte de la misma para procurar el bien común. Adicionalmente, como recuerda BOBBIO, Aristóteles escribió que lo justo tiene dos sentidos (BOBBIO 2003, pp. 333-346). Uno de éstos es conforme a derecho o legal, en tanto que injusto significa no apegado a la ley o ilegal.

Ahora bien, en cuanto a la administración de justicia, RAWLS señala: "[...] las acciones que las normas legales exigen y prohíben han de ser de tal clase que puede esperarse razonablemente que los hombres las cumplan y eviten. Un sistema dirigido a personas racionales para organizar su conducta, enfoca lo que pueden y no pueden hacer. Este sistema no debe imponer un deber de hacer lo que no puede hacerse. En segundo lugar, la noción de que deber implica poder, supone la idea de que aquellos que promulgan las leyes y dan órdenes lo hacen de buena fe. Los jueces, los legisladores y otros funcionarios públicos del sistema deben creer que las

leyes pueden ser obedecidas; y han de creer también que cualesquiera órdenes dadas pueden ser cumplidas” (RAWLS 1997).

En igual sentido señaló: “[...] El imperio de la ley implica también el precepto de que casos similares han de tratarse de forma similar. [...] debe darse cumplimiento al precepto *nullum pena sine lege*, es decir, que las leyes sean conocidas y expresamente promulgadas, que su significado sea claramente expuesto, que las leyes sean generales, tanto en su declaración, como en su disposición y que no sean usadas para dañar a individuos particulares” (BOBBIO 2003, p. 224).

En síntesis, el Estado a través de sus jueces debe aplicar adecuadamente la justicia para efecto que su margen de apreciación en torno a los derechos humanos se encuentre conforme a los estándares internacionales. En caso contrario, la inacción —impunidad— o la inaplicación inadecuada de la justicia frente a los ciudadanos conllevaría a la reactivación de los mecanismos internacionales de derechos humanos, configurándose un desplazamiento de la función de judicial decisión.

2. Existencia de una sociedad democrática: condición necesaria del margen nacional de apreciación conforme al derecho internacional de los derechos humanos

Antes de abordar la noción de “sociedad democrática” debe intentarse una definición de democracia. En ese sentido el Informe “Democracia en América Latina” realizado por el Programa PNUD de la Organización de Naciones Unidas la definió como: “el resultado de una intensa y denodada experiencia social e histórica que se construye día a día en las realizaciones y frustraciones, acciones y omisiones, quehaceres, intercambios y aspiraciones de los ciudadanos, grupos sociales y comunidades que luchan por sus derechos y edifican de forma incesante su vida en común. La democracia implica una forma de concebir al ser humano y garantizar los derechos individuales. En consecuencia, ella contiene un conjunto de principios, reglas e instituciones que organizan las relaciones sociales, los procedimientos para elegir gobiernos y los mecanismos para controlar su ejercicio”³⁵.

³⁵ Informe *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Programa para las Naciones Unidas para el desarrollo, Alfaguara, Buenos Aires, 2004, p. 53.

En el ámbito de esa democracia se instala la sociedad que debe ser partícipe de esos valores democráticos, entre los que se destacan, desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto. Para LEFORT este tipo de sociedad es aquella que “se adapta a una sociedad diferenciada y conflictiva que permite las condiciones de una competencia pacífica entre los grupos pretendiendo el ejercicio del poder”³⁶.

La expresión “sociedad” se define como un conjunto de personas que buscan un fin general o particular. Su examen en cuanto al derecho público ha sido producto de múltiples tesis que oponen o yuxtaponen la sociedad con el Estado. Estas tesis³⁷ no plantean la posibilidad de entender que más allá de establecer la relación entre el Estado y la sociedad como fusional o separatista, debe articularse un diálogo entre ese Estado como elemento jurídico esencial y la sociedad, componente del Estado en sus variantes de nació y de población. Para contrarrestar estas posturas teóricas, la forma de establecer el diálogo entre la sociedad y el Estado, se da a través de la democracia, cuya existencia depende de su aceptación dentro del Estado, lo que de suyo hace que este se le atribuya el carácter de Estado de derecho.

En cuanto a la democracia, esta debe desarrollarse en un sentido formalista o instrumental y sistémica. A esto debe agregarse la condición sociológica agregada por la Corte EDH y Corte IDH, en la cual se indica que la sociedad democrática para existir debe poseer el pluralismo la tolerancia y el espíritu abierto³⁸. De forma categórica, la Corte EDH señaló que “la notion de société démocratique [...] domine la Convention toute entière”³⁹.

En cuanto al primer tipo de democracia debe indicarse que su preocupación radica sobre los aspectos jurídicos y formales de la democracia. Su objetivo no es otro que sobrevalorar los procedimientos formales de elección, sin tomar en cuenta los aspectos metademocráticos que se superponen al simple mecanismo ciudadano de depositar un sufragio en las urnas durante un período electoral. Es lo que el Programa de Naciones Unidas para el desarrollo ha denominado “*democracia electoral*”⁴⁰. En ese camino se encuentra el estudio de PACTET y MELIN-SOUCRAMANIEN, quienes

³⁶ LEFORT (1990), p. 8.

³⁷ Véase ANDRIANTSIMBAZOVINA (2004), pp. 57-78.

³⁸ TEDH, caso “*Handyside c. Royaume-Uni*”, sentencia de 7 de diciembre 1976, párr. 49.

³⁹ TEDH, caso “*Lingens c. Autriche*”, sentencia de 8 julio 1986 párr. 42.

⁴⁰ Informe *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos* (2004), p. 54.

limitan la democracia a una regla formal cuyos componentes son el pluralismo y el principio de las mayorías (PACTET y MELIN-SOUCRAMANIEN 2008, pp. 84-85). Esta forma de la democracia es protegida a través del art. 3 del protocolo 1 de la CEDH, como en el art. 23 de la CADH.

La segunda, por su parte, plantea un concienzudo análisis de la democracia desde el punto de vista material, es decir, no solo sus mecanismos de funcionamiento, sino su concretización práctica. Esta forma de entender la democracia, ha sido respaldada por los profesores Jurgen HABERMAS, Bjarne MELVEVIK y Pierre ROSANVALLON, quienes coinciden en sus reflexiones sobre la democracia, ubicándose en la postura sistémica del democracia. Para el primero, el proceso democrático implica que los ciudadanos participen de forma activa en la elaboración de las normas sociales, constituyéndose en autores racionales de esas normas, es decir, cuando el procedimiento de creación de las normas reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa (GARCÍA AMADO 1997, p. 19). MELVEVIK considera la democracia como el lugar en donde nos afirmamos recíprocamente como autores de nuestros derechos y, sobre todo, donde realizamos democráticamente el proyecto de un “*nosotros jurídico*” (MELVEVIK 2006, p. 121). Por último, ROSANVALLON considera que la democracia no debe limitarse a la verificación de un procedimiento formal eleccionario; por el contrario, considera que para que la democracia sea integral debe existir una democracia de la apropiación en la cual se distinguen dos aspectos: (i) una política ciudadana de la desconfianza que contrasta con la confianza propia del ejercicio electoral y permite la construcción de una sociedad civil que controle el ejercicio del poder, y (ii) el funcionamiento de los organismos de democracia indirecta, tales como las Cortes Constitucionales, autoridades independientes de regulación, entre otras (ROSANVALLON 2008, pp. 347-350).

Desde la teoría del derecho, KELSEN indicó que la democracia no era posible concebirla sin la existencia de la libertad y la igualdad, para el jurista alemán “las teorías de extrema derecho o marxista no pueden ser consideradas como democráticas” (KELSEN 1988, pp. 16 y ss). Esta postura explica muy bien cómo dentro del campo de los derechos humanos es imprescindible la democracia y cómo factores intrínsecos de la misma, como la libertad o la igualdad, coinciden con la arquitectura teórica de los derechos humanos. Por su parte, LOEWENSTEIN acuñó la expresión “democracia constitucional” indicando que esta “depende de la existencia o carencia de las instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por

medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder” (LOEWENSTEIN 1964, p. 149).

Desde el derecho internacional de los derechos humanos que permite su variante sociológica, Veronique FABRE-ALIBERT indica que la sociedad democrática ha sido entendida como un conjunto de tres elementos esenciales: pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto (FABRE-ALIBERT 1998, pp. 465-496)⁴¹. El primero es definido por la autora como aquel que: “(...) supone que sean tomados en cuenta las diferentes tendencias y corrientes de ideas en una sociedad políticamente dada”. Para la profesora CASSENOVE “la idea de pluralismo gobierna la estructuración del orden jurídico europeo de los derechos humanos. El orden jurídico europeo es en efecto un orden plural que permite la singularidad de ordenes estatales” (CASSENOVE 1994, p. 338). Estas posturas se respaldan con algunas decisiones de la Corte EDH que diversifican ese pluralismo al plano educativo, religioso, sindical, electoral, sexual, es decir, el espacio de acción en una sociedad en el cual no solamente deben respetarse el derecho de las mayorías, sino el de las minorías.

El segundo elemento FABRE-ALIBERT lo define como “la línea de conducta que consiste en dejar vivir a otra persona conforma a los principios, a los cuales uno no adhiere” (FABRE-ALIBERT 1998, p. 494). Esta definición de tolerancia se articula con la pluralidad, permitiendo que dentro del universalismo de los derechos consagrados en las convenciones regionales sobre derechos humanos se permita la posibilidad de explicar las voces disonantes que existen, respetando las limitaciones intrínsecas y extrínsecas en el margen nacional de apreciación. La tercera condición para la existencia de la sociedad democrática es el espíritu abierto, es decir, la actitud de aceptación que debe existir en una sociedad democrática. Para la Corte EDH el espíritu abierto es otro elemento principal dentro de la democracia, categoría que reafirma las posturas liberales que deben existir en la Corte EDH, son caer en ningún tipo de fundamentalismo ideológico o religioso.

Las decisiones de las Cortes regionales de derechos humanos, al mismo tiempo no solo observan las medidas y las confrontan con la existencia de una sociedad democrática, sino que las decisiones judiciales son en sí mismas democráticas, teniendo en cuenta que la acción judicial internacional deviene de la voluntad estatal de firmar y ratificar los convenios respectivos, reconociendo voluntariamente las competencias de la Cortes regiona-

⁴¹ La Corte EDH consideró “[...] qu’il n’y a pas de démocratie sans pluralisme”. Véase *Caso Parti communiste unifié de Turquie c. Turquía*, 30 de enero de 1998, p. 43.

les. Esta acción descarta el llamado “*gobierno de jueces*”⁴² dentro del ámbito internacional.

En síntesis, las Cortes regionales de derechos humanos y la doctrina especializada han entendido la democracia como una elaboración sistémica que comporta aspectos formales y materiales. Esto quiere decir que “las elecciones libres no son por ellas mismas insuficientes y, por ende, no garantizan per se los derechos humanos” (VAN BOVEN 1990, p. 127), sino que es necesario que exista una democracia material en la cual el pluralismo y la tolerancia sean la regla y no la excepción. En sus preámbulos, tanto de la CEDH⁴³ como la CADH⁴⁴, se exige la existencia de la democracia como elemento esencial para pertenecer a los sistemas de protección de los derechos humanos. En ella los “sistemas regionales encuentran el fundamento de su existencia en el marco de la organización democrática” (GROSS ESPIELL 1998, p. 441). La democracia es entendida, entonces, como el espacio en el cual se respeta el pluralismo, la tolerancia de las personas, se acatan los derechos humanos, se desarrollan las relaciones de confianza con sus instituciones y se entiende la participación y “*la libre discusión*”⁴⁵, como factor esencial de legitimidad. Sin ella, los Estados no tendrían un margen nacional de apreciación conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como se explicó a lo largo del artículo, la doctrina del margen nacional de apreciación se constituye en un criterio hermenéutico utilizado por parte de los tribunales regionales de derechos humanos con el fin de interpretar y aplicar las Convenciones americana y europea sobre derechos

⁴² Sobre este punto véase TROPER (2004), pp. 1571-1586.

⁴³ En el preámbulo de la CEDH se lee: “Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte en un régimen político verdaderamente democrático, y de otra, en una concepción y un respeto comunes a los derechos humanos de los cuales dependen”.

⁴⁴ En el preámbulo de la CADH se lee: “Consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. CADH de 22 de noviembre de 1969. Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm> [fecha de consulta: 31 de enero de 2011].

⁴⁵ Véase WACHMANN (1998), p. 166.

humanos. Su existencia permite un poder de deferencia de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal o, como señala el profesor NÚÑEZ POBLETE, existe un caso de difícil solución⁴⁶.

Esta doctrina ha permitido entender y abordar la falta de consenso entre los Estados parte de los tratados de derechos humanos, especialmente en el caso europeo. Empero, la ausencia de consenso entre los Estados sobre temas sensibles en derechos humanos, ha llevado a que el TEDH y la Corte IDH justifiquen una imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos y procedan al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales. Sin embargo, como queda evidenciado en el presente artículo, ese poder de deferencia tiene como condición esencial la existencia de un Estado de Derecho y la constatación de una sociedad democrática a través de sus componentes: el pluralismo, tolerancia y el espíritu abierto. Estas dos condiciones deben ensamblarse con el principio de que los Estados deben respetar los límites impuestos por la CEDH y la CADH y los criterios desarrollados por la jurisprudencia de las Cortes Regionales, so pena de perder su capacidad de determinación y alcance de los derechos humanos en su territorio.

Bibliografía

A) Doctrina

ALEXY, Robert (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

ÁLVAREZ, Alejandro (1910), *Le droit International américain*, Pedone, Paris.

ALVARADO GARAICOA, Teodoro (1951), *Sinopsis del derecho territorial Ecuatoriano*, Quito.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël (2004), "L'Etat et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme", en COHEN-JONATHAN, Gérard, *Libertés, justice, tolerance. Melanges en hommage au doyen Gerard Cohen-Jonathan*, vol. I, Edit. Bruylant, Bruxelles, pp. 57-78.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël; GAUDIN, Hélène; MARGUÉNAUD, Jean-Pierre; RIALS, Stéphane; SUDRE, Frédéric (2008), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Edit. PUF, Paris.

ANDERSON, Benedict (1997), *Comunidades Imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, Fondo de Cultura Económica, México.

⁴⁶ Ver NÚÑEZ POBLETE.

- ARAI, Yutaka et al. (2007), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 5^a ed., Intersentia, Oxford.
- ARANGO, Rodolfo (2004), *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ARCINIEGAS, Germán (2004), *El continente de siete colores*, Edit. Taurus, Bogotá.
- BARBOSA DELGADO, Francisco (2002), *Litigio Interamericano. Perspectiva jurídica del sistema de protección de Derechos Humanos*, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá.
- BARBOSA DELGADO, Francisco; BOHÓRQUEZ, Juan; y FONNEGRA, Clara (2004), *Ética Pública: Cómo promover una cultura de legalidad. Manual para funcionarios capacitadores y facilitadores comunitarios*, Conciencia, Bogotá.
- BARBOSA DELGADO, Francisco (2007), *Justicia: rupturas y continuidades. El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-nación en Colombia, 1821-1853*, Editorial Universidad Javeriana, Bogotá.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica (2009), “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis* 15/1, Talca, pp. 295-310.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2005), *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- BOBBIO, Norberto (2003), *Teoría General de la Política*, Editorial Trotta, Madrid.
- BRAUD, Philippe (2008), *Sociologie Politique*, 9^a ed., L.G.D.J.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya (2008), *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme*, Edit. Bruylant, Bruxelles.
- CALLEWAERT, Johan (2000), “La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme: la dimension substantielle”, en VERDUSSEN (ed.), *L'Europe de la subsidiarité*, Edit. Bruylant, Bruxelles, pp. 13-61.
- CASENOVE, Emmanuelle (1994), *Ordre juridique et démocratie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse pour le Doctorat de l'Université de Paris II.
- CHECA DROUET, Benigno (1936), *La doctrina americana del uti possidetis de 1810*, Edit. Gil, Lima.
- CICERÓN (1848), “República”, trad. de Antonio Pérez García, Imprenta de Repulles, Madrid.
- COHEN-JONATHAN, Gérard (2005), “Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'Homme”, en MAHONEY, Paul et al. (Ed.), *Protection des droits de l'Homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Robv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Bonn, pp. 245-263.
- COUFFIGNAL, Georges (1992), *Réinventer la démocratie. Le défi latino-américain*, Presse de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris.
- DAHL, Robert (1998), *On democracy*, Yale University Press, London.
- DECAUX, Emmanuel (1998), “Crise de l'Etat de droit, droit de l'État de crise”, en *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Edit. Bruylant, Bruxelles, pp. 267-288.
- DELMAS-MARTY, Mireille e IZORCHE, Marie-Laure (2001), “Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste”, *Revue de droit de Mc Gill* núm. 46, pp. 923-954.
- DUFFY, Peter (1996), “Note on Article 15 of the European Convention on Human Rights”, en PRÉMONT, Daniel et al. (Eds.), *Droits intangibles et états d'exception. Non-derogable rights and states of emergency*, Edit. Bruylant, Bruxelles, pp. 203-211.

- EISEMANN, Pierre Michel et al. (2003), *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Pedone, Paris.
- ELIAS, José Sebastián y RIVERA, Julio Cesar, “La Doctrina del margen nacional de apreciación nacional en el caso Argentino”.
- FABRE-ALIBERT, Véronique (1998), “La notion de ‘société démocratique’ dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, núm. 35, pp. 464-496.
- FIALAIRE, Jacques y MONDIELLI, Eric (2005), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Edit. Ellipses, Paris.
- FENET, Alain (2002), *Le droit et les minorités. Analyses et textes*, Schulte-Tenckhoff, Paris.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1997), *Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- GARCÍA ROCA, Javier (2010), *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid.
- GAUCHET, Marcel (2007), *La révolution moderne*, Éditions Gallimard, Paris.
- GELLNER, Ernest (1994), *Naciones y nacionalismo*, Alianza Editorial, Madrid.
- GICQUEL, Jean y GICQUEL, Jean-Éric (2008), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22ª ed., Montchrestien, Paris.
- GIUSTI, Miguel (2007), “Las críticas culturalistas de los derechos humanos”, en GIUSTI, Miguel y CORTÉS, Francisco (eds.), *Justicia Global, derechos humanos y responsabilidad*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, pp. 293-307.
- GROS ESPIELL, Héctor (1998), “La Commission et la Cour interaméricaines des droits de l’Homme. Situation actuelle et perspectives d’avenir”, en PETTITI, Louis, *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Edit. Bruylant, Bruxelles, pp. 437-448.
- HENNEBEL, Ludovic (2007), *La Convention américaine des droits de l’homme: Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Edit. Bruylant, Bruxelles.
- JAFFRELOT, Christophe (2000), “Comment expliquer la démocratie hors d’Occident?”, en JAFFRELOT (ed.), *Démocraties d’ailleurs*, Karthala, Paris, pp. 5-57.
- KASTANAS, Elias (1996), *Unité et diversité: notions autonomes et marge d’appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Edit. Bruylant, Bruxelles.
- KAUFMANN, Arthur (2002), *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- KELSEN, Hans (1999), *Théorie pure du Droit*, Edit. Bruylant, Bruxelles.
- KELSEN, Hans (1988), *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Economica, Paris.
- LE MIRE, Pierre (1995), “Article 17”, en PETTITI, DECAUX e IMBERT (Dir.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, pp. 509-522.
- LEFORT, Claude (1981), *L’invention démocratique: Les limites de la domination totalitaire*, Edit. Fayard, Paris.
- LEFORT, Claude (1990), “¿Renaissance de la démocratie?”, *Pouvoirs: revue française d’études constitutionnelles et politiques*, núm. 52, pp. 5-22.
- LOEWENSTEIN, Karl (1964), *Teoría de la Constitución*, Edit. Ariel, Barcelona.

- MACHIAVEL, Nicolas (1962), *Le prince*, Union Générale d'Éditions, Paris.
- MALWÉ, Claire (2009), "La protection du droit de propriété par la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme", *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 78/2009, pp. 569-605. Disponible en www.rtdh.eu
- MAHONEY, Paul (1990), "Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin", *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núm. 1-2, pp. 57-88.
- MANENT, Pierre (1993), *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Edit. Fayard, Paris.
- MARGUÉNAUD, Jean (2002), *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 2^a ed., Edit. Dalloz, Paris.
- MELVEVIK, Bjarne (2006), *Rawls o Habermaws. Un debate de Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, París.
- MUZNY, Petr (2005), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, tomos I y II, Presses Universitaires D'Aix-Marseille.
- NICOLAU, Gilda (2008), "Minorités et peuples autochtones", en ANDRIANTSIMBAZOVINA et al., *Dictionnaire des droits de l'homme*, Edit. PUF, Paris.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, "Sobre la doctrina del margen nacional de apreciación. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos", Grupo de trabajo sobre Derechos Humanos, Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional.
- OLINDA, Alain-Didier y PICHERAL, Caroline (1995), "La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue Trimestrielle de Droits de l'Homme* núm. 24, pp. 567-604.
- PACTET, Pierre y MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand (2008), *Droit Constitutionnel*, 27^a ed., Edit. Dalloz, Paris.
- PINHEIRO FARINHA, João de Deus, (1990), "L'article 15 de la Convention", en MATSCHER y PETZOLD (Eds.), *Protecting Human Rights: the European dimension. Studies in honour of Gerard J. Wiarda*, Carl Heymans Verlag KG, pp. 521-529.
- POPPER, Karl (1976), *La société ouverte*, Edit. Seuil, Paris.
- RAJAGOPAL, Blakrishnan (2005), *El Derecho internacional visto desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, ILSA, Bogotá.
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo (2009), *Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación*, Universidad Externado, Bogotá.
- REMIRO BROTONS, Antonio; RIQUELME, Rosa; DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis y ORIHUELA, Esperanza (1997), *Derecho Internacional*, Edit. Mc Graw-Hill, Madrid.
- RENAN, Ernest (1991), *Qu'est-ce qu'une nation?*, Edit. Pierre Bordas et fils, Paris.
- RENUCCI, Jean-François (2007), *Traité de Droit européen de Droits de l'homme*, Edit. LGDJ.
- RAWLS, John (1997), *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- ROSANVALLON, Pierre (2008), *La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité*, Edit. Seuil, Paris.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (2004), *Du contrat social*, Nathan, Paris.

- SALVADOR CRESPO, Iñigo “El Ecuador y la doctrina del margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.
- SCHMITT, Carl (2000), *La dictature*, Edit. Seuil, Paris.
- SUDRE, Frédéric et al. (2009), *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, 5ª ed., Edit. PUF, Paris.
- TARROW, Sidney (2004), *El poder en movimiento: los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Alianza Editorial, Madrid.
- TAVERNIER, Paul (2008), “Quelques réflexions sur la protection des minorités par la Cour européenne des droits de l’homme”, *Un droit pour des Hommes libres: Études en l’honneur du professeur Alain Fenet*, Edit. Litec, Paris, pp. 253-261.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (2008), *De la démocratie en Amérique*, Edit. Flammarion, Paris.
- TOUCHARD, Jean (2006), *Histoire des idées politiques*, tomo I, Edit. PUF, Paris.
- TOURAINÉ, Alain (1994), *Qu’est-ce que la démocratie?*, Edit. Fayard, Paris.
- TIGROUDJA, Hélène y PANOUSSIS, Ioannis (2003), *La Cour interaméricaine des droits de l’homme: Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Edit. Bruylant, Bruxelles.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO (2002), *Summa Teológica*, Edit. Espasa Calpe.
- TROPER, Michel (2004), “Le pouvoir judiciaire et la démocratie”, en COHEN-JONATHAN, Gérard, *Libertés, justice, tolerance. Melanges en hommage au doyen Gerard Cohen-Jonathan*, vol. II, Edit. Bruylant, Bruxelles, 1571-1586.
- VAN DROOGHENBROECK, Sébastien (2001), *La proportionalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Edit. Bruylant, Bruxelles.
- VAN BOVEN, Théo (1990), *Démocratie, Droits de l’Homme et Solidarité dans “Démocratie et droits de l’homme”*, Strasbourg, Editions N.P. Engel.
- WACHSMANN, Patrick (1998), “Participation, communication, pluralisme”, en *Le droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique?*, AJDA, núm. especial, pp. 165 y ss.
- YEPES, Jesús María (1936), *Le Panaméricanisme (au point de vue historique, juridique et politique)*, Les éditions internationales, Paris.
- YEPES, Jesús María (1955), *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954*, Academia Nacional de Historia Venezolana, Caracas.

B) *Jurisprudencia*

1. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH, Informe N° 30/93, caso N° 18.804, *José Efraín Montt c. Guatemala*, 12 de octubre de 1993.

2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

a) Contenciosa

Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004.

Corte IDH, *Caso Ricardo Canese c. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004

Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005

Corte IDH, *Caso López Álvarez c. Honduras*, sentencia del 1 de febrero de 2006

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006

Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007.

Corte IDH, *Caso Kimel c. Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008.

Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") c. Venezuela*, sentencia del 5 de agosto de 2008.

Corte IDH, *Caso Castañeda Guzmán c. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008.

Corte IDH, *Caso Perozo y otros c. Venezuela*, (sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparación), 28 de enero de 2009.

b) Opiniones consultivas

Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Corte IDH, *Opinión Consultiva N° 6 "Expresión leyes del art. 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos"*, 9 de mayo de 1986, párr. 35.

Corte IDH, *Opinión separada del juez Rodolfo Piza Escalante, Corte IDH "Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta"*. Artículos 14.1, 1.1 y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-7/86 del 29 del agosto de 1986.

Corte IDH, *Opinión consultiva N° 18, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados"*, opinión consultiva OC-18/03 del 17 septiembre 2003.

3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH, *Caso Lawness c. Irlanda*, sentencia del 15 de noviembre de 1960.

TEDH, *Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica*, sentencia del 23 de julio de 1968.

TEDH, *Caso De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica*, sentencia del 10 de marzo de 1972.

TEDH, *Caso Irlanda c. Reino Unido*, sentencia del 25 de enero de 1976.

TEDH, *Caso Handyside c. Reino Unido*, sentencia del 7 de diciembre de 1976

TEDH, *Caso Sunday Times c. Reino Unido*, sentencia del 29 de abril de 1979

TEDH, *Caso Lingens c. Austria*, sentencia del 8 de julio de 1986

TEDH, *Caso Kokinnakis c. Grecia*, sentencia del 25 de mayo de 1993

TEDH, *Caso National and Provincial Building Society y otros c. Reino Unido*, 23 de octubre de 1997.

TEDH, *Caso Partido comunista unificado de Turquía c. Turquía*, 30 de enero de 1998.

TEDH, *Caso Karatas c. Turquía*, sentencia del 8 de julio de 1999.

TEDH, *Caso Chapman c. Royaume Uni*, sentencia del 18 de enero de 2001.

TEDH, *Caso Karaboc y otros c. Turquía*, sentencia del 15 octubre 2002.

TEDH, *Caso Natchova et autres c. Bulgarie*, sentencia del 6 de julio de 2005.

TEDH, *Caso Ulusoy et al. c. Turquía*, sentencia del 3 de mayo de 2007.

TEDH, *Caso Stoica c. Roumanie*, sentencia del 4 de marzo de 2008.

TEDH, *Caso Muñoz Díaz c. España*, sentencia del 17 de noviembre de 2009.

4. Informes y documentos internacionales

The Limburg principles of the implementation of the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1968), UN Document, 2 October, 2000.

Informe *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Programa para las Naciones Unidas para el desarrollo, Alfaguara, Buenos Aires, 2004.

KEY WORDS: National margin of appreciation, democratic society, Rule of law, human rights.

ABSTRACT: The national margin of appreciation has become a hermeneutic approach of regional human rights courts in interpreting and applying them. For this reason, this article will seek to demonstrate how the rule of law and democracy society are necessary for the existence of national margin of appreciation, as a doctrine that has its basis in national law and whose derivation led to the regional human rights courts to seek their implementation.

Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre *common law* y Derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional¹

MICHAEL BOHLANDER

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunos ejemplos. III. ¿Lost in translation? El caso del Derecho alemán. IV. Radbruch resucitado. V. Algunas ideas heréticas. VI. El problema adicional de las fuentes del Derecho internacional. VII. Conclusión: ¿queda algo aparte de lamentarse? VIII. Bibliografía.

Palabras clave

Derecho continental; Derecho anglosajón-common law; justicia penal internacional; Derecho y lingüística; Radbruch.

Resumen

La justicia penal internacional está en gran medida basada en la extrapolación de la investigación jurídico-penal relativa a los sistemas nacionales. La dificultad de llegar a un denominador común se ve exacerbada por la dicotomía sistemática de los llamados modelos del “common law” y del Derecho continental, que a su vez se ven ahora acompañados por un tercer aspirante: el Derecho internacional público. Cada uno de ellos tiene sus propios métodos para aproximarse a la tarea de resolver

¹ Título inglés original: «Radbruch Redux: The Need for Revisiting the Conversation between Common and Civil Law at Root Level at the Example of International Criminal Justice», *Leiden Journal of International Law*, 24, (2), pp. 393 a 410. Copyright © Foundation of the Leiden Journal of International Law 2011, publicado por Cambridge University Press. Traducción, con permiso de la editorial, por Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

problemas jurídicos. Este trabajo pone en cuestión el diálogo entre modelos que ha tenido lugar hasta el momento y formula la interrogante de si es necesario llevar a cabo esta discusión en un plano mucho más básico del que parece haber existido hasta ahora. Ello se hace tomando como ejemplo la relación entre el Derecho alemán y el Derecho inglés y galés, pero los planteamientos y las conclusiones formulados merecen ser tenidos en cuenta para el debate entre los sistemas en su conjunto.

[Los ingleses] aborrecen el pensamiento abstracto, no sienten ninguna necesidad de una filosofía o 'visión del mundo' sistemática. Esto no es debido a que sean 'prácticos', como les gusta tanto reivindicar. Sólo hay que observar sus técnicas urbanísticas y de suministro de agua potable, su obstinada adhesión a todo lo que esté obsoleto y sea una molestia, un sistema ortográfico inaccesible a todo análisis, y un sistema de pesos y medidas que sólo resulta comprensible para los editores de libros de aritmética, para ver lo poco que les importa la eficacia. Sin embargo, tienen cierta habilidad para actuar sin pensar.

George Orwell, *The Lion and the Unicorn* (1940)

Deutsch sein heißt, eine Sache um ihrer selbst willen zu tun².

Richard Wagner

Mon expérience est que souvent le droit comparé est utilisé pour confirmer une solution que l'on avait déjà trouvée³.

Antonio Cassese, en Mireille Delmas-Marty/Antonio Cassese (ed.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, 2002, p. 140.

I. INTRODUCCIÓN

En cuanto fenómeno jurídico, la justicia penal internacional es una adición⁴ relativamente reciente a los mecanismos de reacción frente al delito —cosa que no puede decirse de los delitos de los que se ocupa. La idea de

² “Ser alemán significa hacer una cosa por ella misma” [N. del T.].

³ “Mi experiencia es que con frecuencia el Derecho comparado es utilizado para confirmar una solución que ya se había hallado” [N. del T.].

⁴ Cfr. sobre los problemas generales que ello significa para el funcionamiento de los tribunales desde el punto de vista del establecimiento de un procedimiento híbrido, recientemente, SKILBECK, «Frankenstein's Monster: Creating a New International Procedure», *JICJ*, (8), 2010, pp. 451 y ss.

justicia en el contexto penal se ha desarrollado, a lo largo de prolongados períodos de tiempo, de modo diferente en diferentes culturas.

Lo que puede parecer una parte no negociable dentro de un sistema puede ser una cuestión inexistente en otro. El fomento de la comprensión entre las culturas es en primer lugar y antes de nada una cuestión de lenguaje en un sentido más profundo y rico. Mientras no se preste la necesaria atención a la influencia de lengua y cultura en el pensamiento y la *praxis* científicos en cuanto determinantes principales del diálogo científico o académico, seguirá habiendo un hiato entre las diferentes culturas jurídicas, por muy buenas que sean las intenciones de los intervinientes en cualquier diálogo de comparación. En ningún punto ese hiato de comprensión mutua es tan grande, y las divergencias tan notables, como entre los así llamados sistemas jurídicos anglosajón (*common law*) y continental (*civil law*). El autor de este trabajo es un juez alemán que ha pasado al ámbito académico y enseña Derecho penal inglés, comparado e internacional en una Universidad en el Reino Unido; este texto es un primer paso en una investigación y está basado en sus experiencias en el diálogo particular entre la versión inglesa del *common law* y el sistema alemán; como es natural, sin embargo, la materia deberá ser estudiada en un ámbito mucho más extenso, incluyendo otros ordenamientos fundamentales del *common law*, como el de los Estados Unidos, por ejemplo.

El Derecho alemán es uno de los ordenamientos continentales que resultan menos comprendidos por parte de los juristas ingleses, quienes en su mayoría miran hacia Francia cuando establecen una comparación con sistemas continentales. En la mayoría de las ocasiones, esta comparación se centra en cuestiones de procedimiento más que en los principios del Derecho sustantivo. Partiendo de la base de que el proceso de armonización jurídica dentro de la Unión Europea también se ha extendido al Derecho penal, y que la comprensión mutua deberá adquirir incluso mayor importancia si queremos avanzar en la vía del reconocimiento mutuo como nuevo principio rector de la cooperación después del Tratado de Lisboa, podría decirse que ya es hora de que la comunidad jurídica del *common law* disponga de instrumentos adecuados para poder comprender el Derecho penal continental más allá de las meras cuestiones de política y de las compilaciones generalistas, y, avanzando hacia lo importante, para poder conocer la epistemología que está en su base. Mirjan DAMASKA ha descrito el problema mediante la siguiente conocida argumentación:

“A los legos les desagrada quedar vinculados por criterios técnicos, no sólo porque no siempre los entienden, sino también porque tales criterios podrían imponer soluciones que entren en conflicto con sus ideas acerca de cuál es la solución ade-

cuada al caso —ideas que probablemente hayan sido generadas por sentimientos relativos a la justicia material. En caso de que a pesar de ello haya presiones externas que impongan cierto grado de legalismo en las estructuras de coordinación, la proximidad de estas estructuras con un legalismo pragmático será mucho mayor que con un legalismo lógico. Esto es así porque tanto el técnico que utiliza una persuasión pragmática como el lego vinculado a la justicia material demandan una atención cuidadosa a las cuestiones concretas. Para ambos, *le bon Dieu est dans le détail*. Por otra parte, el tipo de regulación que resulta convincente para un jurista lógico resulta ajeno a los legos.

Esta clase de regulación implica insensibilidad hacia la singularidad del drama humano, y su capacidad para asegurar una toma de decisiones con base en determinados principios no impresiona a los legos. Es probable que prefieran una cálida confusión a una fría consistencia.⁵

Así, por ejemplo, el Derecho procesal penal alemán aborda muchos de los problemas del Derecho procesal de una manera muy diferente a lo que se hace en la familia jurídica anglosajona en países como en el Reino Unido, los EE.UU., Canadá, Nueva Zelanda, Australia, etc. También difiere de modo notable de aquel sistema que suele usarse con mayor frecuencia en la bibliografía anglosajona como término de comparación de Derecho continental, esto es, el Derecho francés. El Derecho penal alemán constituye un modelo de procedimiento basado en un código y llamado “inquisitivo” (aunque mejor sería denominarlo “dirigido por el juez”). La influencia de las publicaciones académicas sobre su desarrollo ha sido muy superior que en el *common law*, como observó correctamente George FLETCHER al someter a análisis la tarea de construir una terminología en inglés (o en otras lenguas) que describa y represente adecuadamente el modelo alemán dominante, generalmente aceptado, de la estructura tripartita⁶ de las infracciones penales: “No ha sido fácil completar esta tarea en inglés, en gran medida, porque los académicos carecen de la clase de autoridad de la que disfrutaban en muchas culturas de Europa occidental y del lejano Oriente”⁷.

Si nos detenemos en este punto —la definición de delito, y el nivel de diferenciación conceptual implícito—, el concepto dualista inglés, por ejemplo, puede ser sintetizado en la conocida ecuación memorizada por todo estudiante de Derecho de primer curso: “Delito = (*actus reus* + *mens rea*) – defensas”. Esto, naturalmente, implica la cuestión de dónde han de restarse las defensas y lo que ello significa para la responsabilidad del in-

⁵ DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority*, 1986, p. 28.

⁶ Vid., BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, 2009, p. 16.

⁷ FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, v. 1, 2007, p. 145.

fractor, por ejemplo, en el contexto de una participación secundaria en la que uno de los sujetos puede tener una defensa de *mens rea*, pero no su cómplice, etc. ¿La enfermedad mental realmente es una cuestión de *mens rea*, o pertenece a una categoría diferente referida a un contexto personal, subjetivo, relacionado con el estado mental que merecería una clasificación separada? En los apartados que siguen, en primer lugar, se intentará poner en claro estas cuestiones sobre todo con base en el ejemplo de una de las principales jurisdicciones continentales, la alemana, para continuar con una consideración acerca de la creciente complejidad de la materia en el campo del Derecho penal internacional. Por la propia naturaleza de la cuestión, aquí sólo podrá ofrecerse una mera instantánea de la amplia panoplia de sistemas jurídicos en el continente europeo y en otros lugares, pero debería bastar para iluminar alguno de los elementos destacados en el debate sobre *common law* y Derecho continental que posiblemente hayan sido dejado fuera de consideración, especialmente, por los cultores de la justicia penal internacional durante demasiado tiempo, y que puede que precisen de ser abordados de raíz en futuras investigaciones.

Merece la pena mencionar como acotación al margen en este contexto, dirigido en primera línea al diálogo anglo-germano, que la atención tradicional sobre la dicotomía entre *common* y *civil law* ni siquiera se aproxima al nivel de diferencia sistémica que ambos sistemas presentan frente al pensamiento jurídico islámico. La Sharía islámica es una categoría diferente que no cuadra con facilidad en la división entre *common law* y Derecho continental. Se la deja de lado con frecuencia en la investigación de Derecho comparado, lo que resulta al menos cuestionable, ya que se la considera una fuente del Derecho divina o de inspiración divina, que demandaría obediencia en todas las esferas de la vida de más de mil quinientos millones de personas en este planeta. Ello, sin tener en cuenta el hecho de que la mayoría de los Estados islámicos no aplican una Sharía pura, sino cuentan con códigos que se apoyan en diferente grado en antiguos principios coloniales y en convicciones autóctonas, lo que podría ser un indicio de que, en realidad, no existe una práctica estatal en el sentido del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional (sobre esto volveremos más adelante). El modo de argumentación de la Sharía y las fuentes de razonamiento tal y como son aceptados por los estudiosos del Derecho y los juristas (clericales) más influyentes, especialmente en Derecho penal, recuerdan en alguna medida las deducciones escolásticas, en combinación con la doctrina del precedente, pero careciendo de lo que Wael B. HALLAQ llama “una sola categoría-paraguas equivalente en alcance y diferenciación”.

nes taxonómicas a la moderna noción de Derecho criminal o penal”⁸. La ausencia en la Sharía tradicional de cualquier Derecho penal escrito más allá de los pocos versos jurídicamente relevantes contenidos en el Corán y de las prácticas del Profeta la asemeja más bien a la tradición del *common law* de razonamiento inductivo. En tiempos más recientes⁹, muchos de los países islámicos en algún momento han estado bajo la influencia de poderes coloniales, y el Derecho moderno que emana del Estado¹⁰ con frecuencia proclama la Sharía como Derecho supremo del país, aunque no necesariamente en todo su alcance en el campo del Derecho penal¹¹. En todo caso, la Sharía tradicional necesariamente habrá de tener cierta influencia en el modo en el que los gobiernos islámicos adapten sus sistemas de justicia penal, pues el Islam tradicional en realidad no permite a un gobierno descuidar los preceptos divinos en ningún área de la vida pública¹².

II. ALGUNOS EJEMPLOS

Las diferencias en cultura jurídica e historia pueden ser drásticas. Cabe mencionar algunos ejemplos para clarificar este punto. El sistema alemán, por ejemplo, sufrió severos abusos en materia de derechos humanos desde los tiempos de los juicios contra brujas hasta la época nazi y los juicios políticos durante el régimen de la RDA —una experiencia que ha dejado profundas cicatrices en la conciencia colectiva alemana y ha influido poderosamente en el modo en el que la mayoría de los juristas alemanes piensan acerca de las garantías procesales para los acusados y respecto de

⁸ HALLAQ, *Shari'a: Theory, Practice, Transformations*, 2009, p. 308. Por supuesto, hay ahora muchos intentos de modernizar la jurisprudencia islámica desde parámetros islámicos, en oposición a su secularización o incluso occidentalización; *ibidem*, pp. 500 y ss.

⁹ Sobre el desarrollo del ordenamiento jurídico en Oriente Medio, vid., MALLAT, *Introduction to Middle Eastern Law*, 2009.

¹⁰ Cfr. sobre este fenómeno VIKOR, *Between God and the Sultan*, 2005, pp. 254 y ss., quien denomina a los esfuerzos de codificación “Sharía mediante Siyasa”, esto es, implementación de la Sharía mediante una codificación impulsada por el Estado. Sobre la situación en Paquistán, vid., WASTI, *The Application of Islamic Criminal Law in Pakistan: Sharia in Practice*, 2009.

¹¹ Vid., por ejemplo BELAL, *Principles of Egyptian Criminal Law: The General Part*, 2004/05.

¹² Vid., sobre los problemas implícitos creados por esta situación BOHLANDER/HEDAYATI-KAKHKI, «Criminal Justice under Shari'ah in the 21st Century: An Inter-Cultural View», *Arab Law Quarterly*, (23), 2009, p. 417, que también se ocupa de la perspectiva chií y del que se ha extraído una parte de lo acabado de exponer.

las libertades civiles en general¹³. El Reino Unido, por ejemplo, también ha tenido períodos oscuros, pero que ni siquiera se aproximan en gravedad a este respecto. ¿Esta diferencia ha tenido un impacto en cómo el inglés medio percibe el sistema de justicia de Inglaterra y Gales? ¿Se manifiesta en el modo en el que los ingleses, legos y profesionales, hablan sobre sus instituciones jurídicas? ¿Es el modo de hablar una expresión de una afinidad cultural más profunda respecto de determinados modelos de resolución de problemas en el ámbito de la justicia penal? Quizás la relativa tranquilidad con la que el Derecho del Reino Unido hace uso de una ubicua vigilancia por medio de circuitos cerrados de televisión, y de instrumentos jurídicos como la inversión de la carga de la prueba en detrimento del acusado, así como de las infracciones de responsabilidad objetiva (*strict liability*), por contraposición a la general condena, basada en principios, que cualquiera de estas aproximaciones recibiría en Alemania, esté relacionada con esa historia en materia de derechos humanos. En una primera consideración, esto puede parecer contraintuitivo, ya que, por ejemplo, Jeremy PAXMAN ha hecho uso del eslogan “conozco mis derechos” como una de las frases hechas que definen del modo más significativo la manera de ser inglés¹⁴, si bien el énfasis referido a diferentes intereses puede no ser compartido en Europa: para un alemán es casi inconcebible cómo se puede consentir en que haya cámaras de video en prácticamente todos los espacios públicos¹⁵, pero indignarse por la idea de tener que llevar un carnet de identidad —algo que los alemanes han hecho durante muchos años sin que se vislumbre la faz del Gran Hermano en el horizonte. Los alemanes han tenido tradicionalmente la reputación de ser un pueblo eficiente, aunque con mentalidad autoritaria, mecánico, metódico y servil, más interesados en un funcionamiento fluido y eficiente de las distintas pequeñas ruedas y dientes en la gran máquina que es el cuerpo político que en las ideas de justicia natural y derechos individuales. Que esta reputación choca con la impresionante historia de la filosofía moral y jurídica en Alemania, vincu-

¹³ Una actitud en la que en ocasiones son superados, incluso, por los españoles; cfr. BOHLANDER, «Case Comment on Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Judgements of 15 March 2005 (Case No. 336/2005) and 13 April 2005 (Case No. 463/2005)», *Journal of Criminal Law*, (70), 2006, p. 211.

¹⁴ PAXMAN, *The English: A Portrait of a People*, 1999, p. 133.

¹⁵ La réplica popular común frente a ello, en el sentido de que “no tengo nada que ocultar”, es extremadamente ingenua, ya que siempre es otra persona quien decide qué es lo que dentro de la conducta de una persona merece ser ocultado por ella, y, en consecuencia, merece la pena ser descubierto por otros.

lada a nombres como HEGEL, KANT O FEUERBACH, y su influencia sobre sistemas jurídicos en el mundo entero, es cuestión distinta.

Un segundo ejemplo es que Alemania no ha hecho uso de jurados desde 1924. Hay jueces legos en algunos tribunales, pero no existen tribunales compuestos exclusivamente por legos como las *magistrates' courts* inglesas; sin embargo, dependiendo del caso y de los requisitos para alcanzar la mayoría, los jueces legos pueden generar una mayoría de votos frente a los jueces profesionales en cuestiones de hecho y de Derecho, a diferencia de lo que sucede en la *Crown Court* en apelación en Inglaterra¹⁶. El procedimiento no es impulsado por las partes, sino dirigido por el juez, lo que implica una diferencia drástica en los papeles de acusación, defensa y juez. La propia posición del acusado en sí misma es en la práctica fundamentalmente diferente, en cuanto a que no es prácticamente un elemento de prueba, sino una parte plenamente dotada de igualdad: puede dirigirse al tribunal, presentar propuestas e interrogar a los testigos directamente, aunque sea representado por el letrado; no genera prueba cuando declara, no tiene obligación de autoincriminarse de ningún modo, y, en consecuencia, no puede cometer falso testimonio (el llamado famoso [e infame] “derecho a mentir”). La acusación puede apelar directamente las absoluciones, al igual que las sentencias demasiado indulgentes y las sentencias demasiado severas. No existe una regla que excluya los testimonios de referencia, etcétera.

Los supuestos de error de hecho —por utilizar otro ejemplo más— se denominan (de modo controvertido) defensas de “falta de prueba” en Derecho inglés: la expresión se funda en la incapacidad de la acusación de probar un elemento esencial de un delito. Es evidente que ésta es una terminología orientada hacia el proceso que se refiere a la situación del juicio oral. La doctrina alemana también trata estos escenarios como ausencia de un elemento necesario de una infracción, pero los describe en términos materiales, sustantivos y dogmáticos: un error de tipo no es una defensa basada en la falta de prueba por parte de la acusación en el plenario; se trata tan sólo de la ausencia de un elemento esencial referido a la persona, y, más específicamente, al estado mental del infractor como tal. Personalmente, tuve una experiencia similar en un congreso internacional cuando estaba explicando una cuestión relacionada con la falta de un elemento

¹⁶ Vid., al respecto BOHLANDER, «'Take it from me': The Role of the Judge and Lay Assessors in Deciding Questions of Law in Appeals to the Crown Court», *Journal of Criminal Law*, (69), 2005, p. 442.

del delito y un colega inglés dijo en la discusión que ésa sería una cuestión “acerca de la cual la acusación no tenía que presentar prueba alguna”. La distinción conceptual entre un elemento de una infracción y una defensa fue aprehendida sintéticamente en el plano internacional en la sentencia de apelación de 2001 en el caso *Celebici*, cuando los jueces se manifestaron —empleando claramente una epistemología procesal propia del *common law*— en relación con la cuestión acerca de si existía una defensa de responsabilidad atenuada en el Derecho del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

“Como se ha afirmado antes, tanto Landzo como la Cámara de Juicio parecen haber asumido la existencia de tal defensa en Derecho internacional sobre la base de la Regla 67(A)(ii).¹⁶ Esta subregla reza del siguiente modo:

En el momento en el que sea razonablemente posible, y, en todo caso, antes del comienzo del juicio oral:

[...] la defensa notificará al fiscal de su intención de presentar

(a) la defensa de coartada; [...]

(b) cualquier defensa especial, incluyendo la de atenuación o ausencia de responsabilidad mental; en tal caso, la notificación especificará los nombres y las direcciones de los testigos y cualquier otra prueba sobre la que el acusado pretenda apoyarse para establecer la defensa especial.

El tenor literal de la Regla no es afortunado.

Constituye un común abuso del término pretender describir una coartada como una ‘defensa’. Si un acusado presenta una coartada, está meramente negando que estuviera en condiciones de cometer el delito del que se le acusa. Esto no es de ningún modo una *defensa* en su verdadero significado. Planteando esa cuestión, el acusado no hace otra cosa que requerir de la acusación que elimine la posibilidad razonable de que la coartada sea cierta.

Por otro lado, si el acusado plantea la cuestión de la *falta* de capacidad mental, está poniendo en cuestión la presunción de salud mental a través de una alegación de incapacidad mental. Esto es una defensa en sentido estricto, en la que el acusado tiene la carga de su establecimiento —esto es, que es más probable que no que en el momento de la comisión de la infracción sufría de tal defecto de la razón, derivado de una enfermedad de la mente, hasta el punto de desconocer la naturaleza y significado de su acto, o, si la conocía, que no sabía que aquello que hacía era injusto.”¹⁷

Mientras que la conclusión alcanzada es sustancialmente¹⁸ la misma — esto es, la falta de *mens rea* u otro elemento del delito o concurrencia de una defensa—, el modo de describir el fenómeno es altamente significa-

¹⁶ *Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (aka ‘Pavo’), Hazim Delic and Esad Landzo (aka ‘Zenga’)*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, par. 580-582 (cursiva en el original).

¹⁸ Aunque no hasta alcanzar la carga de la prueba: el Derecho alemán, por ejemplo, no reconoce ninguna carga de la prueba invertida en perjuicio del acusado. Ello se consideraría una violación de la presunción de inocencia, infringiría la obligación

tivo respecto de las diferentes aproximaciones, en el plano lingüístico y cultural, al pensamiento y a la práctica jurídica. George FLETCHER tiene razón cuando constata que

“El particular cariño de la cultura jurídica angloamericana al concepto de ‘*fairness*’ deriva del énfasis puesto en el *common law* en las reglas procesales en cuanto valor en sí mismo, un valor que es merecedor de ser respetado más allá de la justicia del caso concreto. Nuestras nociones de *fairness* y juego limpio se alimentan en gran medida de las analogías respecto de los deportes y juegos de competición, que impregnan la lengua inglesa... basarse en una ética deportiva para diseñar las características de los juicios en materia criminal parecería a los juristas de otras partes del mundo una distorsión de la justicia...”¹⁹

Esta característica²⁰ del pensamiento del *common law* deriva en parte del sistema de jurados. La regla básica que guía la competencia del jurado es que las personas legas deberían decidir aquellas cuestiones respecto de las cuales personas razonables pueden disentir. Si unos jurados razonables no disentirían²¹, el juez debería dirigir el veredicto. En consecuencia, la razonabilidad se convierte en el estándar para demarcar el terreno en el que el conocimiento experto y el poder público llegan a su límite”²².

Esta perspectiva basada en el proceso respecto del modelo de juez y jurado en la epistemología del discurso sobre la justicia penal, y quizás el Derecho en general, también halla su reflejo en la terminología de los tribunales ingleses de apelación cuando han de referirse a errores de Derecho por parte del juez encargado del juicio oral, si el juez actuó sin jurado o tomó una decisión en la que no participó el jurado. En estos casos, con frecuencia se dice que el juez “se ha instruido erróneamente (*misdirected*)”, del mismo modo que se habría considerado que “instruyó erróneamente al jurado”, por ejemplo, al formular el resumen del caso²³. Un modo de hablar similar, basado en el modelo de juez y jurado, aparece en el lenguaje de la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso *Jelusic* (vid. *infra*). Un tribunal de Derecho continental se limitaría a constatar que el tribunal inferior *aplicó erróneamente* o *erró* en relación con el Derecho.

del tribunal de averiguar la verdad conforme al § 244.2 del Código de procedimiento penal, y, en última instancia, sería estimado inconstitucional.

¹⁹ FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, v. 1, 2007, p. 136.

²⁰ Esto es, el énfasis en la razonabilidad en cuanto concepto-guía.

²¹ Ello, por supuesto, plantea la cuestión de quién decide lo que pensaría un miembro razonable del jurado. ¿Será el juez, por ejemplo, cuando toma la decisión de no plantear el caso, denominada ‘moción de absolución’ en el plano internacional?

²² FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, v. 1, 2007, p. 141.

²³ Vid., recientemente *Attorney General’s Reference (No 120 of 2009)* & *R. v. Wright* [2010] All ER (D) 93 (Mar); *R. v. Castillo* [2010] EWCA Crim. 658; *R. v. Thomas and others* [2010] EWCA Crim. 148, par. 50.

III. ¿LOST IN TRANSLATION? EL CASO DEL DERECHO ALEMÁN

La situación es, sencillamente, que, por ejemplo, no hay en este momento disponible ni un solo trabajo sobre el proceso penal alemán en inglés, ni para el análisis material del Derecho, ni para el trasfondo lingüístico y metodológico²⁴. La obra estándar en este último campo fue y sigue siendo una breve monografía en lengua alemana del año 1947²⁵, *Der Geist des englischen Rechts*. La bibliografía académica más reciente —y, por ello, actualizada— sobre el sistema procesal alemán disponible en inglés consiste en el momento actual en capítulos de libro que presentan una visión de conjunto, más o menos breves, en tres colecciones comparativas²⁶, y un análisis comparado de un caso²⁷. El Ministerio federal alemán de Justicia ha publicado la quinta edición (2009) de una sinopsis estadística, a cargo de Jörg-Martin Jehle, en su página web²⁸. La página web canadiense jurídica de Lareau²⁹ tiene *links* hacia trabajos jurídico-penales alemanes, y muestra también la naturaleza fragmentaria, y, con frecuencia, antigua de la bibliografía disponible en lenguas extranjeras sobre el sistema alemán. Hay un número limitado de artículos y ensayos en revistas del Reino Unido, de los EE.UU. y otras revistas internacionales que contienen aspectos comparados relacionados con el Derecho penal inglés; como cabe deducir fácilmente de su relativa escasez y del número de páginas y naturaleza de los trabajos antes mencionados, sigue siendo notoria la falta de una exposición en profundidad, analíticamente coherente y de un bloque del sistema alemán, tanto para la parte jurídica como para la lingüístico-cultural.

²⁴ El autor se encuentra en el momento actual preparando una monografía sobre la materia para complementar su libro, publicado en 2009, sobre el Derecho material alemán [entretanto, se ha publicado —en 2012— la obra anunciada, *Principles of German Criminal Procedure*, N. del T.].

²⁵ RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, 1947, reimpresso en SCHOLLER (ed.), *Gustav Radbruch, Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz*, 2006, p. 44.

²⁶ VOGLER/HUBER (ed.), *Criminal Procedure in Europe*, 2008, p. 269; BRADLEY, *Criminal Procedure: A Worldwide Study*, 2006, p. 44; DELMAS-MARTY/SPENCER, *European Criminal Procedures*, 2006, p. 292.

²⁷ FLOYD/HERRMANN, *One Case, Two Systems: A Comparative View of American and German Criminal Justice Systems*, 2005.

²⁸ En: http://forum.bmj.de/files/-/960/Criminal%20Justice%20in%20Germany-Aflage%205_english.pdf

²⁹ En: www.lareau-law.ca/codification-Germany.html

Lo que hace falta es una presentación analítica, coherente y sistemática de la metodología académica y las aproximaciones de política judicial y legislativa al proceso penal en la cultura jurídica alemana, al igual que de su influencia lingüística y cultural en el pensamiento académico y en la práctica, para familiarizar a los juristas del *common law* con la metodología académica y judicial y la política de conjunto del pensamiento jurídico alemán en el campo del Derecho procesal penal, así como con el énfasis cultural en los principios y garantías generales del procedimiento y su configuración, además de extraer patrones del discurso sobre el Derecho en cuanto fenómeno cultural³⁰. El Derecho penal alemán se ve fuertemente determinado por la doctrina, mucho más de lo que es el caso en la aproximación del Derecho penal inglés, o, en este punto, el Derecho penal de muchos sistemas de *common law*. Si bien es cierto que la creación parlamentaria del Derecho ha ganado mucho terreno, especialmente en las décadas más recientes, los sistemas de *common law* tradicionalmente han contado con un desarrollo basado en los jueces, en un proceso caso por caso. Debido a que el Derecho así producido debía ser acomodado a su utilización por legos en cuanto sujetos que determinan los hechos en el proceso penal, sean jurados o jueces legos, se puso un especial acento en permanecer tan cerca como fuera posible de lo que los jueces gustan de llamar “sentido común”, aproximando la perspectiva a aquella descrita por DAMASKA como aquella de un jurista pragmático o un lego.

La siguiente cita, extraída de un conocido caso inglés referido a los efectos de una intoxicación voluntaria sobre la *mens rea* del acusado en los llamados delitos de intención básica, *DPP v. Majewski*, es un buen ejemplo de esta actitud:

“Una serie de distinguidos autores académicos apoyan esta pretensión fundamentándola en la lógica. Tal y como lo entiendo, el argumento funciona del siguiente modo: la intención, sea especial o básica (o cualquier nombre imaginativo que se le quiera dar) sigue siendo intención. Si una intoxicación voluntaria por bebida o drogas puede —como es indubitablemente el caso— anular la intención especial o específica necesaria para cometer delitos como asesinato y hurto, ¿cómo puede justificarse, en estricta lógica, la opinión de que no puede anular una intención básica, como por ejemplo la intención de cometer delitos como agresión y lesión ilícita? La respuesta está en que en estricta lógica, este punto de vista no puede ser justificado. Pero es el punto de vista que ha sido adoptado por el Derecho común de Inglaterra, que se funda más bien en el sentido común y la experiencia que en una lógica estricta. No hay ningún caso en el siglo XIX, cuando los tribunales estaban relajando la dureza del Derecho en relación con los efectos de la embriaguez en la responsabi-

³⁰ Algunas partes del apartado que sigue se han extraído, modificándolas, de mi obra *General Principles of German Criminal Law*, 2009.

lidad penal, en el que los tribunales hubieran ido tan lejos como para sugerir que la embriaguez que no llegue a producir locura pudiera exculpar a un hombre de una infracción que no sea una de aquellas que requirieran la prueba de alguna intención especial o específica.”³¹

Un argumento similar respecto de la importancia de las reglas procesales fue formulado en el plano internacional por el juez australiano David Hunt, quien antes fue juez superior (*chief judge*) en *common law* en la Corte Suprema de Nuevo Gales del Sur, en el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso contra *Milan Milutinovic*³² y otros, cuando manifestó, en relación con la posición de la acusación de que ya no tenía jurisdicción para decidir sobre la petición del acusado: “Las Reglas de Procedimiento y Prueba estaban pensadas para ser siervas, y no señoras de los procedimientos del Tribunal”³³.

Por el contrario, a pesar de que el Derecho alemán se ha inclinado ampliamente por el uso de la interpretación histórica y teleológica, lo que incluye la aplicación de argumentos de políticas públicas como el que fue

³¹ *DPP v. Majewski*, (1977) AC 443, repetido en *R. v. Powell and another*; *R. v. English*, (1999) AC 1 (cursiva añadida).

³² *Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.*, Decision on Application by Dragoljub Ojdanic for Disclosure of Ex Parte Submissions, Case No. II-99-37-I, 8 de noviembre de 2002, par. 14. Con anterioridad había hecho uso del mismo argumento en el caso *Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez*, Decision Authorising Appellant’s Briefs to Exceed the Limit Imposed by the Practice Direction on the Length of Briefs and Motions, Case No. IT-95-14/2, 8 de agosto de 2001, par. 6, y en *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.*, Separate Opinion of Judge David Hunt on Appeal by Dragan Papic against Ruling to Proceed by Deposition, Case No. IT-95-16-A, 16 de julio de 1999, par. 18. Tenía razón en lo que se refiere a que las Reglas de Procedimiento y Prueba en el TPIY fueron elaborados en primer lugar por los jueces y eran inferiores en jerarquía normativa al Estatuto. Sin embargo, esta posición resulta cuestionable en los sistemas en los que las reglas no son establecidas por los jueces.

³³ Citando en las resoluciones antes mencionadas como autoridad sólo dos casos ingleses de Derecho civil de 1879 y 1907: *Kendall v. Hamilton*, (1879) 4 App. Cas. 504, pp. 525, 530-1; *In the Matter of an Arbitration between Coles and Ravenshear*, [1907] 1 KB 1. En este último caso, Sir Richard Henn Collins, *Master of the Rolls* [= “Señor de los Archivos”, Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal de apelaciones, N. del T.] dijo en el Tribunal de Apelaciones (en p. 4): “Aunque estoy de acuerdo en que un tribunal no puede dirigir su actividad sin un código de procedimiento, pienso que la relación de las reglas de la práctica con la labor de la justicia está pensada para ser la de una criada, y no la de una señora, y el tribunal no debería estar tan atado e inmovilizado por reglas, que al final sólo pretenden ser reglas generales de procedimiento, como para verse obligado a hacer algo que causará una injusticia en el caso concreto.” Que esto pueda traducirse en una afirmación tan general como parece que el juez Hunt la ha entendido está abierto a discusión.

utilizado por el tribunal en el caso *Majewski*, un rechazo tan abierto de la llamada de la lógica resultaría una idea ajena a cualquier juez alemán, y más aun para cualquier académico. A pesar del hecho de que también la evolución del Derecho penal alemán lo ha conducido a estar cada vez más bajo la influencia del razonamiento judicial acerca de principios jurídicos, sigue habiendo un perceptible impacto de las publicaciones académicas, y apoyo en ellas, sobre todo, con base en la incisiva cultura alemana del comentario a textos legales.

A lo largo de los siglos, los académicos y prácticos alemanes han producido extensos y complejos comentarios sobre las diferentes leyes codificadas y manuales de práctica y procedimiento. Sólo estos últimos pueden ser parangonados con publicaciones del *common law* como los *Justice Manuals* de ARCHBOLD o STONE en Inglaterra. Los comentarios, algunos de ellos en varios volúmenes, referidos a códigos específicos y escritos por respetados académicos, jueces y prácticos experimentados a lo largo de muchas ediciones, no sólo digieren la evolución de bibliografía y jurisprudencia, sino que también las someten a análisis y critican los argumentos utilizados por los autores y jueces, y si llegan a estar en desacuerdo con ellos, exponen su propia visión acerca de cómo habría que hacer las cosas —algo que difícilmente se encontrará, por ejemplo, en el manual inglés más importante sobre proceso penal, ARCHBOLD. Tampoco es extraño encontrarse con que un tribunal cambia una antigua línea jurisprudencial respecto de una determinada cuestión porque la lógica que está detrás de la argumentación de autores académicos renombrados, expuesta en esos comentarios o en artículos de revista, convence a los jueces de que su perspectiva previa era errónea.

El hecho de que el Derecho alemán esté fundado en gran medida en la aplicación más o menos estricta de la lógica y de métodos de interpretación altamente desarrollados también deriva de la actitud de los académicos alemanes (y, de hecho, también de los jueces) respecto del proceso judicial: no ven a la academia como la mera criada de los jueces, sino como su luz de guía. Para su mentalidad, la práctica judicial debería, en principio, seguir un razonamiento abstracto en lugar de asumir una aproximación casuística que prima la justicia en el caso concreto por encima de la coherencia sistemática respecto de los principios más importantes y de alcance global³⁴. La aproximación alemana, por usar una descripción simplista, es,

³⁴ Es éste otro campo típico de divergencia entre los sistemas de *common law* y los de Derecho continental, como ha mostrado Mirjan DAMASKA en su fecundo trabajo,

en consecuencia, de naturaleza deductiva, por oposición al carácter más inductivo de la del *common law*³⁵, y va a contrapelo de las inclinaciones de los legos, que probablemente prefieran “una cálida confusión a una fría consistencia”³⁶. La función del juicio oral, y su valoración, así como su efecto sobre el razonamiento jurídico en la esfera del Derecho material son marcadamente distintos. Ello comienza con la naturaleza y la estructura del proceso penal alemán. Por su naturaleza, los procesos penales alemanes no son una competición entre partes, sino una investigación objetiva, dirigida por el juez, respecto de la verdad material de los hechos que están en la base de una acusación penal. La igualdad de armas no es un principio que sea de aplicación con un alcance similar y de la misma naturaleza a la que existe en los sistemas adversariales. Desde el punto de vista alemán, a la acusación no le corresponde una serie de derechos subjetivos a un juicio justo; tiene facultades y deberes, con la consecuencia de que la acusación no puede alegar una violación del derecho a la igualdad de armas, ya que el sistema no es adversarial, sino que *el propio tribunal* tiene el deber de hallar la verdad³⁷. Por otro lado, la defensa no tiene deberes, sólo derechos, aunque puede generar desventajas si no los ejerce adecuadamente, como es el caso bajo la aplicación del conocido principio del *common law* “*save-it-or-waive-it*”³⁸ respecto de los motivos de apelación, que cada vez encuentra más aceptación —en un muy interesante desarrollo invertido de trasplante de determinados aspectos jurídico-culturales— entre los tribunales alemanes, especialmente, en conexión con el párrafo 238 II StPO³⁹. Se considera que la defensa es por definición inferior en poderes y recursos a la acusación, de modo que desde el punto de vista alemán, la igualdad

DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, 1986.

³⁵ Cfr., también RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006.

³⁶ Por supuesto que en algunas áreas del Derecho alemán, en particular el Derecho del trabajo, amplios sectores son casi por completo de elaboración judicial, ya que el Gobierno por alguna razón no ha asumido la carga de ocuparse de una codificación como es debido. Con mucha frecuencia, el Parlamento codifica en sus leyes tradiciones judiciales consolidadas y probadas, y, en esa medida, como es natural, existe influencia judicial en la legislación codificada.

³⁷ StPO = *Strafprozessordnung* = Código de procedimiento penal, § 244.2 StPO.

³⁸ Que se refiere (la traducción literal podría ser “haz reserva o allánate”) a que es necesario poner de manifiesto —como lo es en Derecho español— en el momento procesal oportuno un motivo de recurso para después poder alegarlo [N. del T.].

³⁹ Vid., MEYER-GROSSNER, «§ 238» en MEYER-GROSSNER/CIERNIAK (eds.), *Strafprozessordnung*, 53ª ed., 2010, Nm. 22, con referencias a la jurisprudencia.

de armas es un principio que protege a la defensa, pero no a la acusación. Cualquier propuesta de cambiar la regulación, por ejemplo, introduciendo cargas de la prueba para la defensa, o reducir los requisitos de lo que ha de probar la acusación (véase, por ejemplo, la reciente *Sexual Offences Act* [Ley de Delitos Sexuales] de 2003, en relación al requerimiento de una prueba de que faltaba una creencia *razonable* de que hubiera consentimiento, por oposición al estándar de la creencia *honest*a que [probablemente] sigue siendo de aplicación a todas las demás infracciones bajo *DPP v. Morgan*⁴⁰), con el fin de que sea más fácil para la acusación formular sus pretensiones, no tendría equivalente en la doctrina alemana, y, de hecho, sería considerado constitucionalmente cuestionable. Las dificultades de la acusación para proveer la prueba para su pretensión no pueden conducir a recortar la posición de la defensa, reduciendo mediante interpretación el umbral de los requisitos del delito establecidos, como sí sucede en Inglaterra.

Estos ejemplos muestran que algunos de los parámetros culturales que definen el proceso penal en su conjunto difieren drásticamente entre el sistema alemán y el inglés, siendo éste último, a fin de cuentas, el sistema madre de todos los países del *common law*. Como ya se ha mencionado antes, estas diferencias culturales se expresan en el modo en el que los legos y los profesionales hablan del Derecho, y, a su vez, el idioma tiene influencia en las aproximaciones teóricas al pensamiento académico sobre el Derecho y su práctica —algo que fue percibido a mediados del S. XX por Gustav RADBRUCH.

IV. RADBRUCH RESUCITADO

Gustav RADBRUCH (1878-1949)⁴¹, eminente jurista y filósofo del Derecho alemán, tenía que decir lo siguiente, en 1947, sobre la aproximación inglesa al Derecho y su metodología subyacente, en *Der Geist des englischen Rechts*⁴²:

“Al pensamiento inglés le es ajena la idea de violentar los hechos a través de la razón, busca la razón en las cosas, la razón es para él la naturaleza de las cosas. Este sentido inglés de las cosas tampoco gusta de la fundar decisiones en la expectativa de hechos futuros, deja que los hechos se le aproximen para tomar una decisión sólo

⁴⁰ [1976] AC 182.

⁴¹ Vid., su semblanza en la edición *on line* del periódico alemán *Die Zeit* de 10 de diciembre de 2009, en www.zeit.de/2009/46/A-Radbruch.

⁴² “El espíritu del Derecho inglés”.

cuando han llegado. No confía ni en la fantasía ni en el cálculo de situaciones futuras, pues la verdadera situación siempre acaba siendo completamente distinta; por el contrario, espera a que la situación misma traiga la decisión, que obligue a tomarla.

No se siente obligado a la elegancia de una línea clara, a evitar una derrota, poco estética, en zig-zag... su fortaleza está en poder corregirse con base en la nueva situación, disponiendo de otro modo."⁴³

"Maitland, el gran historiador inglés, habla en el mismo sentido de 'avanzar a trompicones a nuestro modo empírico, tropezando con el conocimiento'".⁴⁴

"Del mismo modo, Macaulay dice respecto del modo inglés de legislar 'dejar de lado un orden simétrico y hábil; nunca eliminar una anomalía sólo porque es una anomalía; ningún cambio si no se siente directamente un gravamen, y, entonces, un cambio sólo en la medida en que era necesario para eliminar precisamente ese gravamen'".⁴⁵

"Esta es la razón por la que la mayoría de los juristas ingleses están en contra de las codificaciones, contra la síntesis de áreas enteras del Derecho en amplios códigos, y a favor de una creación del Derecho que cree Derecho con motivo de un caso concreto y sólo para casos similares."⁴⁶

RADBRUCH también destaca que incluso cuando llegan a producirse esas codificaciones, se les superpone rápidamente una capa de *case law* como "el musgo a un techo de paja" que pronto desplaza la aplicabilidad del tenor literal de la ley⁴⁷. En lo que se refiere a la aproximación lingüística del Derecho inglés, RADBRUCH observó que:

"Ya la terminología inglesa para el Derecho es original e insular. Mientras que en las principales lenguas continentales la palabra para 'el Derecho' se ha tomado de lo recto y diestro, de lo correcto y justo (*Recht, droit, diritto*), en inglés se deduce de 'la Ley': 'the law'".⁴⁸

El texto de RADBRUCH sobre el espíritu del Derecho inglés proporciona un punto de arranque, pero, por supuesto, es obsoleto en algunos de los detalles de la observación, ya que algunos de los campos a los que hace re-

⁴³ RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006, pp. 47 y s.

⁴⁴ RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006, p. 48.

⁴⁵ RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006, p. 48.

⁴⁶ RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006, p. 49.

⁴⁷ RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006, p. 49.

⁴⁸ RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006, p. 59.

ferencia han sufrido reformas desde 1947. En todo caso, su tesis principal no parece haber perdido nada de su potencia. André KLIP opina que:

“Es palmario que la elección de un idioma jurídico común será el inglés. Por un lado, esto resulta problemático, ya que el Derecho penal continental (es decir, no inglés) está más extendido en Europa en su conjunto y tiene más elementos en común que los ordenamientos penales de habla inglesa... pero las experiencias con el lenguaje jurídico inglés en los tribunales penales internacionales muestran que, tratándose de reglas materiales ponderadas, será perfectamente posible que surja un sistema nuevo y autónomo, y encontrará su equilibrio. Por ello, debería ser posible que el inglés, en cuanto lengua jurídica común europea, se desligue de su contexto nacional.”⁴⁹

La condición previa de que existan “reglas materiales ponderadas” es el verdadero punto de conflicto, puesto que aquello que se pondera con frecuencia no sólo depende de la letra de la Ley, sino queda determinado por su interpretación, y, en consecuencia, por la metodología aplicada por los estudiosos del Derecho, que, a su vez, hace uso de herramientas lingüísticas y epistemológicas. Lo que RADBRUCH dijo hace tantos años, por lo tanto, probablemente siga siendo un comentario pertinente.

V. ALGUNAS IDEAS HERÉTICAS

Como antes se ha indicado, esta contribución es una mera introducción a la investigación que probablemente sea necesario emprender para llegar a la raíz de los malos entendidos que con frecuencia aquejan a la práctica conjunta de juristas del *common law* y del mundo continental. Las conocidas dicotomías “adversarial-inquisitivo/dirigido por el juez”, “inductivo-deductivo”, en consecuencia, posiblemente estén necesitadas de una ulterior deconstrucción. Las siguientes hipótesis, quizás provocativas, relacionadas específicamente con la aproximación alemana/inglesa en el contexto jurídico-penal, pero que en diferente medida son susceptibles de aplicación a muchas jurisdicciones continentales y de *common law*, quedan a la espera de su verificación o falsación:

- La presentación sistemática de un sistema jurídico extranjero en la terminología técnica de la lengua de destino de otro país siempre implica un desafío lingüístico y cultural-comparativo.

⁴⁹ KLIP, «Strafrecht in der Europäischen Union», *ZStW*, (117), 2005, pp. 889 y ss., 908.

- Desde un punto de vista alemán, la cultura jurídica inglesa tiene aún un largo trecho por recorrer antes de alcanzar un verdadero nivel de codificación general y coherente, si es que éste siquiera es un objetivo⁵⁰, a pesar de los esfuerzos de los últimos veinte o treinta años dirigidos a incrementar la densidad de la legislación en muchas áreas. Un intento emprendido en los años ochenta de codificar el Derecho penal en su conjunto fracasó debido a la actitud tradicional prevalente en muchos de los más influyentes juristas y responsables gubernamentales en Inglaterra. La *Law Commission* recientemente ha estado reviviendo el intento de llegar a la codificación, pero tan sólo en leyes concretas, y no como un código general. Lo mismo puede decirse respecto del Derecho procesal.
- La metodología jurídica, tal y como se concibe en Alemania, es idéntica en el trabajo de jueces y académicos, puesto que los jueces tienen una formación académica más completa en cuanto a la ciencia del Derecho que la mayoría de sus colegas ingleses. En consecuencia, no hay dicotomía entre ambos en Alemania, y la extensión y profundidad del tratamiento académico de un caso por los tribunales, especialmente los tribunales superiores, no es sustancialmente diferente del llevado a cabo por los académicos.
- En consecuencia, los métodos académico y judicial en Alemania no difieren en ningún punto relevante; no hay fricción en la comunicación entre Academia y práctica. A la inversa, la *legal science*, la ciencia del Derecho —una torpe traducción de *Rechtswissenschaft*— es objeto de desaprobación y resulta empequeñecida como mecánica y orientada a la práctica, como una variante de investigación aplicada del discurso jurídico, en conflicto hoy con la perspectiva de investigación socio-jurídica y orientada con base en las políticas que es mayoritaria en la Academia jurídica inglesa, y también contraria a la aproximación asistemática que prefiere el mundo judicial.
- Puede que sea necesario un cambio de actitud en Inglaterra en cuanto uno de los modelos en el mundo del *common law*; este cambio de actitud sólo podrá llegar a través de una nueva evaluación del valor de la metodología académica y su deseable influencia en una legislación proactiva en vez de reactiva. La investigación comparada en

⁵⁰ Vid., acerca de los esfuerzos de codificación y la reacción reticente frente a ello LAVERY, «Codification of the Criminal Law: An Attainable Ideal?», *Journal of Criminal Law*, (74), 2010, p. 557.

el contexto de la justicia internacional tiene como presupuesto el conocimiento y la comprensión del Derecho tal y como es aplicado por los prácticos, y sólo en un segundo plano, de las políticas y del contexto socio-jurídico que está detrás. En el diálogo anglo-germano, por ejemplo, esto se traduciría en una dedicación incrementada de recursos para comprender el sistema alemán por parte de los académicos y juristas ingleses, y no a la inversa, ya que esa dirección en la ruta de la comprensión mutua ha sido transitada ya por muchos académicos alemanes durante muchos años, como se ejemplifica en instituciones como el Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional en Freiburg —que no tiene equivalente en Inglaterra. Hay voces en Inglaterra que demandan una aproximación más coordinada, y el modelo alemán puede llegar a ser un catalizador útil para este proceso.

VI. EL PROBLEMA ADICIONAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Hasta el momento, nos hemos estado moviendo sobre todo en el campo de la investigación comparada bilateral. El problema de las meras diferencias comparadas adquiere mayor complejidad en el campo de comparación multilateral que subyace a la justicia penal internacional. Esto guarda una estrecha relación con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se refiere a cuáles son las fuentes del Derecho internacional relevante para este tribunal. Este artículo tiene en sus pasajes que hacen al caso el siguiente tenor literal:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.”

Se entiende que estos principios son de aplicación también a los diversos tribunales *ad hoc*, y de modo restringido también a la CPI, en particular, si una materia no está regulada por el Estatuto, las Reglas de Procedimiento y Prueba o reglamentos. Y, del mismo modo que sucede con los tribu-

nales *ad hoc*, las lagunas existen en áreas vitales de los principios generales de Derecho material y del proceso. Como he intentado mostrar en una investigación anterior⁵¹, al debate cultural, lingüístico y epistemológico, entre *common law* y Derecho continental se ha sumado ahora un tercer contendiente —uno que forma, en alguna medida, parte de su prole en el sentido del art. 38.1.c), pero que ahora se ha convertido en un hijo adulto: el Derecho internacional público. El Derecho internacional público, que se apoya en gran medida, en el ámbito del Derecho penal, en la costumbre como resultado de la práctica estatal acompañada por la *opinio iuris*, toma en consideración una pléyade de factores adicionales que tienden a chocar con las aproximaciones de ambos sistemas domésticos, basadas en el juicio justo y en la criminalización mínima: la práctica de los Estados y la cortesía internacional. Ambos factores están en una innata tensión con los criterios antes mencionados, sobre todo, porque la influencia de la política en su creación es generalmente mucho más directo que en el conflicto, mucho más técnico-jurídico, entre el *common law* y el Derecho continental.

Estrechamente vinculado a este campo se encuentra la cuestión del personal encargado de aplicar el Derecho: los jueces. Es generalmente conocido que sigue habiendo bolsas de errores de traducción graves en el diálogo entre los sistemas dentro de los tribunales y cortes, lo que lleva a Rupert SKILBECK a acotar que “Juristas y jueces pueden aprender mucho de los respectivos sistemas si parten de que puede llevarles más de un momento comprender plenamente los detalles que los hacen funcionar.”⁵²

La investigación⁵³ ha mostrado también que parece que no todos los que llegan al tribunal están realmente cualificados para asumir el empeño

⁵¹ Cfr., BOHLANDER/FINDLAY, «The Use of Domestic Sources as a Basis for International Criminal Law Principles», en CAPALDO (ed.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2002*, v. I, 2003, p. 3 (trabajo del que se ha extraído, modificándola, parte de este apartado); BOHLANDER, «The Influence of Academic Research on the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A First Overview», en CAPALDO (ed.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2003*, 2004, p. 195; M. BOHLANDER, «The General Part: Judicial Developments» en BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, III, 2008, p. 517.

⁵² SKILBECK, «Frankenstein’s Monster: Creating a New International Procedure», *Journal of International Criminal Justice*, (8), 2010, p. 462.

⁵³ Vid., la nota que precede y BOHLANDER, «No Country for Old Men? Age Limits for Judges at International Criminal Tribunals», *Indian Yearbook of International Law and Policy*, (1), 2010, p. 327; EL MISMO, «Pride and Prejudice or Sense and Sensibility? A Pragmatic Proposal for the Recruitment of Judges at the ICC and Other International Criminal Courts», *New Criminal Law Review*, 2009, p. 529; EL MISMO, «The International

interpretativo de lograr un maridaje de las distintas aproximaciones en un todo coherente⁵⁴. Ello está principalmente en relación con sus actividades profesionales previas, que no siempre implican un conocimiento en profundidad de los juicios penales, sino también con otras cuestiones, como puede ser su dominio de idiomas. A estos problemas sistémicos se suma una serie de influencias prácticas y pragmáticas, como puede ser el uso, metodológicamente problemático, del análisis comparado para obtener una determinada conclusión, al que se refiere Antonio CASSESE en la cita reproducida al principio del texto, o los obstáculos de género más logístico que mencionó el antiguo juez alemán del TIPY, Wolfgang Schomburg:

“Antes de continuar quisiera disculparme por restringir mis comentarios a continuación al Derecho y la jurisprudencia alemanes. *Desgraciadamente, la carga de trabajo no permite una investigación comparada en profundidad*. En todo caso, las reglas y los precedentes citados pueden servir de ejemplo representativo de muchos sistemas similares. Más allá de esto, hasta ahora, nadie ha logrado que se reconozca que esta aproximación viola el derecho fundamental a ser informado y a ser oído.”⁵⁵

Como he intentado explicar en otro lugar en relación con la cándida admisión del juez Schomburg,

“La investigación respecto del TPIY y un ulterior estudio para el Tribunal Especial de Sierra Leona tienden a mostrar que existen serios problemas respecto de los fundamentos de principios internacionales de Derecho penal. Los tribunales parecen tener una aproximación más bien despreocupada a la construcción de una Parte General del Derecho penal internacional. Con frecuencia, la metodología judicial no resiste un examen detallado, y cabe preguntarse si a veces los jueces no operan en el conocimiento de que al final, es Derecho lo que ellos digan que lo es. Esta aproximación no siempre satisface los principios que han sido desarrollados desde el caso Lotus.

Criminal Judiciary: Problems of Judicial Selection, Independence and Ethics» en BOHLANDER (ed.), *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, 2007, p. 325.

⁵⁴ Quizás se admita prueba anecdótica y anónima acerca del encuentro del autor de este texto con diferentes jueces internacionales en un contexto distendido; uno de ellos aparentemente pensaba que en los sistemas de Derecho continental, el acusado ha de probar su inocencia, y otro constató en un congreso, sorprendido y sin ocultarlo, en el curso de un debate sobre los principios adversariales y los inquisitoriales, que éste había supuesto una revelación para él, ya que hasta ese momento, pensaba que “adversarial” significaba sencillamente que la acusación era el adversario de la defensa. Otro joven jurista, muy brillante en otros aspectos, y que ahora es profesor en una renombrada Escuela de Derecho, preguntó de hecho, completamente en serio, si en los sistemas de Derecho continental se conoce algo así como la Quinta Enmienda [a la Constitución de los EE.UU., que contiene derechos básicos en el proceso penal, N. del T.].

⁵⁵ *Mikaeli Muhimana v. The Prosecutor*, Appeals Chamber Judgement, Case No. ICTR-95-1B-A, 21 de mayo de 2007, par. 9 del voto particular (sin cursiva en el original).

Puede infringir el principio de legalidad, incluso con el significado más bien difuso que este principio ha encontrado en el nivel internacional tradicionalmente. Otra fuente de preocupación es que rara vez los sistemas jurídicos en el mundo islámico o en Asia forman parte de la investigación de los tribunales. Si se toma en serio el hecho de que el Derecho consuetudinario es el producto de la práctica de los Estados o de principios generales del Derecho, entonces no se puede confiar sólo en las fuentes fácilmente accesibles desde el punto de vista idiomático.

Si, además, la urgencia derivada de la estrategia de concluir procesos y de las reducciones de personal pasa a ser otro inhibidor exacerbado para que los jueces hagan un buen trabajo, ello debe ser deplorado, incluso teniendo en cuenta que ambos tribunales consumen alrededor del 15% del presupuesto correspondiente de la ONU.⁵⁶

Un buen ejemplo de lo que una investigación comparada apresurada puede generar lo suministra el caso *Jelisić*. Jelisić se había declarado culpable de una serie de acusaciones de crímenes contra la Humanidad, pero no de genocidio. La Cámara de Juicio le declaró no culpable de genocidio sobre la base de su moción de absolución al amparo de la Regla 98 bis, y decidió la cuestión sobre la base del estándar pleno de prueba más allá de una duda razonable. Con base en la apelación de la acusación, la Cámara de Apelaciones revisó esta decisión. La actitud propia del *common law* respecto de la Regla 98 bis tuvo su relevancia —a pesar de las afirmaciones en sentido contrario en la sentencia— en la valoración por parte de la mayoría acerca de la cuestión de si un tribunal que cuenta con jueces como los únicos que determinan los hechos probados debería aplicar un test de jurado razonable. El punto de vista de la mayoría muestra la marca del modelo, propio del *common law*, de juez y jurado, en el que no es la convicción del juez lo que cuenta, sino la de los jurados, con la consecuencia de que un juez sólo puede retirar un caso del jurado si ningún jurado razonable podría condenar sobre la base de la prueba existente. Esta posición no resulta aplicable en un escenario en el que sólo hay jueces⁵⁷, y el acusado tiene derecho a ser absuelto y puesto en libertad inmediatamente una vez que los jueces han llegado a la conclusión de que la prueba de la acusación, después de oír todo lo que la ésta puede ofrecer, resulta insuficiente para convencerles de su culpabilidad. Cabe formular legítimamente la cuestión de si la mayoría habría aplicado el mismo razonamiento si, no habiendo

⁵⁶ BOHLANDER, «Comment on ICTR, Judgement and Sentence, Prosecutor v. Mikaeli Muhimana, of 28 April 2005» en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, v. XII, 2009, pp. 516, 519 (sin notas).

⁵⁷ Vid., recientemente en una línea similar CAYLEY/ORENSTEIN, «Motion for Judgement of Acquittal in the Ad Hoc and Hybrid Tribunals: What Purpose If Any Does It Serve?», *JICJ*, 2010, p. 575.

una declaración parcial de culpabilidad como la presentada por Jelusic, se hubiera tratado de una cuestión de prueba, como la de si estuvo siquiera presente en el lugar de comisión de los delitos. El argumento sostenido en el voto particular parcial del juez Shahabuddeen⁵⁸ —en el sentido de que la aplicación del estándar pleno de prueba (más allá de toda duda razonable) en el marco de la Regla 98 bis significaría que una Cámara podría parecer presentar ya un sesgo determinado si decidiera que la posición de la acusación es suficiente—, no llega a comprender la diferencia entre ambos escenarios. Especialmente en un contexto adversarial como el que es de aplicación en el TPIY, el tribunal normalmente sólo habrá oído o visto la prueba de la acusación, puesto que la defensa, aparte de lo dispuesto por las normas de manifestación obligatoria de datos (*discovery provisions*), no tiene una obligación general de mostrar sus cartas antes de que la acusación haya concluido la presentación de su caso. Por lo tanto, la decisión de rechazar una moción y de continuar el juicio no está fundada en una evaluación contradictoria de toda la prueba, sino que se produce exclusivamente sobre la base de la presentación unilateral hecha por parte de la acusación, teniendo plenamente en cuenta que el tribunal, por supuesto, podrá cambiar de opinión después de considerar la prueba de la defensa. En todo caso, sencillamente no procede la deducción inversa. El único juez que entendió esto fue el juez Pocar en su voto particular, que merece una reproducción literal:

“Debe subrayarse que la conclusión alcanzada por la mayoría de la Cámara de Apelaciones se acomoda, ciertamente, a un sistema en el que los casos son enviados a un jurado o a un responsable de establecer los hechos (*trier of fact*) distinto del juez que evalúa la prueba en ese momento del procedimiento. En un sistema de estas características, si un juez piensa que aunque él mismo no puede quedar convencido de la culpabilidad del acusado, el otro sujeto encargado de hallar los hechos podría llegar a la conclusión de que sí hay culpabilidad, no puede detener el proceso. Si aplicara un estándar más elevado de valoración de la prueba, sería él mismo quien estaría estableciendo los hechos probados, en lugar de dejar esa tarea al jurado.

⁵⁸ Cfr. el voto particular en: www.icty.org/x/cases/jelusic/acjug/en/jel-aj010705.pdf, p. 49, donde dijo en par. 14 que “En particular, me parece que (con la excepción de casos claros de falta de prueba suficiente, en los que la decisión se inclina a favor de la defensa) el riesgo de decidir un asunto de falta de caso intentando hacer una valoración de la culpabilidad en la fase intermedia del juicio está en que, si la decisión de falta de caso fuera en contra del acusado, éste pensaría, de modo comprensible, que la Cámara de Juicio habría tomado una decisión definitiva sobre la culpabilidad, de modo que desde su perspectiva, las ulteriores pruebas de la defensa, así como otras alegaciones, se dirigirían a un tribunal que ya habría llegado a una conclusión en cuanto al resultado del caso. No podría ser correcto generar tal falta de confianza en el proceso judicial.”

En todo caso, en este tribunal internacional no hay jurado; los jueces son los árbitros últimos de la prueba. No tiene sentido dejar abierta la posibilidad de que otro sujeto, a la hora de establecer los hechos probados, llegaría a otra conclusión, con tal de la Cámara de Juicio ella misma esté convencida de su propio enjuiciamiento del caso. En consecuencia, si al terminar la acusación la presentación de su caso los propios jueces están convencidos de que la prueba es insuficiente, la Cámara debe absolver. Esta aproximación no sólo se compadece con el texto de la Regla 98 bis (B), que obliga a la Cámara a absolver si considera que la prueba es insuficiente para sostener una condena. También preserva los derechos fundamentales del acusado, que tiene derecho no sólo a que se presuma su inocencia durante el juicio, sino a no ser sometido a juicio si su inocencia ya se ha establecido. Más allá de esto, también se preserva el principio de economía procesal, al no prolongarse innecesariamente el proceso: ¿Qué sentido tiene continuar el proceso si los mismos jueces ya han llegado a la conclusión que adoptarán en última instancia en una fase posterior?⁵⁹

El juez Pocar fue capaz de ver más allá de la tentadoramente sencilla solución que se ofrecía sobre la base del fenotipo, claramente basado en el *common law*, de la moción de absolución, y en vez de ello, pasó a comparar los genotipos de la comprensión, en *common law* y en Derecho continental, del papel del sujeto al que incumbe establecer los hechos probados y sus repercusiones sobre la posición del acusado. La mayoría de la Cámara de Apelaciones o no supo o no quiso hacerlo, a pesar de afirmar lo contrario, y a pesar del intento del juez Shahbuddeen de hacer uso de la jurisprudencia inglesa respecto del “sujeto razonable que determina los hechos (*reasonable trier of fact*)” —una terminología usada por tribunales de apelación frente a jueces que juzgan sin jurado⁶⁰— para justificar la perspectiva de la mayoría; es necesario subrayar que no usó ni una sola referencia a fuentes de Derecho continental, sino exclusivamente referencias provenientes del *common law*, y de un número muy limitado de jurisdicciones. Conviene comparar esto con el ejercicio de investigación, muy superior, hecho por la Cámara de Juicio en el caso *Kunarac* en relación con la definición de la violación⁶¹.

⁵⁹ Cfr. su voto particular en: www.icty.org/x/cases/jelusic/acjug/en/jel-aj010705.pdf, p. 71, par. 5-6.

⁶⁰ Cfr. su voto particular en: www.icty.org/x/cases/jelusic/acjug/en/jel-aj010705.pdf, p. 49, par. 2-14.

⁶¹ Prosecutor v. Kunarac et al., Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, resolución de 22 de febrero de 2001, par. 437 y ss., en: www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf y BOHLANDER, «Mistaken Consent to Sex, Political Correctness and Correct Policy», *Journal of Criminal Law*, 2007, pp. 412, 420 y ss. para una sintética exposición general de los argumentos.

VII. CONCLUSIÓN: ¿QUEDA ALGO APARTE DE LAMENTARSE?

“First things first, but not necessarily in that order”⁶²

Dr. Who

Derecho internacional público— ensayarán una falsa y condescendiente sonrisa, en el mejor de los casos, de conmiseración, ante lo que quizás consideren lamentos y quejas hechos en el texto que precede; algunos quizás piensen que hay algo más que el lamentable intento de un jurista continental de alcanzar una auto-catarsis mediante una publicación y se sientan ofendidos, profesional o personalmente. Sea como fuere, como lo formuló concisamente mi antiguo colega en Durham Paul WRAGG, “no se valora la libertad de expresión si sólo la expresión valorada es libre”⁶³. Lo que debe evitarse en el plano internacional es la impresión de que *ya* existe un diálogo de todos con todos, en un discurso comparativo plenamente igual y sofisticado. Posiblemente, esto no sea cierto. Lo que este trabajo ha intentado es convencer a los jugadores del sistema, tanto académicos como prácticos, de que de hecho, debemos comenzar a dialogar en un nivel mucho más básico de lo que pensamos hasta ahora, y que debemos avanzar más allá de los mantras y de las declaraciones meramente formales acerca de la necesidad de comprensión mutua de diferentes conceptos jurídicos, para llegar a comparar sus genotipos, y no meramente los fenotipos. Sólo de este modo seremos capaces de llegar a una amalgama exitosa de principios y reglas que reconozca las necesidades especiales de operaciones complejas como los juicios internacionales, y avanzar más allá de las constantes disputas entre miembros de distintos sistemas jurídicos acerca de las cualidades superiores del suyo propio. Tal y como están las cosas, uno tiene en demasiadas ocasiones la impresión de que la discusión se conduce bajo la máxima jurídica “si anda como un pato y grazna como un pato...”⁶⁴.

⁶² Primero lo primero, pero no necesariamente en ese orden [N. del T.].

⁶³ WRAGG, «‘Free Speech Is Not Valued If Only Valued Speech Is Free’: Connolly, Consistency and Some Article 10 Concerns», *European Public Law*, (15), 2009, p. 111.

⁶⁴ Vid., en una línea similar D’AMATO, «It’s a Bird, It’s a Plane, It’s Jus Cogens!», *Conn. JIL*, (6), 1991, p. 1.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BELAL, A. (2004), *Principles of Egyptian Criminal Law: The General Part*.
- BOHLANDER, Michael (2009), *Principles of German Criminal Law*, Hart, Oxford.
- EL MISMO (2006), «Case Comment on Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Judgements of 15 March 2005 (Case No. 336/2005) and 13 April 2005 (Case No. 463/2005)», *Journal of Criminal Law*, (70).
 - EL MISMO (2005), «'Take it from me': The Role of the Judge and Lay Assessors in Deciding Questions of Law in Appeals to the Crown Court», *Journal of Criminal Law*, (69).
 - EL MISMO (2012), *Principles of German Criminal Procedure*, Hart, Oxford.
 - EL MISMO (2004), «The Influence of Academic Research on the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A First Overview», en CAPALDO, *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2003*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York.
 - EL MISMO (2008), «The General Part: Judicial Developments» en BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, III.
 - EL MISMO (2010), «No Country for Old Men? Age Limits for Judges at International Criminal Tribunals», *Indian Yearbook of International Law and Policy*, (1).
 - EL MISMO (2009), «Pride and Prejudice or Sense and Sensibility? A Pragmatic Proposal for the Recruitment of Judges at the ICC and Other International Criminal Courts», *New Criminal Law Review*, pp. 529 y ss.
 - EL MISMO (2007), «The International Criminal Judiciary: Problems of Judicial Selection, Independence and Ethics» en BOHLANDER (ed.), *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, Cameron May, London.
 - EL MISMO (2009), «Comment on ICTR, Judgement and Sentence, Prosecutor v. Mikaeli Muhimana, of 28 April 2005» en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, v. XII, pp. 516 y ss.
 - EL MISMO (2007), «Mistaken Consent to Sex, Political Correctness and Correct Policy», *Journal of Criminal Law*, pp. 412 y ss.
- BOHLANDER, Michael/HEDAYATI-KAKHKI, Mohammad (2009), «Criminal Justice under Shari'ah in the 21st Century: An Inter-Cultural View», *Arab Law Quarterly*, (23), pp. 1 y ss.
- BOHLANDER, Michael/FINDLAY, Mark J. (2003), «The Use of Domestic Sources as a Basis for International Criminal Law Principles», en CAPALDO (ed.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2002*, v. I., Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York.
- BRADLEY, Craig (2006), *Criminal Procedure: A Worldwide Study*, NC: Carolina Academic Press, Durham.
- CAYLEY, Andrew/ORENSTEIN, Alexis (2010), «Motion for Judgement of Acquittal in the Ad Hoc and Hybrid Tribunals: What Purpose If Any Does It Serve?», *JICJ*, (8), (2).
- DAMASKA, Mirjan (1986), *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University, Press New Haven.
- D'AMATO, Anthony (1991), «It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!», *Conn. JIL*, (6), pp. 1y ss.

- M. DELMAS-MARTY, Mireille et al. (2006), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FLETCHER, Georg (2007), *The Grammar of Criminal Law*, v. 1, Oxford University Press, Oxford.
- FLOYD, Feeney/HERRMANN, Joachim (2005), *One Case, Two Systems: A Comparative View of American and German Criminal Justice Systems*, Transnational Publ., Ardsley.
- HALLAQ, Wael B. (2009), *Shari'a: Theory, Practice, Transformations*, Cambridge University Press, Cambridge.
- KLIP, Andre (2005), «Strafrecht in der Europäischen Union», *ZStW*, (117), pp. 889 y ss.
- LAVERY, Jenny (2010), «Codification of the Criminal Law: An Attainable Ideal?», *Journal of Criminal Law*, (74), 2010, pp. 557 y ss.
- MALLAT, Chibli (2009), *Introduction to Middle Eastern Law*, Oxford University Press, Oxford.
- MEYER-GROSSNER, Lutz (2010), «§ 238» en MEYER-GOSSNER/CIERNIAK (eds.), *Strafprozessordnung*, 53ª ed., Beck, München, Nm. 12.
- Paxman, Jeremy (1999), *The English: A Portrait of a People*, Penguin Books Ltd.
- Radbruch, Gustav (1947), *Der Geist des englischen Rechts*, Rausch, Heidelberg.
– El mismo (2006), *Gustav Radbruch, Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz*, (reimpresión a cargo de Heinrich Scholler), Lit, Viena.
- Skilbeck, Rupert (2010), «Frankenstein's Monster: Creating a New International Procedure», *JICJ*, (8), 2010, pp. 451 y ss.
- Vikor, Knut S. (2005), *Between God and the Sultan*, Hurst, London.
- Vogler, Richard/Huber, Barbara (2008), *Criminal Procedure in Europe*, Duncker & Humblot, Berlín.
- Wasti, Tahir (2009), *The Application of Islamic Criminal Law in Pakistan: Sharia in Practice*, Brill, Leidne.
- WRAGG, Paul (2009), «'Free Speech Is Not Valued If Only Valued Speech Is Free': Connolly, Consistency and Some Article 10 Concerns», *European Public Law*, (15), pp. 111 y ss.

La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

ANAMARI GARRO VARGAS¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco conceptual. El ejercicio de la función consultiva de la Corte IDH. III. La influencia del TEDH en las opiniones consultivas: una aproximación válida y necesaria. IV. Algunos factores que han incidido en la recepción de la jurisprudencia europea. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

Palabras clave:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, función consultiva, influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Resumen:

Luego de dar un marco conceptual, que incluye dejar planteado el problema sobre la eficacia de las opiniones consultivas, se analizan éstas cronológicamente para determinar la existencia, el grado y las materias de la influencia del TEDH.

Desde la primera etapa de la Corte IDH, el sistema europeo fue punto de referencia, pero de veinte opiniones consultivas sólo ocho invocan sentencias del TEDH. Éstas se refieren a diversas materias: el principio de no discriminación, la libertad

¹ La elaboración de esta investigación se hizo durante los estudios de Magíster realizados por la autora en la Universidad de los Andes, Santiago de Chile, gracias a una beca de la Comisión Nacional de Ciencia y Tecnología del Gobierno de ese país (CONICYT). El presente artículo se publicó por primera vez en la Revista Mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales, Año 2009, Número 20, enero-junio, pp. 191-227. A esa fecha se habían dictado diecinueve opiniones consultivas. Aquí se ha hecho la respectiva actualización, tomando en cuenta la vigésima opinión, que es la última dictada por la Corte IDH. Esa actualización no supone ninguna modificación sustancial del texto publicado originalmente.

de expresión, los criterios hermenéuticos, los derechos del niño y temas conexos, la naturaleza subsidiaria de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, la eficacia del CEDH en las relaciones interindividuales, etc.

Ciertamente el número de sentencias invocadas aumentó en las últimas opiniones, pero el acudir a la jurisprudencia europea ha dependido más de la materia sobre la que versa la opinión que de la época en que ésta fue dictada, la integración del órgano o la intervención de los amici curiae

Al incorporarse por vía de autoridad a las opiniones consultivas de la Corte IDH, la jurisprudencia del TEDH se convierte en una destacada fuente material que configura formalmente los ordenamientos jurídicos americanos. Se está en presencia de un fenómeno de globalización jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional contemporáneo no puede prescindir del estudio de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos porque hoy inciden en la configuración de los ordenamientos jurídicos internos o son parte de éstos. Dentro de esas fuentes, en el continente americano, tiene especial relieve la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte). El análisis que aquí se intenta realizar tiene un objeto material y uno formal muy específicos²: las opiniones consultivas desde la óptica de la influencia que en ellas ha tenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

² No se pretende aquí confrontar ambos sistemas regionales, sino solamente medir la influencia del TEDH en su órgano homólogo interamericano. Para un extenso y profundo análisis comparativo de esos sistemas, véase Úbeda de Torres, Amaya, *Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Editorial Reus, 2007, *passim*, que a su vez recoge un listado de varios estudios comparativos de ambos sistemas, *cfr. ibidem.*, pp. 671-673. Ni siquiera se intenta aquí comparar ambos órganos judiciales. Para eso, véase Londoño Lázaro, María Carmelina, "Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada", *International Law-Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, junio de 2005, núm. 5, *passim*. Por otro lado, hace algunos años se publicó un trabajo cuyo objeto de estudio era mucho más amplio e incluía el análisis sobre la recepción de la jurisprudencia del TEDH en los pronunciamientos de la Corte IDH: véase, Boeglin, N., *Analyse des systèmes européen et interaméricain de protection des droits de l'homme: Etude de l'impact de l'expérience européenne sur le système interaméricain, Mémoire dans le cadre du Lauréat du Conseil de l'Europe 1992-1993*, COE, Estrasburgo, 1993, citado por Úbeda de Torres, Amaya, *op. cit.*, p. 352.

El estudio está circunscrito a la función consultiva de la Corte IDH por dos razones: una eminentemente práctica —el universo de opiniones consultivas es mucho menor que el de los casos—³; y otra de índole teórica —el interesante diseño de la función consultiva: su objeto, la legitimación activa y los efectos de esas resoluciones—.

En primer término, se ofrecerá el marco conceptual que desarrollará sólo los aspectos que faciliten la mejor comprensión del tema que aquí interesa. Por tanto, se dejarán de lado el examen sobre las diferencias entre la competencia contenciosa y la consultiva, y lo relativo al procedimiento.

Posteriormente, se dará un panorama general y preponderantemente descriptivo de las opiniones consultivas, que irán desfilando en orden cronológico. Se podrá constatar cuáles y en relación a qué temas han apoyado sus argumentaciones en sentencias del TEDH.

Por último, se harán unas breves anotaciones sobre los factores que podrían haber incidido en la recepción de la jurisprudencia europea: la etapa en que fue dictado el pronunciamiento de la Corte, la integración de este órgano —asunto naturalmente unido al anterior—, la influencia de los *amici curiae* y el tema sobre el que versa la opinión misma.

Es preciso subrayar que la perspectiva desde la que se analizan las opiniones consultivas es ésta: la influencia de la jurisprudencia del TEDH que en ellas se advierte, y no la importancia que cada opinión tiene en sí misma en el ámbito americano⁴. Además, no se hace un estudio de los pronunciamientos sino una referencia al contexto de la invocación, al lugar que ésta ocupa en el *iter* del razonamiento, tanto si trata de la opinión de la Corte como de los votos particulares.

³ Hasta 30 de noviembre de 2012, fecha de cierre del 97 período ordinario de sesiones, la Corte IDH ha dictado 259 sentencias y 20 opiniones consultivas. Todos los pronunciamientos se encuentran en el sitio www.corteidh.or.cr.

⁴ Para conocer una síntesis de las líneas jurisprudenciales más relevantes vertidas en las opiniones consultivas anteriores a Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A N°. 16, inclusive, véase. Pacheco Gómez, Máximo, “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José, Corte IDH, 2003, t. I, *passim*. Un estudio similar, pero respecto de las primeras catorce opiniones consultivas, puede encontrarse en Albanese, Susana, *Derechos Humanos. Estudio de Casos y Opiniones Consultivas*, s. l. i. [Buenos Aires], Editorial de Belgrano, 1997, t. I, pp. 51-69.

Respecto de la jurisprudencia europea conviene tener presente que ésta proviene del ejercicio de la función contenciosa del TEDH, pues hasta la fecha ese órgano no ha ejercido su función consultiva⁵. Precisamente, esto marca uno de las diferencias más notables —respecto de la competencia— entre ambos órganos regionales de protección de los derechos humanos⁶. Finalmente, es oportuno precisar que lo que aquí se llama *jurisprudencia* del TEDH no necesariamente constituye una línea jurisprudencial consolidada: la determinación de cuándo sí lo es, excede las pretensiones de estas líneas. Aquí se utiliza la palabra *jurisprudencia* como sinónimo de *sentencia*⁷.

⁵ Se recoge una explicación sucinta pero completa de las características de esta competencia en Ruiz Miguel, Carlos, “La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos, ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?”, *Liber amicorum: Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte IDH, 1998, vol. II, pp. 1355-1356. Sobre las razones por las que no ha sido ejercida, *cfr. ibidem*, p. 1362.

⁶ *Cfr.* Buergethal, Thomas, “Las convenciones europea y americana: algunas similitudes y diferencias”, *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Washington D.C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Secretaría General de la OEA, 1980, p. 184. Además, la propia Corte ha mencionado estas diferencias en diversas opiniones: Corte IDH, “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N°. 1, párrafo 16, y Corte IDH, Restricciones a la pena de muerte (artículos 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, párrafo 43. Pero ha de tenerse presente que la CADH siguió “la técnica y el método de la Convención Europea, dejando de lado el modelo de la competencia consultiva de la CIJ y se limit[ó] a modificar el régimen del modelo, ampliando la competencia consultiva de la Corte Interamericana”. Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Madrid, IIDH/Civitas, 1988, pp. 233 y 237. Incluso la CADH copia la palabra “concernientes”, que ha sido clave en la determinación de la extensión de la competencia consultiva *ratione materiae*, *cfr.* OC-1/82, *supra*, *passim*.

⁷ Además se dice *sentencia del TEDH* o *sentencia europea*, tanto para referirse a la que proviene del órgano judicial europeo existente antes del Protocolo 11 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), como al creado por este protocolo. *Infra*, nota 78.

II. MARCO CONCEPTUAL. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE IDH

1. Contexto normativo

El sistema interamericano de Derechos Humanos es un entretrejado de normas e instituciones⁸. Dentro de las primeras, destaca la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José) que en su capítulo 8o. crea la Corte IDH, otorgándole dos tipos de competencia: la contenciosa y la consultiva⁹. La función consultiva está contemplada en el artículo 64 de la CADH, que dice:

1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Como se puede apreciar, este artículo define la competencia *ratione materiae*, es decir, el objeto del ejercicio de la función consultiva; y la competencia *ratione personae*, que es como el anverso de la legitimación activa para solicitar la consulta. Los alcances de esta norma han sido definidos por la propia Corte en diversas opiniones consultivas, como seguidamente se verá.

⁸ Sobre el desarrollo histórico de éste, entre otros, véase García Bauer, Carlos, “La observancia de los derechos humanos y la estructuración del sistema internacional de protección en el ámbito americano”, *Seminario regional, cit.*, nota 5, pp. 19-29. También véase una síntesis en Ruiz Miguel, Carlos, *op. cit.*, nota 4, pp. 1356-1357. Sobre su diseño y funcionamiento, véase, Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed. revisada y actualizada, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, *passim*. Y para todos los temas señalados en esta nota, pero haciendo hincapié en la competencia contenciosa, véase García Ramírez, Sergio, “La protección de derechos y libertades en el sistema jurisdiccional interamericano. El amparo interamericano”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *El derecho de amparo en el mundo*, México D.F., UNAM-Porrúa-Konrad-Adenauer Stiftung, 2006, *passim*.

⁹ Sobre el ámbito de esta competencia, los requisitos formales de la consulta, la admisibilidad de ésta, el procedimiento y los efectos de las opiniones consultivas, véase Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 7, pp. 949-994.

A) *Competencia ratione materiae y ratione personae*

Respecto de la competencia *ratione materiae*, ha sido clave determinar cuáles son “los otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” (artículo 64, párrafo 1º. y, por reenvío, el artículo 64, párrafo 2º.), y qué se entiende por “leyes internas” (artículo 64, párrafo 2º.).

Sobre la primera frase, la Corte ha dicho que su competencia consultiva “puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano”¹⁰.

De manera que el objeto sobre el que recae esta competencia es amplísimo: lo relevante es que sean tratados en los que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado americano miembro de la OEA¹¹. En un momento posterior, la propia Corte señaló que en su función consultiva era competente también para interpretar las reservas a la CADH¹², y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) —cuando, en el marco y dentro de los límites de su competencia, ello sea necesario para interpretar la Carta de la OEA y la CADH—¹³.

En relación con lo dicho en el artículo 64, párrafo 2º.¹⁴, este órgano judicial ha precisado que “siempre que un convenio internacional se refiera a ‘leyes internas’, sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda

¹⁰ Corte IDH, “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte, *cit.*, nota 5, parte resolutive, primer punto.

¹¹ *Ibidem*, párrafos 19, 21, 34, 37, 48.

¹² Corte IDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N°. 2, párrafo 12 y Corte IDH, Restricciones a la pena de muerte, *cit.*, nota 5, párrafo 45.

¹³ Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N°. 10, párrafos 36, 43 y 44.

¹⁴ Este párrafo marca una diferencia entre la competencia consultiva de la Corte IDH respecto de la del TEDH, pues éste carece de esta posibilidad, pero lo establecido en ese artículo 64 es de origen europeo. *Cfr.* Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos*, *cit.*, nota 5, p. 234.

la legislación nacional y todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales”¹⁵. Además, estas normas pueden estar en proceso de formación¹⁶.

Con gran agudeza se ha observado que las tres solicitudes de opinión que han tenido como base el artículo 64, párrafo 2º. de la CADH, dos han sido con carácter preventivo¹⁷ y, se podría añadir, que en las tres se ha pedido específicamente medir la compatibilidad del derecho interno con la CADH y no con otro tratado. Quizá por eso algunos han llamado a esta vía “enjuiciamiento sobre la convencionalidad”¹⁸, pero evidentemente es más que eso, porque dicha norma pone como punto de referencia, sobre el que debe darse la compatibilidad, a “los mencionados instrumentos internacionales” (artículo 64, párrafo 2º.), que son la CADH y/o los otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos (artículo 64, párrafo 1º.). Por lo demás, la Corte desde el primer momento, dejó claro este punto, al decir que “no se ve ninguna razón para que no pueda solicitar consultas sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, que hayan sido adoptados fuera del marco del sistema interamericano”¹⁹. En fin, que esta competencia va más allá de un simple “enjuiciamiento sobre la convencionalidad”. Sólo se podría hablar de tal enjuiciamiento si en la solicitud de opinión se pidiera calibrar la compatibilidad del derecho interno, específica y exclusivamente, con el Pacto de San José; pero la competencia atribuida en el artículo 64, párrafo 2º. de la CADH es bastante más amplia.

¹⁵ Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N°. 4, párrafo 14.

¹⁶ *Cfr.* Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, nota 14, párrafo 16 y Corte IDH, Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A N°. 12, párrafo 22. Sobre el particular, se ha dicho que “esta competencia consultiva de la Corte (...) puede aparecer como crisálida de una futura jurisdicción supra-constitucional”. Ruiz Miguel, Carlos, *op. cit.*, nota 4, p. 1360.

¹⁷ Ruiz Miguel, Carlos, *op. cit.*, nota 4, pp. 1360 y 1361.

¹⁸ *Ibidem*, p. 1361. En el mismo sentido, *cfr.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Guía metodológica para el desarrollo de un curso sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, San José, IIDH-McCormick Tribune Foundation, 2002, p. 50. Ahí es denominada “especie de consulta de «convencionalidad»”.

¹⁹ Corte IDH, “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte, *cit.*, nota 5, párrafo 39.

La competencia *ratione personae* está determinada por el fin de la consulta: si se trata del artículo 64, párrafo 1º., pueden solicitarla —en lo que les compete— los órganos de OEA mencionados en ese párrafo y todos los Estados americanos —incluidos los que no son Estado parte de la CADH—; y si se trata del artículo 64, párrafo 2º., lo serán estos últimos y sólo en relación a su propio ordenamiento jurídico.

B) Efectos de las opiniones consultivas

Excede la finalidad del presente estudio tanto dilucidar el problema sobre cuál es la fuerza vinculante de las opiniones consultivas como determinar si la naturaleza de las resoluciones de la Corte IDH es diversa cuando la base jurisdiccional ha sido un párrafo u otro del artículo 64 de la CADH. Sin embargo, conviene al menos señalar someramente los términos de estos problemas, por la relevancia que tienen en sí mismos y para el tema que está por analizarse. Como lo que aquí se intentará es determinar la influencia de la jurisprudencia del TEDH —que en el contexto americano tiene el carácter de fuente material— en las opiniones consultivas de la Corte IDH, naturalmente, la importancia de tal influencia está en relación directa con la eficacia de esa fuente formal.

Ha sido la propia Corte la que se ha pronunciado sobre eso, y se podría decir que no *contra legem* pero sí *sine legem*, pues el artículo 64 de la CADH no dice nada respecto de los efectos de las resoluciones en el ejercicio de su función consultiva. La Corte ha dicho que ésta es una “función asesora”²⁰, “un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso”²¹. Además, ha señalado que “las opiniones

²⁰ Corte IDH, “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte, *cit.*, nota 5, párrafo 14. Era, por lo demás, la tónica de la doctrina de la época: *v.gr.*, se afirmaba que “cuando la Corte ejercita su competencia consultiva, emite una *opinión*, que tienen el valor de un dictamen o parecer y cuya fuerza resulta sólo del respeto debido a la autoridad moral y científica de la Corte”. Dunshee de Arranches, Carlos Alberto, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Seminario regional*, *cit.*, nota 5, p. 120. La cursiva es del original. No obstante, se ha señalado que esa función asesora le corresponde a la Comisión, según se desprende del artículo 41, inciso e) de la CADH. *Cfr.* Faúndez Ledesma, Héctor, *op.cit.*, nota 7, p. 992.

²¹ Corte IDH, Restricciones a la pena de muerte, *cit.*, nota 5, párrafo 43. En el mismo sentido: Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, *cit.*, nota 14, párrafo 19; Corte IDH, La colegiación

consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”²². Es más, ha manifestado que “si esto es así, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo”²³. No obstante, en las últimas resoluciones ha ido mutando un poco su posición, al afirmar que “aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”²⁴. Pero, incluso en esa ocasión, indicó que las resoluciones emanadas en el ejercicio de la función consultiva no son vinculantes: al menos eso es lo que desprende de la frase, interpretada a *contrario sensu*, recogida líneas después, que dice: “Debe advertirse que, aún en casos *contenciosos* sometidos ante la Corte *en los cuales el Estado demandado puede ser objeto de decisiones vinculantes*, la facultad discrecional de retener el conocimiento de un caso reside en la Corte”²⁵.

Al referirse a los efectos, la Corte no ha distinguido entre los dos supuestos contemplados en los respectivos párrafos del artículo 64 de la CADH²⁶.

obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N°. 5, párrafo 21; Corte IDH, Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*, nota 15, párrafo 20; Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, *cit.*, nota 3, párrafo 64; Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N°. 17, párrafo 34; Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N°. 18, párrafo 64. Esta tesis, por lo demás, es respaldada por la doctrina de esa época: *v.gr.* Buergenthal, Thomas, “The Inter-American Court of Human Rights”, *The American Journal of International Law*, vol. 76, núm. 2, 1982, pp. 244 y ss., citado por Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 7, p. 990.

²² Corte IDH, “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte, *cit.*, nota 5, párrafo 51. En el mismo sentido, *cf.* Corte IDH, Restricciones a la pena de muerte, *cit.*, nota 5, párrafo 32; Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *cit.*, nota 20, párrafo 22.

²³ Corte IDH, “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte, *cit.*, nota 5, párrafo 51.

²⁴ Corte IDH, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A N°. 15, párrafo 26.

²⁵ *Ibidem*, párrafo 27. La cursiva no es del original.

²⁶ Por el contrario, sí los ha distinguido respecto del procedimiento. *Cfr.* Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la

Por eso, entrelazado con el tema del carácter vinculante de esas decisiones, se ha señalado que la denominación que la propia Corte y su Reglamento hacen de esas resoluciones —al llamarlas opiniones consultivas indistintamente— no es acorde con la letra del Pacto de San José²⁷. Tal tesis afirma que en el primer párrafo del artículo mencionado se establece la competencia de interpretar autorizadamente esa Convención y los otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. De manera que en este caso la Corte emite un verdadero dictamen de carácter vinculante, no sólo para el Estado que ha solicitado, sino para todo Estado parte del Pacto. En cambio, en el segundo párrafo de esa disposición, se faculta a la Corte para dar una opinión consultiva, vinculante de modo directo sólo para el Estado Parte que ha sometido el asunto²⁸.

En la discusión doctrinal sobre la conveniencia de esa idéntica denominación, paradójicamente, las tesis contrapuestas coinciden en querer reconocer un efecto vinculante a las resoluciones de la Corte en el ejercicio de su función consultiva²⁹. En efecto, aún sin hacer distinción entre los supuestos de los dos párrafos del artículo 64 de la CADH, se ha dicho:

Las opiniones consultivas (...) tienen, en general un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los estados que no han sido partes en el caso sentenciado: si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del Derecho internacional (...) que, como

naturalización, *cit.*, nota 14, párrafo 17.

²⁷ Para una crítica de los argumentos de Faúndez Ledesma, véase, Nikken, Pedro, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José, Corte IDH, 2003, t. I, pp. 171-179. Sobre valor jurídico de las opiniones consultivas, véase también, Piza Rocafort, Rodolfo, “La jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana y el valor jurídico de sus opiniones”. *Acta Académica*, núm. 3, Universidad Autónoma de Centroamérica, San José, octubre, 1988, *passim*, citado por Gros Espiell, Héctor. *La Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 173; y Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, “Eficacia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Rafael Nieto Navía (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, pp. 470-473.

²⁸ Esto último en razón del artículo 33 de este instrumento y del principio de buena fe recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sobre el particular, *cf.* Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 7, pp. 989-993. Allí se añade que el Estado miembro de OEA que haya requerido la opinión queda vinculado si decide ratificar la CADH, pues el artículo 2º. de este instrumento le exige realizar la correspondiente adecuación de su legislación interna.

²⁹ Así se ha reconocido explícitamente. *Cfr.* Nikken, Pedro, *op. cit.*, nota 26, p. 176.

fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales³⁰.

A favor de los efectos vinculantes de las opiniones consultivas se ha aducido un punto interesante: que la función consultiva de la Corte es de naturaleza jurisdiccional³¹, es decir “dice lo que es Derecho, o en otros términos, ejerce la *juris dictio*”³², y esto a pesar de que el artículo 2º. del Estatuto de la Corte habla de “función jurisdiccional” como contrapuesta a la “función consultiva”, identificando jurisdiccional con contenciosa³³. Pero, por el contrario, se ha señalado que “si bien puede calificarse de *judicial* en sentido amplio, no posee carácter jurisdiccional”³⁴.

Para mostrar el carácter vinculante de esas resoluciones, se ha argumentado también que el hecho de que la Corte las haya considerado y aplicado como jurisprudencia que sustenta sus sentencias en los casos contenciosos sólo se puede explicar en razón del valor y el efecto que esas opiniones tienen en sí mismas³⁵. No obstante, parece que al afirmar eso se ha dado un salto gratuito en el razonamiento porque, de la incorporación en las sentencias de los criterios adoptados originalmente en las opiniones consultivas, no se sigue que éstas tengan efecto vinculante: dichas opiniones podrían haberse traído a colación dentro de una sentencia a pesar de que posean solamente el carácter de fuente material, derivado de la autoridad de la misma Corte.

Ahora bien, la Corte en una resolución reciente, mediante la cual rechaza una solicitud de opinión consultiva, coloca a las opiniones y sentencias en mismo nivel de importancia, cuando dice que no admitirá la solicitud

³⁰ *Idem*.

³¹ *Cfr. ibidem*, p. 173, donde añade que “es cierto que el artículo 2 del Estatuto de la Corte parece oponer la función ‘jurisdiccional’ (...) a la ‘consultiva’ (...), pero en mi concepto tal oposición se explica porque se hizo un uso estricto del vocablo ‘jurisdiccional’, considerándolo como sinónimo de ‘contencioso’”.

³² *Idem*. En el mismo sentido, *cfr.* Gros Espiell, Héctor, “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, p. 70, y Espinal Irias, Rigoberto, “Competencia y funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Rafael Nieto Navía (ed.), *op. cit.*, nota 26, p. 125.

³³ Para una crítica de tal identificación, véase, Gros Espiell, Héctor, “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana”, *cit.*, nota 31, pp. 151 y 152, y Nikken, Pedro, *op. cit.*, nota 26, p. 173.

³⁴ Fix-Zamudio, Héctor, “Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *La Justicia Constitucional Iberoamericana*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 189.

³⁵ *Cfr.* Nikken, Pedro, *op. cit.*, nota 26, p. 174.

porque “las respuestas a las preguntas planteadas por la Comisión pueden extraerse del análisis e interpretación integral del corpus jurisprudencial del Tribunal”³⁶. Y más adelante aclara que las opiniones consultivas, y las resoluciones de los casos y las medidas provisionales integran ese corpus y “expresan la interpretación y aplicación que el Tribunal ha dado a la normativa convencional (...), lo cual también debe constituir una guía para la actuación de otros Estados que no son partes en el caso o las medidas”³⁷. Como se ve, sobre todo respecto de esta última frase, la Corte ha variado su posición jurisprudencial³⁸, y ha llegado a un punto de encuentro con lo que muchos años antes se había señalado en la doctrina: que la experiencia de otros tribunales internacionales sugiere que éstos ejercen funciones de gran incidencia, “no importa si dictan decisiones adjudicatarias u opiniones consultivas. El efecto práctico de estas decisiones es el mismo, no obstante su diferente efecto legal”³⁹.

Sin embargo, ha de tenerse presente que, desde el punto estrictamente teórico, todavía está abierta la discusión⁴⁰; además, que ésta no radica en si esas opiniones consultivas tienen efectos jurídicos *innegables*: es claro que las tienen y también lo es que no son los mismos que los de una sentencia. El problema es dilucidar en qué sentido y para quiénes es vinculante, y si todas lo son o sólo las solicitadas sobre la base del artículo 64, párrafo 1º. de la CADH.

III. LA INFLUENCIA DEL TEDH EN LAS OPINIONES CONSULTIVAS: UNA APROXIMACIÓN VÁLIDA Y NECESARIA

Para sopesar la influencia del TEDH es válido y necesario hacer una primera aproximación siguiendo un criterio preponderantemente cuantitativo.

³⁶ Corte IDH, Resolución sobre solicitud de opinión consultiva presentada por la CIDH, 24-VI-05, considerando 12.

³⁷ *Ibidem*, considerando 13.

³⁸ *Cfr.* Corte IDH, “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte, *cit.*, nota 5, párrafo 51.

³⁹ Buergenthal, Thomas, “Las convenciones europea y americana: algunas similitudes y diferencias”, *cit.*, nota 5, p. 185.

⁴⁰ *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 7, p. 1002, donde se resumen algunas de las posiciones al respecto. Sobre los efectos de las opiniones consultivas, véase también: Buergenthal, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, 2ª. ed., México, Ediciones Ger-nika, 2002, p. 224-242.

Lo que aquí se busca es determinar si en la argumentación de las veinte opiniones consultivas que la Corte ha resuelto⁴¹ —incluyendo la de los votos separados— ha sido invocada la jurisprudencia del TEDH, y también advertir cuáles no la mencionan, pues eso pone en evidencia los temas en los que la Corte no ha considerado pertinente seguir criterios ajenos al propio sistema regional.

Al ir analizando cronológicamente esas opiniones, es oportuno tener presente las diversas etapas de la historia de la Corte:

La primera abarcaría de septiembre de 1979, fecha de su instalación en San José de Costa Rica, hasta principios de 1986 en que ingresan los primeros casos contenciosos. La segunda iría de 1986 hasta 1993, en que llegan unos pocos casos y opiniones consultivas más a la Corte y se empiezan a someter las primeras solicitudes de medidas provisionales (...). La tercera etapa (...) se inicia en el año 1994, en que se intensifica el envío de casos a la Corte por la Comisión (...) y que termina en (...) junio de 2001 con la entrada en vigor de cuarto Reglamento de la Corte⁴² que da *locus standi* a las víctimas o sus representantes durante todo el proceso ante ella. A partir de junio de 2001 se inicia una cuarta etapa⁴³.

1. Primera etapa

Durante esta primera etapa la Corte IDH emitió siete opiniones consultivas⁴⁴. Ya desde el primer momento, el sistema europeo fue punto de referencia para la Corte IDH. Por un lado, su primer reglamento fue copia del Reglamento del TEDH de la época⁴⁵. Por otro, tanto la OC-1/82 como la OC-3/83, recogen una comparación de ambos sistemas de protección

⁴¹ Hasta noviembre de 2012, nota 2.

⁴² Aprobado por la Corte IDH en su XLIX Período Ordinario de Sesiones, mediante Resolución de 24 de noviembre de 2000, el cual entró en vigor el 1 de junio de 2001, y según la reforma parcial aprobada por la Corte en su LXI Período Ordinario de Sesiones, mediante Resolución de 25 de noviembre de 2003, vigente desde el 1 enero de 2004.

⁴³ Ventura Robles, Manuel, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un Tribunal permanente”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª. ed., San José, Corte IDH-ACNUR, 2003, pp. 111 y 112.

⁴⁴ Para un estudio pormenorizado de las opiniones consultivas de esta primera etapa, véase Ventura, Manuel E. y Zovatto, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios, 1982-1987*, Madrid, IIDH/Civitas, 1989, *passim*.

⁴⁵ Y copia también del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia. *Cfr.* Ventura Robles, Manuel, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un Tribunal permanente”, *cit.*, nota 42, p. 121.

de los derechos humanos⁴⁶ que destaca las diferencias de ambos órganos judiciales en lo que a las competencias consultivas se refiere. Sobre el particular, la OC-1/82, relativa a los alcances de la expresión “otros tratados” del artículo 64, párrafo 1º. de la CADH, señala que la génesis de la redacción de ese artículo “pone de manifiesto que el Pacto de San José quiso dar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una competencia consultiva lo más amplia posible, sin las limitaciones del sistema europeo”⁴⁷. Y la OC-3/93 afirma que la función consultiva conferida en ese artículo “es única en el derecho internacional contemporáneo (...). Ni la Corte Internacional de Justicia ni la Corte Europea de Derechos Humanos han sido investidas con la amplia función consultiva que la Convención ha otorgado a la Corte Interamericana”⁴⁸.

La Corte invoca por primera vez una sentencia del TEDH en la OC-4/84, para referirse al principio de no discriminación, señalando que la jurisprudencia europea ha dicho que “sólo es discriminatoria una distinción cuando «carece de justificación objetiva y razonable»”⁴⁹.

En la OC-5/85, la Corte interpretó el alcance de la libertad de expresión establecido en el artículo 13 de la CADH y señaló la no adecuación de la ley del Colegio de Periodistas del país solicitante —que establecía la colegiatura obligatoria— al contenido de ese artículo. En su argumentación, antes de invocar la jurisprudencia del TEDH, hizo una interpretación del artículo 13 de la CADH poniéndolo en paridad con el artículo 10 del CEDH, al menos en el sentido de que las restricciones de la libertad de pensamiento y expresión sólo pueden “vincularse con las necesidades legítimas de las

⁴⁶ En la línea de comparar ambos sistemas, véase también Corte IDH, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A N°. 13, párrafos 46 y 47; y Corte IDH, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *cit.*, nota 23, Voto disidente del Juez Pacheco Gómez, párrafos 17, 18 y 26. Ambas opiniones se refieren a las competencias de la CIDH.

⁴⁷ Corte IDH, “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte, *cit.*, nota 5, párrafo 46. *Cfr. ibidem*, párrafos 16 y 26.

⁴⁸ Corte IDH, Restricciones a la pena de muerte, *cit.*, nota 5, párrafo 43.

⁴⁹ *Eur. Court H. R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), judgment of 23rd July 1968, p. 34*, citada en Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, *cit.*, nota 14, párrafo 56. (Las referencias de la jurisprudencia del TEDH se transcriben tal como aparecen en las respectivas opiniones consultivas).

sociedades e instituciones democráticas”⁵⁰. Entonces, al explayarse sobre cuáles son las legítimas restricciones de la libertad de expresión, la Corte se apoyó en varias sentencias europeas que han dicho que la restricción debe ser proporcionada al interés que la motiva y ajustarse estrechamente al logro del legítimo objetivo⁵¹.

La OC-6/86 buscaba aclarar cómo se debe entender la expresión “leyes” en el artículo 30 de la CADH, y ahí la Corte hizo una breve referencia a una sentencia europea para señalar que “el concepto de leyes no puede interpretarse en abstracto y, en consecuencia, no debe divorciarse del contexto del orden jurídico que le presta sentido e incide en su aplicación”⁵².

En la OC-7/86, cuyo objeto de estudio es el artículo 14 de la CADH, que se refiere al derecho de rectificación o respuesta, se plantea la cuestión sobre si es necesario desarrollar mediante una ley ese derecho o si éste existe autónomamente, derivado de modo directo de la CADH⁵³. Para lo que aquí interesa, es relevante el hecho de que la Corte destacó, siguiendo

⁵⁰ Cfr. Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *cit.*, nota 20, párrafo 42. Eso lo logró interpretando el artículo 13 de la CADH a la luz de diversas disposiciones del sistema interamericano, que mencionan las “instituciones democráticas”, la “democracia representativa”, las “sociedades democráticas”, y el “desenvolvimiento democrático” como límite de los derechos. Cfr. *ibidem*, párrafos 42 y 43. También utilizó como instrumento hermenéutico la DADDH. Cfr. *ibidem*, párrafo 44.

⁵¹ Cfr. *The Sunday Times, judgment of 26 April 1979, Series A N°. 30, par. 62, p. 38*; véase también *Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A N°. 90, par. 59, p. 26*, citadas en *ibidem*, párrafo 46.

⁵² *Eur. Court H.R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A N°. 30, par. 47* citada en Corte IDH, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N°. 6, párrafo 20.

⁵³ El núcleo de la cuestión, brillantemente dilucidado por el Juez Piza en su opinión separada, es el siguiente: ¿Debe entenderse que ese artículo consagra un derecho de rectificación o respuesta de carácter autónomo, es decir, exigible *per se* como derecho de la CADH, que el Estado de Costa Rica debe respetar y garantizar en virtud del artículo 1º., inciso 1º. de esa Convención, aún en ausencia de ley interna que lo desarrolle? ¿o se trata, por el contrario, de un derecho necesitado de desarrollo por el ordenamiento interno que, por ende, no puede exigirse *per se* como derecho de la CADH mientras el Estado de Costa Rica, en virtud del artículo 2 de la CADH, tome las medidas necesarias, normativas o de otro carácter, para hacerlo plenamente eficaz? ¿o se trata, simultáneamente, de ambas cosas: un derecho exigible *per se*, que el Estado esté obligado, tanto a respetar y garantizar de una vez, como a desarrollar, estableciendo legalmente las condiciones a que se refiere el artículo 14, párrafo 1º.? Cfr. Corte IDH, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A N°. 7, Opinión separada Juez Piza, párrafo 6.

lo dicho en el contexto europeo, la relación que existe entre el derecho de rectificación o respuesta y la libertad de expresión⁵⁴. En su opinión separada, el Juez Gros Espiell reiteró eso: “el derecho de rectificación o respuesta sólo se comprende y se explica en función de la libertad de pensamiento, expresión e información. Estos derechos forman un complejo unitario e independiente”⁵⁵, y añadió que “la libertad de pensamiento y de expresión constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desenvolvimiento de la personalidad de cada uno de sus miembros” y, haciendo mención de lo dicho por el TEDH, señaló que “hay que reconocerla, incluso cuando su ejercicio provoque, choque o inquiete” y que el respeto a la libertad de expresión es una exigencia “pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto, sin los cuales no es posible la existencia de una sociedad democrática”⁵⁶.

En este pronunciamiento también se recogió la opinión separada del Juez Piza que, al afirmar que el derecho internacional se viola tanto por acción como por omisión, invocó como apoyo de su tesis una sentencia del TEDH, que dice: “No es posible parapetarse detrás de las eventuales lagunas del derecho interno para sustraerse a los compromisos contraídos en virtud del artículo 6o. del Convenio Europeo, que consagra los derechos al debido proceso”⁵⁷. De esta manera el juez deseaba señalar que la CADH se puede violar por ausencia de ley, y que sería el caso en que ésta fuera necesaria para lograr el efectivo ejercicio del derecho de rectificación o respuesta.

Como se ha visto, en esta primera etapa la Corte invocó la jurisprudencia del TEDH en cuatro ocasiones, pero cabe anotar que en varias hizo alguna mención del sistema europeo⁵⁸.

⁵⁴ Cfr. Corte IDH, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, *cit.*, nota 52, párrafo 25.

⁵⁵ *Ibidem*, Opinión separada del Juez Gros Espiell, párrafo 5.

⁵⁶ *Eur. Court H. R., Lingens case, judgment of 8 July 1986, Series A N.º. 103, par. 41*, citada en *idem*. (El primer entrecomillado, aunque no aparece señalado en el texto de la opinión separada, también pertenece a la misma sentencia allí referida).

⁵⁷ *Eur. Court H. R., Eckle case of 15 July 1982 Series A N.º. 51, par. 84*; véase también *Marckx case, judgment of 13 June 1979, Series A N.º. 31, par. 3*, citada en Corte IDH, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, *cit.*, nota 52, Opinión separada del Juez Piza, párrafo 19.

⁵⁸ Además de las comparaciones ya señaladas entre las competencias consultivas del TEDH y la Corte IDH, se hacen dos interesantes remisiones a un pronunciamiento de la Comisión Europea de Derechos Humanos. La primera para referirse a las pecu-

2. Segunda etapa

Durante este período, que va de 1986 a 1994, la Corte dividió sus esfuerzos en atender un considerable número de casos contenciosos y medidas provisionales, y dictó seis opiniones consultivas, de las cuales —salvo la OC-13/93, en la que hace una comparación entre las competencias de la CIDH y la Comisión Europea⁵⁹— no se hizo referencia al TEDH ni al sistema europeo en general.

Todas las opiniones se refieren a aspectos muy puntuales del sistema interamericano. Unas son sobre las exigencias de la propia CADH en materia de las garantías judiciales en estados de emergencia⁶⁰, del debido proceso —la doble instancia en materia penal—⁶¹ y del agotamiento de recursos internos⁶². Otras son relativas a las competencias de sus órganos: los alcan-

liaridades de los tratados de derechos humanos: “Las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención [Europea] son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes”, *“Austria vs. Italy”, Application N.º 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, p. 140, citada en Corte IDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit., nota 11, párrafo 29. La segunda aparece en el pasaje en el que pone de relieve la relación entre los tratados sobre derechos humanos y el orden público, y esto con el fin de señalar que la libertad de expresión en el ámbito americano es parte del “orden público primario y radical de la democracia”. Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, cit., nota 20, párrafo 52. Allí la Corte cita otra parte de ese pronunciamiento que recoge las siguientes palabras del Preámbulo del CEDH: “El propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocos con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino... establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideales, libertad y régimen de derecho”, *ibidem*, p. 138 citada en *idem*.*

⁵⁹ Corte IDH, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *cit.*, nota 45, párrafos 46 y 47.

⁶⁰ Corte IDH, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2; 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N.º. 8, y Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2; 25 y 8o. Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N.º. 9.

⁶¹ Corte IDH, Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*, nota 15, aunque ésta es más bien una resolución de no dar respuesta a la consulta.

⁶² Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1; 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A N.º. 11.

ces de diversas atribuciones de la CIDH⁶³ y la posibilidad de que la Corte interprete, en el ejercicio de su función consultiva, la DADDH⁶⁴.

3. Tercera etapa

Como se ha dicho, esta etapa se inicia en 1994 y termina en junio de 2001, con la entrada en vigor de cuarto Reglamento de la Corte. Durante estos años este órgano dictó la OC-14/94, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias del Pacto de San José. Se trata de un tema muy propio del sistema interamericano, pues en el CEDH no existe una norma análoga al artículo 2º. de la CADH⁶⁵. Sin embargo, cuando en la opinión se afirmó que “la Comisión no puede someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas”⁶⁶, se hizo referencia a tres sentencias del TEDH que señalan que la denuncia que se presenta ante la Comisión debe ser sobre una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados⁶⁷, que denuncien violaciones concretas y que hayan agotado los recursos internos⁶⁸. En definitiva, se trató así de perfilar el concepto de víctima.

La OC-15/97, que se refiere a los informes de la CIDH, es la única opinión de esta época en la que se omitió toda invocación a la jurisprudencia europea⁶⁹.

La OC-16/99 buscó determinar si el artículo 36, inciso 1º., subincisos b y c de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares —que establece

⁶³ Corte IDH, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *cit.*, nota 45.

⁶⁴ Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*, nota 12.

⁶⁵ Sobre el particular, aunque no referido a esta resolución, *cfr.* Corte IDH, Corte IDH, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, *cit.*, nota 52, Opinión separada del Juez Gros Espiell, párrafo 6.

⁶⁶ *Cfr.* Corte IDH, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1º. y 2º. Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A Nº. 14, párrafo 45.

⁶⁷ *Cfr. ibidem*, párrafo 47.

⁶⁸ *Cfr. ibidem*, párrafo 45.

⁶⁹ Hay sólo una comparación de la CIDH con la Comisión Europea de Derechos Humanos. *Cfr.* Corte IDH, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *cit.*, nota 23, Voto disidente de Juez Pacheco Gómez, párrafos 16, 18 y 26.

el deber de informar al extranjero privado de libertad su derecho a contar con la asistencia consular— ha de considerarse parte de las exigencias del debido proceso, establecidas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 3º. de la Carta de la OEA y el artículo II de la DADDH.

Como bien se ha señalad⁷⁰, esta solicitud fue admisible gracias a la interpretación extensiva que la Corte hiciera en la OC-1/82 respecto de su propia competencia consultiva, en el sentido de que ésta incluye también tratados cuyo objeto principal no son los derechos humanos o cuyo origen sea ajeno al sistema interamericano.

En OC-16/99 se citaron tres sentencias del TEDH⁷¹ y dos adicionales en el voto concurrente del Juez Cançado Trindade⁷² para referirse al criterio hermenéutico de interpretación evolutiva, un tema importante desde el punto de vista teórico y práctico, que merecería un análisis por separado. Baste aquí decir que en la OC-10/89, siguiendo a la Corte Internacional de Justicia⁷³, la Corte IDH ya había aplicado este criterio, pero en relación a la naturaleza del instrumento. Entonces afirmó que en el ejercicio de su función consultiva era competente para interpretar la DADDH, aunque ésta no fuera en puridad de principios un tratado, porque los instrumentos se deben interpretar según el contexto del momento en que se interpretan y no según el contexto en el que fueron creados⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. Nikken, Pedro, *op. cit.*, nota 26, pp. 166 y 167.

⁷¹ *Eur. Court H. R., Tyrer v. United Kingdom judgment of 25 April 1978, Series A N.º. 26, pp. 15-16, par. 31, Eur. Court H. R., Marckx case, judgment of 13 June 1979, Series A N.º. 31, p. 19, párrafo 41; Eur. Court H. R., Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections) judgment of 23 March 1995, Series A N.º. 310, p. 26, par. 71* citadas en Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, *cit.*, nota 3, párrafo 114.

⁷² *Eur. Court H. R., Airey versus Irlanda (1979) y Eur. Court H. R., Dudgeon versus Reino Unido (1981)*. Cfr. Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, *cit.*, nota 3, Voto concurrente del Juez Cançado Trindade, párrafo 7.

⁷³ “Un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pp. 16-31*, citada en Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*, nota 12, párrafo 37.

⁷⁴ Cfr. *idem*.

En la OC-16/99, al invocar de nuevo a la Corte Internacional de Justicia⁷⁵, la Corte aplica ese criterio hermenéutico, ya no a la naturaleza sino al contenido del instrumento. Además unió al criterio de interpretación evolutiva la noción de *corpus iuris gentium*. Fue entonces cuando trajo a colación la jurisprudencia europea para afirmar que las normas que integran el corpus del Derecho Internacional de los Derechos Humanos deben interpretarse según la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁷⁶. De ese modo, resolvió que el artículo 36, inciso 1º., subinciso b mencionado “permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”⁷⁷.

En este pronunciamiento también se remitió a una sentencia del TEDH para indicar que, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, se muestra “una clara tendencia restrictiva a la aplicación de la pena de muerte hacia su supresión final”⁷⁸.

Termina así una etapa más de la historia de la Corte, pero conviene recordar que durante este período entra en vigor el Protocolo 11 del CEDH⁷⁹, que modifica el diseño institucional y procesal de todo el sistema europeo, lo que incidirá directamente en el aumento de jurisprudencia proveniente del TEDH.

4. Cuarta etapa

Esta época comenzó con la entrada en vigor de ese nuevo reglamento de la Corte IDH⁸⁰, que vino de modo concomitante al reglamento de la

⁷⁵ Cfr. Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, *cit.*, nota 3, párrafo 113.

⁷⁶ Cfr. *ibidem*, párrafo 114.

⁷⁷ *Ibidem*, parte resolutive, párrafo 6.

⁷⁸ *Eur. Court H. R., Soering case, decision of 26 January 1989, Series A N°. 161; par. 102*, citada en *ibidem*, párrafo 134.

⁷⁹ Protocolo 11 de reforma al CEDH, firmado el 11 de mayo de 1994, entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. Sobre los aspectos institucionales y de procedimiento del sistema europeo tanto anteriores como posteriores a este protocolo, véase entre otros, Arriaga, Inés y Zoco, Cristina, “La reforma del sistema de protección de los derechos del hombre instaurado por el convenio europeo de 1950: el protocolo N°. 11”, *Humana Iura* (Suplemento de Derechos Humanos de la *Revista Persona y Derecho*), núm. 5, 1995, Pamplona, *passim*.

⁸⁰ Véase nota 41. Sobre ese nuevo reglamento, véase, Cançado Trindade, Antonio Augusto, “El Nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000):

CIDH⁸¹. Las reformas más significativas se dieron en el campo de la competencia contenciosa de la Corte, y éste ha sido uno de los factores por los que ha aumentado desde entonces exponencialmente el número de casos de esta naturaleza tramitados por ese órgano judicial⁸². En lo que se refiere a la competencia consultiva, se dictaron pocas pero importantes opiniones.

La OC-17/02 es la que hasta el momento ha hecho más referencia a la jurisprudencia del TEDH. En esa opinión la Corte citó veinticinco sentencias de ese tribunal⁸³. Fue solicitada por la CIDH, quien originalmente pidió la interpretación de los artículos 8o. y 25 de la CADH -que tratan sobre las garantías del debido proceso y la protección judicial, respectivamente- en relación con el artículo 19 de la CADH. Éste señala: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Lo que estaba por dilucidar era si esas medidas de protección, de las que habla ese artículo 19, constituyen algún límite al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados, al aplicar a los niños el contenido de los artículos 8o. y 25 de la CADH. Además, se solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la CADH⁸⁴. En un segundo momento, la CIDH “amplió su planteamiento y requirió la interpretación de otros tratados, principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño, en

La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, San José, edición especial, vol. 30-31, 2001, *passim*. pp. 45-71. Y también, Gialdino, Rolando E., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos”, *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, vol. 2, 2006, *passim*.

⁸¹ Aprobado por la Comisión en su 109o. Período Extraordinario de Sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, y modificado en su 116o. Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002, en su 118o. Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 6 al 24 de octubre de 2003 y en su 126o. Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 27 de octubre de 2006.

⁸² *Cfr.* Ventura Robles, Manuel, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente, Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, *passim* y la jurisprudencia de la Corte IDH en el ejercicio de su competencia contenciosa que aparece en el sitio www.corteidh.or.cr.

⁸³ Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, *cit.*, nota 20. Algunas, en más de una ocasión, pues se pronuncian sobre diversos temas. Por ser estas invocaciones tan numerosas, sólo se indicarán los párrafos de esta opinión que refieren esas sentencias.

⁸⁴ *Cfr.* Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, *cit.*, nota 20, párrafos 1 y 18.

cuanto estos últimos podían contribuir a fijar el alcance de la Convención Americana”⁸⁵.

Esta OC-17/02, al entrar en temas de fondo, comenzó definiendo el concepto de niño; después se refirió a la igualdad y ahí hizo la primera invocación a la jurisprudencia europea, que es en realidad una reiteración de la que ya había hecho en la OC-4/84⁸⁶. Esta vez amplió el número de sentencias en las que se ha establecido que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”, pues sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”⁸⁷.

Luego el pronunciamiento tituló el siguiente apartado así: “Deberes de la familia, la sociedad y el Estado. Familia como núcleo central de protección”. Aquí afirmó:

“...en principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”⁸⁸.

La Corte señaló que el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, es un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocido en diferentes instrumentos internacionales⁸⁹. Después añadió una frase llena de sentido: “Es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia”⁹⁰. Y, entonces, indicó que el TEDH “ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar «no está reducid[o] únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio»”⁹¹.

⁸⁵ *Ibidem*, párrafo 20.

⁸⁶ Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, *cit.*, nota 14, párrafo 55.

⁸⁷ *Cfr.* Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, *cit.*, nota 20, párrafo 46.

⁸⁸ *Ibidem*, párrafo 66.

⁸⁹ *Cfr. ibidem*, párrafos 67 y 68.

⁹⁰ *Ibidem*, párrafo 69.

⁹¹ *Eur. Court H. R., Keegan v. Ireland, Judgment of 26 May 1994, Series A N.º. 290, par. 44; y Eur. Court H. R., Case of Kroon and Others v. The Netherlands, Judgment 27th October, 1994, Series A N.º. 297-C, par. 30*, invocadas en *idem*. Sobre esto cabe hacer notar que la juris-

Posteriormente, esta opinión consultiva se refirió a la separación del niño de su familia, afirmando que cabe sólo de modo excepcional. Aquí de nuevo se mencionó la jurisprudencia de Estrasburgo. Ésta ha analizado el asunto desde el prisma del artículo 8o. del CEDH, que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar. El TEDH ha dicho que “el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia”⁹²; y “que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada”⁹³. Además, ha señalado que “las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención”⁹⁴, que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas y, también, que una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia⁹⁵. Finalmente, el TEDH ha subrayado que, cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia, debe estar justificada por el interés del niño⁹⁶.

Apoyándose en la jurisprudencia europea, la Corte dijo que “las autoridades poseen, en algunos casos, facultades muy amplias para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño”⁹⁷. Pero acertadamente agregó, también con base en esa jurisprudencia, que “debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres”⁹⁸, y “que la autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor”⁹⁹.

El pronunciamiento se refirió después a las obligaciones positivas estatales en esta materia e invocó la jurisprudencia del TEDH para señalar diversos deberes del Estado: resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; prestar asistencia a la familia, mediante la adop-

prudencia europea está definiendo el concepto de vida familiar, sin embargo, la Corte IDH invoca ese pronunciamiento para definir el concepto de familia.

⁹² Cfr. Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, *cit.*, nota 20, párrafo 72, cinco sentencias invocadas.

⁹³ *Idem*, tres sentencias invocadas.

⁹⁴ *Idem*, cuatro sentencias invocadas.

⁹⁵ Cfr. *idem*, pero no se mencionan las sentencias que recogen esa línea jurisprudencial.

⁹⁶ Cfr. *ibidem*, párrafo 73, tres sentencias invocadas.

⁹⁷ *Ibidem*, párrafo 74, siete sentencias invocadas.

⁹⁸ *Idem*, cuatro sentencias invocadas.

⁹⁹ *Idem*, cuatro sentencias invocadas.

ción de medidas que promuevan la unidad familiar¹⁰⁰; reconocer el derecho del niño a ser protegido contra interferencias de actores no estatales como, por ejemplo, el maltrato de uno de los padres¹⁰¹ y, además, el deber de intervenir para proteger a “los niños han sido descuidados por sus padres y carecen de satisfacción (*sic*) para afrontar sus necesidades sociales básicas”¹⁰².

En el último apartado la Corte desarrolló un amplio espectro de derechos del debido proceso y protección judicial de los niños, que fue originalmente el objeto de la consulta. La jurisprudencia de Estrasburgo se trajo a colación para hablar del principio de contradicción —que debe cumplirse tanto si el niño interviene por sí, como cuando lo hace mediante representantes—¹⁰³, y a los límites del principio de publicidad. Sobre éste indicó que “a los niños acusados de crímenes debe respetárseles totalmente su privacidad en todas las etapas del proceso”¹⁰⁴.

La OC-18/03 se refiere a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. En esta ocasión, la Corte invocó siete sentencias del TEDH. La opinión dedicó un apartado a desarrollar el alcance de la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos. Allí señaló que la jurisprudencia europea ha indicado que el CEDH no sólo obliga a las altas autoridades de los Estados parte a respetar los derechos y libertades que contiene sino que, con el fin de garantizar el disfrute éstos, aquellas autoridades deben prevenir o reparar cualquier violación a niveles subordinados¹⁰⁵.

En esta opinión, al ocuparse del principio de igualdad y no discriminación, la Corte dijo de nuevo, con palabras de la sentencia que había citado en la OC-4/04, que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”, y que sobre la base de “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, el TEDH ha advertido que sólo es discriminato-

¹⁰⁰ Cfr. *ibidem*, párrafo 88, tres sentencias invocadas.

¹⁰¹ Cfr. *ibidem*, párrafo 90, una sentencia invocada.

¹⁰² *Idem*, una sentencia invocada.

¹⁰³ Cfr. *ibidem*, párrafo 132, tres sentencias invocadas.

¹⁰⁴ *Eur. Court H. R., Case T v. The United Kingdom, Judgment of 16 December, 1999 (s. n.), par. 74*, citada en *ibidem*, párrafo 134.

¹⁰⁵ Cfr. *Eur. Court H. R., Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A, N.º. 25, par. 239*, referida en Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, *cit.*, nota 20, párrafo 80.

ria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”¹⁰⁶. Además añadió tres sentencias europeas que refuerzan esa línea jurisprudencial y que son las mismas que invocó en la OC 17/02¹⁰⁷. Lo que varió esta vez respecto de las otras ocasiones en las que la Corte se ha referido a este principio, es que en ésta se recogen unos párrafos muy significativos de la sentencia citada en la OC-4/84. Uno de éstos dice:

“Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo”¹⁰⁸.

Un criterio de no menor entidad es el que contiene otro párrafo de esa misma sentencia, que advierte las consecuencias de la naturaleza subsidiaria de los sistemas internacionales de protección de los derechos:

En su intento de encontrar en un caso concreto si ha habido o no una distinción arbitraria, la Corte [europea] no puede hacer caso omiso de los aspectos jurídicos y fácticos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como Parte Contratante, tiene que responder por la medida en discusión. Al hacerlo, no puede asumir el papel de las autoridades nacionales competentes, ya que perdería de vista la naturaleza subsidiaria de la maquinaria internacional de aplicación colectiva establecida por la Convención. Las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias sometidas a la Convención. El análisis de la Corte se limita a la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la Convención¹⁰⁹.

Como es natural, uno de los apartados de la opinión se refiere específicamente a los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados. En este contexto, la Corte hacer ver que la CADH —de modo análogo a lo que la jurisprudencia europea ha dicho respecto del CEDH— tiene efica-

¹⁰⁶ *Eur. Court H. R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, par. 10*, citada en *ibidem*, párrafo 89.

¹⁰⁷ *Cfr. Eur. Court H. R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, par. 39; Eur. Court H. R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, par. 46; Eur. Court H. R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, par. 30*; citadas en *idem*, y en Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, *cit.*, nota 20, párrafo 46.

¹⁰⁸ *Eur. Court H. R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A, 1968, par. 10*, citada en Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, *cit.*, nota 20, párrafo 90.

¹⁰⁹ *Idem*.

cia en las relaciones entre particulares¹¹⁰. Y, a modo de ejemplo, trae dos sentencias europeas: una relativa a la libertad de asociación, que incluye la libertad negativa de pertenencia a un sindicato¹¹¹, y otra al derecho al respeto a la vida privada y familiar, que supone la necesidad de que el Estado exija eficazmente a los individuos a abstenerse de toda interferencia que lesione tal derecho¹¹².

Por otro lado, el voto concurrente del Juez Cançado Trindade menciona dos sentencias del TEDH: una, para referirse al principio de igualdad y no discriminación, en apoyo de la tesis de que ha emergido el derecho autónomo a la igualdad; y, otra, para señalar que las prohibiciones de las normas de *ius cogens* alcanzan las violaciones potenciales a los derechos¹¹³.

En las dos últimas opiniones consultivas emitidas por la Corte no hay referencia alguna al TEDH¹¹⁴.

IV. ALGUNOS FACTORES QUE HAN INCIDIDO EN LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Corresponde ahora preguntarse cuáles factores han contribuido a que buena parte de las opiniones consultivas hayan invocado la jurisprudencia del TEDH. Con carácter hipotético se podrían señalar los siguientes: la etapa en que fueron dictadas las opiniones, la integración del órgano — asunto naturalmente unido al anterior—, la influencia de los *amici curiae* y el tema sobre el que versa la opinión.

¹¹⁰ Cfr. *ibidem*, párrafo 143.

¹¹¹ *Eur. Court H. R., Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom, (Merits) Judgment of 13 August 1981, Series A N.º. 44, pars. 48 to 65*, citada en Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, *cit.*, nota 20, párrafo 143.

¹¹² *Eur. Court H. R., Case of X and Y v. The Netherlands, (Merits) Judgment of 26 March 1985, Series A N.º. 91, par. 23*, citada en *idem*.

¹¹³ Cfr. *ibidem*, Voto concurrente del Juez Cançado Trindade, párrafos 61 y 69, respectivamente.

¹¹⁴ Cfr. Corte IDH, Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A N.º. 19; Corte IDH, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009. Serie A N.º. 20.

1. La etapa en que fueron dictadas

Como se ha visto, las opiniones que invocan alguna sentencia del TEDH son las siguientes: De la primera etapa, las que se refieren a una propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (OC-4/84); a la colegiación obligatoria de periodistas (OC-5/85); a la expresión “leyes” en el artículo 30 de la CADH (OC-6/86), y a la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (OC-7/86). De la segunda etapa, ninguna y de la tercera, aquéllas cuyo objeto son, respectivamente, la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la CADH (OC-14/94), y el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (OC-16/99). De la última etapa, las relativas a la condición jurídica y derechos del niño (OC-17/02) y a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03).

Como se puede observar, si bien en las últimas etapas hay una mayor recurrencia a la jurisprudencia del TEDH, el crecimiento no es tan considerable. Es más, se puede advertir que el número de opiniones de la primera época son siete y en cuatro de éstas hay invocación; la proporción es similar si se suman el número de opiniones de las últimas etapas juntas: de siete opiniones, hay invocaciones en cuatro de éstas. Además no se ha de perder de vista el amplio arco correspondiente a la segunda etapa en la que no hubo referencia alguna. Ahora bien, lo que sí varía significativamente es el número de sentencias europeas mencionadas en cada una de esas opiniones: las primeras invocaban una o dos sentencias, en cambio, en las últimas se aumenta el número: tres en la OC-16/99, veinticinco en la OC-17/02 y siete en la OC-18/03. Sin embargo, pudo haber influido la entrada en vigor del Protocolo 11. En efecto, de las veinticinco sentencias citadas en la OC-17/02, trece son posteriores a ese hecho; pero por otro lado, si éste hubiese sido tan determinante, se habría dado un incremento ininterrumpido de sentencias invocadas a partir de la OC-16/99.

2. La integración del órgano

En las primeras cinco opiniones intervinieron prácticamente los mismos jueces: Reina, Nikken, Monroe, Cisneros, Piza, Buergenthal y Nieto. Entre esas opiniones, dos contienen invocaciones y tres hacen mención del sistema europeo.

En la OC-16/99 forman parte del órgano los jueces Salgado, Pacheco, Cançado Trindade, Jackman, Abreu y García. Esa integración se mantiene

casi intacta hasta la OC-18/03, y en las tres opiniones consultivas se hace referencia a la jurisprudencia de Estrasburgo.

De manera que podría concluirse que la recurrencia a la jurisprudencia del TEDH está determinada por quiénes son los miembros del órgano, y no parece extraño que sea así, pues en la redacción de los textos jurisprudenciales influye la formación de los jueces: en este caso, su conocimiento de otros sistemas —el universal y el europeo—; su dominio de otras lenguas, su formación humanística, su apertura cultural, etc. No obstante, tal apreciación debe matizarse, porque, por ejemplo, las OC-8/87 y OC-9/87, que no contienen ningún señalamiento a dicha jurisprudencia, fueron suscritas por los mismos jueces que lo hicieron en la OC-7/86. Aún así, no es aventurado afirmar que la integración de la Corte incide en la receptividad de la jurisprudencia europea.

3. *La intervención de los amici curiae*

La figura del *amicus curiae*¹¹⁵ se abre paso y democratiza las instancias judiciales¹¹⁶. Este hecho de notable interés para la sociología jurídica, no deja de tenerlo también para el derecho procesal, porque se trata de la utilización de una figura más propia del contexto contencioso. Sin embargo, el artículo 63, párrafo 3º. del Reglamento de la Corte, claramente prevé la posibilidad de la intervención del *amicus curiae* en el ejercicio de su función consultiva y este cauce ha sido aprovechado desde la primera opinión consultiva. De hecho, de las veinte opiniones consultivas, sólo en las OC-4/84 y OC-12/91¹¹⁷ no hubo participación de *amici curiae* y, en varias, el número de éstos ya había sido bastante significativo¹¹⁸. Pero sobre la influencia

¹¹⁵ Sobre la figura en la Corte IDH, véase, Moyer, Charles, “*The Role of Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights*”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, *cit.*, nota 31, pp. 103-114.

¹¹⁶ Sobre éstas y otras ventajas, y los riesgos de la utilización de esta figura, *Cfr.* Bazán, Víctor, “*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, vol. 1, 2004, pp. 278-280.

¹¹⁷ Y ésta es en realidad una resolución en la que la Corte decide no darle respuesta a la consulta, del mismo modo que sucedió con las resoluciones de solicitud de opinión del 10 de octubre de 2005 y del 24 de noviembre de 2005, respectivamente. Estas últimas no fueron catalogadas por la Corte como opiniones consultivas, por tanto, no les otorgó un número consecutivo en la Serie A, sino simplemente como resoluciones. *Cfr.* www.corteidh.or.cr

¹¹⁸ *Cfr.* Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *cit.*, nota 20; Corte IDH, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *cit.*, nota 45.

de los *amici curiae*, lamentablemente no es posible hacer un juicio certero respecto de la totalidad de las opiniones consultivas, pues sólo a partir de la OC-17/02, relativa a la condición jurídica y derechos del niño¹¹⁹, se incorpora al texto de la opinión un resumen de los escritos e intervenciones orales realizadas por los *amici curiae*. Entonces las observaciones que aquí se pueden hacer sobre la posible repercusión de los argumentos de éstos en los de los jueces —desde el prisma que aquí se ha utilizado: la influencia del TEDH en el ejercicio de la función consultiva de la Corte IDH— se circunscriben a los tres últimos pronunciamientos.

En las intervenciones realizadas por los *amici curiae* en las más recientes opiniones —OC-17/02, OC-19/05, OC-20/09— no hay ninguna referencia a la jurisprudencia europea. En relación a estas dos últimas, tal omisión no causa extrañeza pues, como se ha anotado líneas atrás, tampoco el razonamiento del órgano refiere sentencias europeas; pero respecto de la primera sí, porque es la opinión consultiva que ha invocado más sentencias del TEDH.

En cambio, en las intervenciones realizadas en el procedimiento de la OC-18/03, hay varias alusiones a esa jurisprudencia. Lo interesante es que éstas son las mismas que aparecen en dos votos particulares. En efecto, el argumento utilizado por *Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito* es recogido en el voto concurrente del Juez Abreu Burelli¹²⁰. Es lamentable que en ninguno de los dos casos se cita una sentencia concreta que avale lo que señalan que el TEDH ha dicho; además, parece que el *amicus curiae* advierte sobre cuáles serían las consecuencias —los efectos— en el caso de que se acepte que el principio de igualdad y no discriminación es una norma de *ius cogens* y, al hacerlo, se remite a la jurisprudencia europea sobre los efectos de esas normas; en cambio, el voto salvado afirma que el principio de igualdad y no discriminación es una norma de *ius cogens*, y entonces refiere lo que el *amicus curiae* indica que el TEDH ha sostenido sobre los efectos de este tipo de normas.

En esa misma opinión consultiva, hay otras dos referencias a la jurisprudencia europea hecha por un *amicus curiae* y ambas se dan en relación con el principio de igualdad y no discriminación. El *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* (CEJIL), argumenta que “la Corte Europea ha

¹¹⁹ Cfr. Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, *cit.*, nota 20, párrafo 15.

¹²⁰ Cfr. Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, *cit.*, nota 20, párrafo 47, *Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*; y Voto concurrente del Juez Abreu Burelli, parte I.

analizado tratamientos discriminatorios en razón de la orientación sexual y la edad”¹²¹. Y luego añade que “en el caso *Gaygusuz v. Austria* la Corte Europea indicó que deben alegarse razones de mucho peso para que la diferencia de trato, fundada sólo en la nacionalidad, sea considerada compatible con la Convención Europea”¹²². Esta misma sentencia se encuentra en el voto del Juez Cançado Trindade para aducir que “se ha de considerar discriminatoria cualquier distinción que no tenga un propósito legítimo, o una justificativa objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados”¹²³ y que, además, se está dando en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contemporáneo “la emergencia y evolución de un verdadero *derecho a la igualdad*”¹²⁴.

4. *El tema de la consulta*

Como se ha visto, la Corte ha utilizado sentencias del TEDH en apoyo de sus argumentos sobre la libertad de expresión (OC-5/85) y la relación de ésta con el derecho de rectificación o respuesta (OC-7/86); el principio de no discriminación (OC-4/84, OC-17/02, OC-18/03); la necesidad de interpretar el concepto de leyes según su contexto jurídico (OC-6/86) y el concepto de víctima (OC-14/94); los criterios hermenéuticos (OC-16/99); diversos derechos del niño y asuntos conexos (OC-17/02); la naturaleza subsidiaria de los sistemas internacionales de protección de los derechos y, finalmente, sobre la eficacia de la CADH en las relaciones entre particulares (ambas en la OC-18/03).

Por otro lado, dos opiniones separadas (ambas de la OC-7/86) mencionan la jurisprudencia del TEDH: el Juez Gros Espiell para señalar la relación entre el derecho de rectificación o respuesta y el de libertad de expresión, y entre éste y la democracia; y el Juez Piza para señalar que el Estado puede violar el derecho internacional por acción o por omisión. El Juez Cançado Trindade lo hace en dos votos concurrentes: en uno, para referirse al criterio hermenéutico de interpretación evolutiva (OC-16/99)

¹²¹ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, *cit.*, nota 20, párrafo 47, *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)*. Sin embargo, aquí tampoco se menciona sentencia alguna.

¹²² *Idem.*

¹²³ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, *cit.*, nota 20, Voto concurrente de Juez Cançado Trindade, párrafo 60.

¹²⁴ *Ibidem*, párrafo 61. La cursiva es del original.

y, en otro, para hacerlo tanto sobre la igualdad y no discriminación como sobre la tesis de que las prohibiciones de las normas de *ius cogens* alcanzan las violaciones potenciales a los derechos (OC-18/03).

Se puede observar que en la mayoría de los casos se trata de temas de derecho sustantivo o de principios basilares, que son susceptibles de ser comunes a cualquier sistema de protección de derechos —incluso a nivel interno—.

La Corte no hace invocaciones propiamente¹²⁵ en las opiniones sobre la competencia consultiva de la Corte (OC-1/82, OC-2/82, OC-10/89, y en lo conducente OC-3/83), sobre la competencia de la CIDH (OC-13/93, OC-15/97, OC-19/05) y aspectos relativos al procedimiento ante este órgano —cuándo se han de considerar agotados los recursos internos, que es condición de admisibilidad de la petición— (OC-11/90) o a la figura del juez *ad hoc* (OC-20/09). Tampoco en lo relativo a la interpretación de varios artículos de la CADH: el artículo 4º., párrafos 2º. y 4º., relativo a las restricciones de la pena de muerte (OC-3/83); el artículo 7º., párrafo 6º., el artículo 25, párrafo 1º. y el artículo 27, párrafo 2º. con el fin de determinar si es posible suspender el derecho al recurso de hábeas corpus en los estados de emergencia (OC-8/87); y los artículos 8º., 25 y 27, párrafo 2º. para precisar cuáles son las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión en los estados de emergencia (OC-9/87). Todos son temas que se refieren a aspectos muy puntuales de la letra de la CADH y del funcionamiento del sistema interamericano.

V. CONCLUSIÓN¹²⁶

1. Ya desde la primera opinión consultiva, el sistema europeo fue punto de referencia para la Corte IDH. De veinte opiniones consultivas, sólo siete no hacen mención de ese sistema. Pero en lo que se refiere específicamente a la jurisprudencia del TEDH, sólo ocho opiniones consultivas hacen invocación expresa.

¹²⁵ Aunque en algunas de ellas sí recurre a la comparación con el sistema europeo: Corte IDH, “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte, *cit.*, nota 5; Corte IDH, Restricciones a la pena de muerte, *cit.*, nota 5; Corte IDH, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Corte IDH, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *cit.*, nota 23.

¹²⁶ No se hacen conclusiones sobre el marco conceptual, porque su desarrollo tuvo sólo un carácter instrumental.

2. Desde el punto de vista cuantitativo, sobresale la opinión sobre la condición jurídica y derechos del niño (OC-17/02). Pero, cualitativamente, son relevantes esa misma y la relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03). En esta última se precisa aún más el alcance del principio de no discriminación, los límites de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y la eficacia de la CADH. Aunque, naturalmente, no se ha de soslayar la importancia de la opinión sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (OC-16/99), porque señala un criterio hermenéutico que podría tener especial repercusión.

Sobre el derecho a la libertad de expresión, desarrollado de modo particular en la opinión sobre la colegiatura obligatoria de los periodistas (OC-5/85), lo interesante es que la Corte, previo a la recepción de la jurisprudencia europea, realiza una homologación de los artículos 10 del CEDH y 13 de la CADH. Tal homologación la hace para señalar que la democracia constituye el marco para la determinación de las restricciones válidas de ese derecho. Se muestra así el peso de la labor hermenéutica de la Corte que hace posible la invocación de una jurisprudencia que emerge en un contexto normativo significativamente diferente.

3. Aunque el mayor número de sentencias invocadas se ha dado en las últimas opiniones consultivas, parece que el acudir a la jurisprudencia del TEDH ha estado más determinado por el tema —la materia sobre la que versa la opinión— que por los otros factores analizados. Sin embargo, es patente que la integración del órgano y la época de la resolución —considerando en esto también el momento histórico institucional del sistema europeo— tienen su cuota de incidencia.

4. En todo caso, lo que se puede constatar es que la influencia del TEDH trasciende las fronteras del sistema regional europeo, a tal grado que se puede decir que su jurisprudencia constituye una fuente material de destacada relevancia en el ámbito americano, pues al incorporarse a la jurisprudencia de la Corte IDH, configura formalmente los ordenamientos jurídicos de este Continente. Se está entonces ante un fenómeno de la globalización jurídica que, probablemente, será cada vez más acusado, también porque es de esperar que la Corte IDH comience a conocer un número mayor de temas que ya han sido tratados en el TEDH.

5. Como se advirtió desde el principio, estas líneas han sido casi en su totalidad de naturaleza descriptiva y han arrojado conclusiones muy puntuales sobre la existencia, el grado y las materias de esa influencia, pero ayudan a despertar el interés sobre este fenómeno y pueden servir de plata-

forma para futuros estudios sobre aspectos más cualitativos: la importancia y repercusiones de esa influencia, la pertinencia de las diversas sentencias invocadas, la determinación de si éstas son muestra de líneas jurisprudenciales consolidadas, etc. Esto último llevaría a precisar si algunas de las sentencias del TEDH citadas en la jurisprudencia interamericana no son sino hitos aislados, pero que por haber sido incorporadas en esas opiniones consultivas, sus criterios han quedado como petrificados y con “efectos innegables”¹²⁷ en el ámbito americano.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Arriaga, Inés y Zoco, Cristina, “La reforma del sistema de protección de los derechos del hombre instaurado por el convenio europeo de 1950: el protocolo núm. 11”, *Humana Iura*, Suplemento de Derechos Humanos de la *Revista Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 5, 1995, p. 11-50.
- Albanese, Susana, *Derechos Humanos. Estudio de Casos y Opiniones Consultivas*, s. l. i. [Buenos Aires], Editorial de Belgrano, 1997, t. I, 414 p.
- Bazán, Víctor, “*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, vol. 1, 2004, pp. 251-280.
- Buergenthal, Thomas, “Las convenciones europea y americana: algunas similitudes y diferencias”, *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Washington D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 179-190.
- *Derechos Humanos Internacionales*, 2ª. ed., México D. F., Ediciones Gernika, 2002, 376 pp.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, “El Nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, San José, edición especial, vol. 30-31, 2001, pp. 45-71.
- Dunshee de Arranches, Carlos Alberto, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Seminario regional, referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Washington D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 91-125.
- Espinal Irias, Rigoberto, “Competencia y funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Rafael Nieto Navía (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, pp. 117-145.

¹²⁷ Corte IDH, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cit., nota 23, párrafo 26.

- Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed. revisada y actualizada, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, 1054 pp.
- Fix-Zamudio, Héctor, “Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *La Justicia Constitucional Iberoamericana*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 163-224.
- García Bauer, Carlos, “La observancia de los derechos humanos y la estructuración del sistema internacional de protección en el ámbito americano”, *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Washington D.C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 13-31.
- García Ramírez, Sergio, “La protección de derechos y libertades en el sistema jurisdiccional interamericano. El amparo interamericano”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *El derecho de amparo en el mundo*, México D. F., UNAM-Porrúa-Konrad-Adenauer Stiftung, 2006, pp. 985-1033.
- Gialdino, Rolando E., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos”, *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, vol. 2, 2006, pp. 1208-1223.
- Gros Espiell, Héctor, “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, pp. 67-101.
- *Estudios sobre Derechos Humanos*, Madrid, IIDH/Civitas, 1988, 384 pp.
 - *La Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, 430 pp.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Guía metodológica para el desarrollo de un curso sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, San José, IIDH-McCormick Tribune Foundation, 2002, 136 p.
- Londoño Lázaro, María Carmelina, “Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada”, *International Law-Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, junio de 2005, núm. 5, pp. 89-115, http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/international_law/revista_5/3.pdf
- Moyer, Charles, “*The Role of Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights*”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, pp. 103-114.
- Nikken, Pedro, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José, Corte IDH, 2003, t. I, pp. 159-181.
- Pacheco Gómez, Máximo, “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José, Corte IDH, 2003, t. I, pp. 69-89.
- Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, “Eficacia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Rafael Nieto Navía (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, pp. 459-479.

- Ruiz Miguel, Carlos, "La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos, ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?", *Liber amicorum: Héctor Fix Zamudio*, San José, Corte IDH, 1998, vol. II, pp. 1345-1363.
- Úbeda de Torres, Amaya, *Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Editorial Reus, 2007, 749 pp.
- Ventura Robles, Manuel, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un Tribunal permanente", Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª. ed., San José, Corte IDH-ACNUR, 2003, pp. 110-163.
- "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 273-322.
- Ventura, Manuel E. y Zovatto, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios, 1982-1987*, Madrid, IIDH/Civitas, 1989, 463 pp.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: www.corteidh.or.cr.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europa y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi

EUGENIA LÓPEZ-JACOISTE¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Medidas internacionales de lucha contra el terrorismo. 1. El sistema de elaboración de la lista. 2. Afectación directa en los derechos de defensa de las personas registradas. 3. Afectación directa en el derecho de propiedad de las personas registradas y sus efectos indirectos frente a terceros. III. Efectos del caso paradigmático Kadi: la superación de una grave fricción y el triunfo de los derechos humanos. 1. La visión restrictiva de la tutela judicial efectiva del Tribunal de Primera Instancia. 2. La autonomía y constitucionalidad del Derecho de la Unión. IV. Consideraciones finales sobre el efecto Kadi a nivel internacional.

I. INTRODUCCIÓN

Según el Derecho internacional general, los poderes de actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas son delgados, limitados y no arbitrarios. Su discrecionalidad está reglada y definida en los capítulos VI, VII y VIII de la Carta². Según el artículo 24.2 de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo procederá “de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas” y entre dichos principios, destacan “los derechos fundamentales del hombre y la dignidad y el valor de la persona humana”,

¹ Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Navarra - España.

² TOMUSCHAT, CH., “International Law as the constitution of mankind”, en *International Law on the eve of the twenty-first Century: views from the International Law Commission*, 1997, pp. 37-50; SAROOSHI, D., *The United Nations and the development of collective security: the delegation by the UN Security Council of its Chapter VII powers*, Claderon Press, Oxford, 1999, pp. 174-186; GILL, T.D., “Legal and some political limitations on the power of the UN Security Council to exercise its enforcement powers under Chapter VII of the Charter”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXVI, 1995, pp. 33-138, pp. 70-71.

tal y como se recoge en el preámbulo de la Carta y se reitera en el artículo 1.3 de la misma. Asimismo, corresponde al Consejo de Seguridad decidir cuándo y qué tipo de medidas obligatorias se han de adoptar para asegurar la paz y seguridad internacionales, al amparo del artículo 39 de la Carta. Así pues, dentro de esta *kompetenz-kompetenz*³ del Consejo de Seguridad, éste decidirá por mayoría de nueve votos los extremos concretos de sus sanciones. Así al aprobar cualquier acción al amparo de sus competencias, incluidas por tanto, las medidas del artículo 41 de la Carta, el Consejo de Seguridad ha de tener siempre en cuenta las normas procesales y sustantivas de la Carta, en particular, las normas del Derecho internacional general de los derechos humanos y el *ius-cogens*⁴.

En los últimos años, el Consejo de Seguridad ha aprobado sanciones novedosas en virtud del capítulo VII de la Carta contra personas individualizadas y grupos de personas imponiéndoles de forma selectiva e inteligente sanciones económicas con contenidos y condiciones mucho más precisos que sus habituales embargos contra países enteros con sus inevitables daños importantes a la población civil. Por ello la doctrina ha aplaudido este nuevo tipo de sanciones inteligentes⁵. Pero también en este nuevo contexto de sanciones especializadas sigue vigente el mandato del sometimiento a los Principios y Propósitos de la Carta, entre ellos, el respeto de los derechos humanos también frente a las nuevas amenazas como el terrorismo

³ C.I.J. *Recueil* 1962, p. 168, en el asunto de *ciertos gastos de la Organización*; CAMERON, I., "UN targeted sanctions, legal safeguards and the European Convention on Human Rights", *Nordic Journal of International Law*, vol. 72 (2003) 2 pp. 159-214, p. 173; KELLER, H./ FISCHER, A., "The UN Anti-terror Sanctions Regime under Pressure", *Human Rights Law Review*, vol. 9, 2 (2009), pp. 257-266, p. 262.

⁴ WET, E., "Human rights limitations to economic enforcement measures under Article 41 of the United Nations Charter and the Iraq sanctions regime", *Leiden Journal of International Law*, 14 (2001) 2, pp. 277-300, p. 279; GILL, T.D., "Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council..." *op. cit.*, p. 82.

⁵ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., "Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad", en *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, vol. I Cordoba, Sevilla, Málaga, 2005, pp. 155-176; SAROOSHI, D., "The United Nations collective security system and the establishment of peace", *Current Legal Problems*, 53 (2000), pp. 621-645; VAN DEN HERIK, L., "The Security Council's targeted sanctions regimes. A need of better protections of the individual", *Leiden Journal of International Law*, (2007), vol. 20, pp. 797-807; TSAGOURIAS, T., "The shifting laws on the use of force and the trivializations of the UN collective security system. The need to reconstitute it", *Netherlands Yearbook of International Law*, 34 (2003), pp. 55-88; HOWLETT, A., "Getting 'smart': crafting economic sanctions that respect all human rights", *Fordham Law Review*, 73 (2004) 3, pp. 1199-1237.

internacional y, por tanto, también a la hora de aplicar sanciones selectivas económicas contra las personas o entes que de una forma u otra colaboran con el terrorismo internacional.

No pretendemos entrar a examinar si el Tribunal Internacional de Justicia sería el órgano judicial competente para controlar la legalidad interna de las resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad⁶. Como ya defendimos en su momento, más allá del artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas que establece la obligación para los Estados miembros “de dar cumplimiento a las decisiones del Consejo”, ni la Carta ni el Derecho internacional imponen a los Estados obligación alguna sobre los modos o las condiciones de la aplicación y ejecución de dichas obligaciones internacionales⁷. Los Estados son soberanos en el ejercicio de sus competencias y deberán transponer sus obligaciones internacionales en normas nacionales de acuerdo con los criterios de legalidad de su propio ordenamiento jurídico y dentro del margen de apreciación que les confiera el sistema jurídico en el que se inserten. En el momento de “transposición” sí que se puede hablar de un cierto margen de “control” por parte del Estado —o del sujeto supranacional que ejecute la resolución—, cuando incorpora aquella obligación internacional en el sistema jurídico nacional o supranacional⁸. En este contexto, debemos destacar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)⁹ rechazó sin ambigüedades en la sentencia Kadi, de 3 septiembre de 2008, la tesis de la inmunidad de jurisdicción de los actos comunitarios que dan cumplimiento a las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas

En este contexto, el objetivo del presente trabajo es examinar las principales consecuencias de la sentencia de casación Kadi de 2008 que —a mi juicio— van más allá de la lucha contra la financiación del terrorismo. El

⁶ CAFLISCH, L., “Is the International Court entitled to review Security Council Resolutions adopted under Chapter VII of the United Nations Charter?”, en *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, N. Al-Nauimi and R. Meese (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995, pp. 633-662.

⁷ LÓPEZ-JACOISTE, E., *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La legalidad de sus decisiones y el problema de su control*, Madrid, Civitas, 2003, 396 p.

⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 387.

⁹ Téngase en cuenta que las tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, el hasta entonces denominado Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Tribunal de Justicia de Luxemburgo adopta una solución de carácter constitucional por un doble motivo. Por una parte, porque se pronuncia sobre la autonomía del ordenamiento comunitario y la primacía del Derecho comunitario primario sobre la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones del Consejo de Seguridad. Por otra, porque aplica como criterio de legalidad los derechos fundamentales como elemento normativo esencial que debe respetar cualquier acto normativo de la Comunidad. Sin embargo, conviene advertir que no cabe interpretar la sentencia del TJCE como un control de legalidad interna de las decisiones del Consejo de la ONU ni de su autoridad en el desempeño de su función de mantener la paz y la seguridad internacionales. No resulta fácil alcanzar un equilibrio entre la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad de mantener la paz y la seguridad internacionales y la introducción de garantías de los derechos fundamentales en el régimen de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes, sin embargo, desde la perspectiva europea —altamente proteccionista de los derechos humanos— resulta inaceptable la violación sistemática de los derechos fundamentales de las personas y grupos incluidos en la lista negra del Comité de Sanciones 1267, cuando dicha lista se incorpora directamente en un reglamento de la UE y, por tanto, se convierte en norma de obligado cumplimiento en todos los Estados miembros de la entonces Comunidad Europea. Nuestro objetivo es, por tanto, examinar a la luz del caso *Kadi* el alcance del control de legalidad de un reglamento comunitario, que afecta a una cuestión constitucional como es defensa de los derechos fundamentales de las personas dentro de la Unión Europea.

Para alcanzar este objetivo analizaremos, en primer lugar, los contenidos materiales de las medidas controvertidas aprobadas contra los talibanes y contra quienes les financian (apartado 2), haciendo una especial referencia a la naturaleza jurídica de la lista negra así como su procedimiento de elaboración (apartado 2.1). A continuación analizaremos cómo las sanciones económicas concretas afectan en la esfera privada de los particulares destinatarios directos de las sanciones (apartado 2.2) e incluso, frente a terceros, no destinatarios de las sanciones (apartado 2.3). Posteriormente, pasamos a analizar el caso *Kadi*, como caso paradigmático (apartado 3), en el que el TJCE supera la visión restrictiva de la tutela judicial efectiva (apartado 3.1) y constata la plena autonomía y constitucionalidad del Derecho de la Unión (apartado 3.2). No debemos concluir sin reflexionar sobre el efecto *Kadi* a nivel internacional (apartado 4).

II. MEDIDAS INTERNACIONALES DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

En la resolución 1267 (1999), de 15 de octubre de 1999, del Consejo de Seguridad condena el uso de territorio afgano para dar refugio y adiestramiento a terroristas y afirma que la represión del terrorismo internacional es esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. En su párrafo 2 exigió que los talibanes entregasen sin más demora a Osama bin Laden a las autoridades competentes para que fuese detenido y enjuiciado e impuso además tres sanciones económicas concretas: un embargo de armas, la prohibición de viajar a las personas asociadas al grupo terroristas y la congelación de los fondos económicos de estas personas y grupos. Estas sanciones se dirigen sólo y, en concreto, contra personas y grupos que de una forma u otra apoyan y participan con la organización terrorista, con independencia de su nacionalidad o del Estado en el que se encuentre. Las sanciones han sido completadas y reforzadas en resoluciones posteriores como en la resolución 1333 (2000), 1390 (2002), 1452 (2002), 1455 (2003)¹⁰, 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008) y 1896 (2009). Estas sanciones inteligentes, dirigidas contra personas concretas, se caracterizadas por la inexistencia de vínculo alguno entre ellas y el territorio o el régimen gobernante de un país tercero¹¹, dado que, tras la caída del régimen de los talibanes, las medidas de que se trata, establecidas por la Resolución 1390 (2002), iban dirigidas directamente contra Osama bin Laden, la red Al-Qaeda y las personas y entidades asociadas a éstos. Todas estas medidas pretenden impedir a los terroristas el acceso a los medios logísticos y económicos necesarios para cometer sus actos de terror.

El Consejo impone a los Estados que “congelen los fondos y otros recursos financieros, incluidos los fondos producidos o generados por bienes de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, o de cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control”, en el párrafo 4, apartado b) de la resolución 1267 (1999), y le faculta al Comité de Sanciones 1267 que según los casos atenga a las peticiones de exención de las medidas impuestas, por razones de necesidad humanitaria (párr. 4). Se impone de forma inmediata la obligación de congelar sin demora los fon-

¹⁰ Destinada principalmente a mejorar la aplicación de las medidas impuestas en virtud del párrafo 4, apartado b), de la resolución 1267 (1999), del párrafo 8, apartado c), de la Resolución 1333 (2000) y de los párrafos 1 y 2 de la Resolución 1390 (2002).

¹¹ BOTHE, M., “Security Council’s targeted sanctions against presumed terrorists”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6 (2008), 3, pp. 541-555.

dos y otros recursos económicos de esas personas asociadas a Al-Qaeda¹², y se hacen extensivos a todo tipo de recursos financieros, salvo los que se transfieran al Fondo de Desarrollo para el Irak¹³. Además, en la resolución 1390 (2002), los Estados quedan obligados adoptar medidas para impedir la entrada y tránsito de personas relacionadas con el grupo terrorista por su territorio, así como la salida a propios nacionales¹⁴. Esta prohibición que no tiene fecha de caducidad y ha sido reiterada en el apartado b) del párrafo 1 de la resolución 1822 (2008) con el propósito de restringir la movilidad de las personas incluidas en la lista. Igualmente, impone a los Estados en la resolución 1390 (2002) que impidan el suministro, venta y transferencia, directo o indirecto, a las personas y entidades designadas, desde su territorio o por sus nacionales fuera de su territorio o mediante buques o aeronaves de su pabellón, de armas y materiales conexos de todo tipo, piezas de repuesto y asesoramiento técnico, asistencia o adiestramiento relacionados con actividades militares¹⁵.

Tanto la congelación de fondos, como el embargo de armas y las prohibiciones de viajar han sido completados y matizados en posteriores resoluciones del Consejo. Así, por ejemplo, en el párrafo 1 de la resolución 1452 (2002), dispone que los Estados pueden conceder por razones humanitarias un cierto número de excepciones a la congelación de fondos y de recursos económicos impuesta por las Resoluciones 1267 (1999) y 1390 (2002), siempre que el Comité de Sanciones lo apruebe caso a caso. En el párrafo 7 de la resolución 1822 (2008), el Consejo recuerda las exenciones de las medidas impuestas en el apartado a) del párrafo 1 y las de los párrafos 1 y 2 de la resolución 1452 (2002) y enmendadas en la resolución 1735 (2006), y *recuerda* a los Estados Miembros que utilicen los procedimientos para aplicar las exenciones establecidos en las directrices del Comité 1267. En cuanto a la congelación de fondos, el apartado 2, letra b), de la resolución 1452 (2002) atribuye a los Estados la facultad de permitir que, en las cuentas congeladas de acuerdo con el apartado 2, letra a), de la Resolución 1390 (2002), se ingresen “pagos correspondientes a contratos, acuerdos u obligaciones anteriores a la fecha en que esas cuentas hayan quedado sujetas a las disposiciones de las Resoluciones 1267 (1999), 1333

¹² Resolución 1390 (2002), de 28 de enero, párr. 2 a).

¹³ Resolución 1483 (2003), de 22 de mayo, párr. 23.

¹⁴ Resolución 1390 (2002), de 28 de enero, párr. 2 b).

¹⁵ Resolución 1390 (2002), de 28 de enero, párr. 2 c). Este embargo de armas, no obstante, será revisado al cabo de 12 meses y así sucesivamente hasta la actualidad, según el párrafo 3 de la citada resolución.

(2000) o 1390 (2002)”, siempre que los importes así ingresados “sigan estando sujetos a esas disposiciones”.

La prohibición de viajar, reiterada en la apartado b) del párrafo 1 de la resolución 1822 (2008), tiene el propósito de restringir la movilidad de las personas incluidas en la lista; es de carácter preventivo y no se basa en criterios penales del derecho interno. Pero esta medida no impide que Estados adopten otras medidas semejantes como por ejemplo la cancelación de visados y permisos de entrada o la denegación de emisión del visado para las personas registradas. Además, esta prohibición se aplica a todas las personas incluidas en la lista, con independencia del lugar en que se encuentren, pero la responsabilidad de su efectividad incumbe al Estado de entrada y/o de tránsito. A juicio del Consejo la obligación de impedir la entrada de las personas incluidas en la lista en el territorio de un Estado se aplica en todas las circunstancias, con independencia del método de entrada, el punto de entrada, la índole del documento de viaje utilizado, en su caso, a pesar de los permisos o visados emitidos por el Estado de conformidad con sus reglamentaciones nacionales. Asimismo la obligación de impedir el tránsito por el territorio de un Estado se aplica a cualquier tipo de paso, aunque sea breve, incluso cuando la persona incluida en la lista disponga de los documentos de viaje, permisos y/o visados de tránsito exigidos por el Estado de conformidad con sus reglamentaciones nacionales y pueda demostrar que ha de continuar su viaje a otro Estado¹⁶.

Los Estados miembros de la Comunidad Europea estimaron conveniente la aplicación y ejecución conjunta a través de la Comunidad de sus obligaciones internacionales individuales. Por ello, al amparo del Tratado de la Unión Europea adoptaron una serie de posiciones comunes¹⁷, que llevaron posteriormente a la aprobación de diversos reglamentos comunitarios¹⁸, en virtud de las competencias específicas del Tratado Constitutivo

¹⁶ A pesar de esta amplia concepción de las prohibiciones, existen tres tipos de exenciones a la prohibición de viajar, que se describen en el apartado b) del párrafo 1 de la propia resolución 1822 (2008): i) entrada o salida de los propios nacionales; ii) cuando la entrada o el tránsito sean necesarios para una diligencia judicial; y iii) cuando el Comité 1267 determina únicamente en un caso particular que la entrada o el tránsito están justificados, como por ejemplo, por emergencia.

¹⁷ Posición común, la 1999/727/PESC, común 2001/154 PESC, la 2001/930/PESC, la 2001/931/PESC; la Posición común 2006/231/PESC de marzo de 2006.

¹⁸ Cfr. el Reglamento 2580/2001/CE, relativo a congelación de los fondos y otros haberes financieros y recursos económicos de las personas o entidades que facilitan, intentan cometer o cometen actos terroristas en el territorio de los Estados miembros. Reglamento (CE) n° 467/2001, por el que se prohíbe la exportación de determinadas

de la Comunidad, para facilitar a los Estados miembros la aplicación uniforme de las sanciones onusianas a través de actos comunitarios, normativos y vinculantes para toda la Comunidad. Entre los diversos reglamentos comunitarios cabe destacar el Reglamento n° 881/2002, en cuyo artículo 1 se definen de forma amplia todo tipo de fondos, recursos económicos, pagos, cuentas y demás que serán objeto de congelación “cuya propiedad, pertenencia o tenencia la ostente una persona física o jurídica, grupo o entidad designados por el Comité de Sanciones e incluidos en la lista del anexo I”, según el pargo 1 del artículo 2 del reglamento. Se prohíbe poner a disposición de las personas físicas y jurídicas, grupos o entidades señalados por el Comité de Sanciones y enumerados en el anexo I, o utilizar en beneficio suyo, directa o indirectamente, cualquier tipo de fondos. El reglamento comunitario entiende por *congelación de fondos*, todo acto destinado a “impedir cualquier movimiento, transferencia, alteración, utilización o transacción de fondos que pudiera dar lugar a un cambio del volumen, el importe, la localización, la propiedad, la posesión, la naturaleza o el destino de esos fondos, o cualquier otro cambio que pudiera posibilitar la utilización de los mismos, incluida la gestión de las carteras de valores” (párrafo 3). La finalidad del artículo 2 del citado reglamento consiste en evitar que las personas y entidades registradas puedan obtener fondos, mercancías o servicios que pudieran servir para futuras acciones de terror por lo que se establece una prohibición severa, casi absoluta, de poner a disposición, directa ni indirectamente, de las personas o entidades registradas en el Anexo I algún tipo de recurso económico.

mercancías y servicios a Afganistán y refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán y se deroga el Reglamento n° 337/2000; el Reglamento (CE) n° 2062/2001 de la Comisión, de 19 de octubre de 2001; el Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen nuevas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Osama bin Laden, la red Al-Qaeda y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 467/2001 del Consejo; el Consejo de la Comunidad Europea adoptó el Reglamento (CE) n° 561/2003, que modifica, en lo relativo a las excepciones a la congelación de fondos y otros recursos económicos, el Reglamento n° 881/2002. Mediante el Reglamento (CE) n° 374/2008 de la Comisión, de 24 de abril de 2008, por el que se modifica por nonagésimo cuarta vez el Reglamento n° 881/2002, se modificó l la lista del anexo I del Reglamento n° 881/2002, a raíz de la correspondiente modificación realizada por el Comité de Sanciones en su lista de personas y de entidades que deben someterse a la congelación de los fondos en virtud de las referidas resoluciones del Consejo de Seguridad.

Por su parte, el Consejo de Seguridad aprobó una serie de excepciones a la obligación general de congelar los fondos y pagos, en la resolución 1452 (2002) el Consejo de Seguridad que de forma expresa excluye de su prohibición a “aquellos (fondos) que estuvieran destinados a ‘a) sufragar gastos básicos, como el pago de alimentos, alquileres o hipotecas, medicamentos y tratamientos médicos, impuestos, primas de seguros y gastos de agua y electricidad... y b) otros gastos extraordinario’”. En ambos caso, se requiere la previa notificación por el Estado de que se trate al Comité 1267 para que lo autorice, cuando corresponda, el acceso a esos fondos, activos o recursos, (párrafo 1 y 2). Además, en función del párrafo 2 de la resolución 1452 (2002) y el la en el párrafo 6 de la resolución 1822 (2008), los Estados pueden agregar a las cuentas sujetas al congelamiento de activos, a) intereses u otros beneficios correspondientes a esas cuentas; b) pagos correspondientes a contratos, acuerdos u obligaciones anteriores a la fecha en que esas cuentas se sometieron al congelamiento de activos; y c) otros pagos efectuados a favor de las personas, grupos, empresas o entidades que figuran en la Lista, siempre y cuando tales pagos, intereses u otros beneficios sigan estando congelados. Como consecuencias de estas modificaciones el Consejo de la Unión Europea adoptó el Reglamento (CE) n° 561/2003, el 27 de marzo de 2003, haciendo suyas las excepciones onusianas y modificando las excepciones a la congelación de fondos y otros recursos económicos del antiguo Reglamento n° 881/2002.

1. *El sistema de elaboración de la lista*

El Consejo de Seguridad de la ONU estableció un sistema de listas —de carácter más bien administrativo y muy particular— para la identificación de las personas y entidades a quienes se deberán congelar sus fondos financieros e impedir su libre circulación¹⁹. Será el Comité de Sanciones²⁰ —o Comité 1267— quien mantenga actualizada la lista de personas a quienes

¹⁹ Para un análisis más extenso, cfr. FROWEIN, J. “The Anti-Terrorism Administration and the Rule of Law”, en P.M. Dupy et al. (Eds.), *Festschrift für Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, Germany, 2006, pp. 785-795; GOWLLAND-DEBBAS, V., “Sanctions Regimes under Article 41 of the Charter”, en Gowlland-Debbas (ed.), *National Implementation of United Nations Sanctions*, Koninklijke Brill, 2004, pp. 3-17.

²⁰ Órgano subsidiario del Consejo de Seguridad creado en el párrafo 6 de la resolución 1267 (1999) y cuyas funciones han ido ampliándose sucesivamente en el tiempo, como por ejemplo en el párrafo 8 apartado c) de la resolución 1333 (2000) y otras, como por ejemplo, la en la resolución 1390 (2002), de 16 de enero de 2002; la 1526 (2004), de 30 de enero de 2004; la 1617 (2005), de 29 de julio de 2005; la 1730 (2006), de 19 de

los Estados deberán congelar los fondos y aplicar el resto de medidas. La primera lista de Naciones Unidas fue publicada en marzo de 2001²¹ y desde entonces ha sido modificada y completada en varias ocasiones²².

La naturaleza jurídica de esta lista es *sui generis* de difícil calificación. La lista es adoptada dentro del marco competencial de la resolución 1333 (2000) y por el órgano subsidiario autorizado expresamente por el Consejo. Por tanto, en cuanto a su origen y la autoridad de la que emana se podría decir que es un acto político, ya que el Comité 1267 está compuesto por todos los miembros del Consejo. En cuanto a su función se asemeja más a un acto administrativo o reglamento de desarrollo, pero de trascendencia *cuasi*jurisdiccional, ya que sirve de herramienta concreta y práctica para aplicar una sanción obligatoria. En cambio, en cuanto a sus efectos frente a los Estados y afectados parece tener fuerza de ley, ya que la lista es “consolidada” es decir, es la misma y única lista que se aplica frente en todos los Estados por igual, sin salvedad alguna. En el momento de la aplicación de la sanciones onusiana en el ámbito comunitario, ni el Consejo ni la Comisión tiene opción alguna frente a la lista consolidada, que incorporan directamente en el Anexo I del Reglamento n° 881/2002, de 27 de mayo e 2002 y permanece en el citado Anexo, a pesar de las sucesivas modificaciones y actualizaciones correspondientes, hasta el último Reglamento (CE) n° 374/2008 de la Comisión, de 24 de abril de 2008.

Esta lista cumple una doble función: por un lado, refleja la apreciación del Comité 1267 acerca de las sospechas fundadas de que una persona o grupo parecer ser terrorista o que apoya al grupo terrorista. Por otra, en opinión de algunos, sirve base de datos para las autoridades nacionales²³. Sin embargo, en función de sus efectos prácticos, se podría decir que es algo más que una simple base de datos. La inclusión de una persona o entidad en la lista consolidada del Comité 1267 conlleva a una necesaria modificación del reglamento comunitario para incorporar los nuevos nombres en su Anexo I. Esta “base de datos” es asumida de forma automática por

diciembre de 2006; la 1735 (2006), de 22 de diciembre de 2006; y la 1822 (2008), de 30 de junio de 2008.

²¹ UN Doc. AFG/131 SC/7028 del Comité de Sanciones, de 8 de marzo de 2001.

²² La vigencia de la lista ha sido renovada en las resoluciones 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), y 1822 (2008) en cuyo párrafo 25 se prorroga su vigencia hasta el 30 de junio de 2010, salvo que se estime conveniente su revisión.

²³ FEINÄUGLE, C., “The UN Security Council Al-Qaeda and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?”, *German Law Review*, Vol. 09 No. 11 (2008), pp. 1513-1539, p. 1519.

la autoridad comunitaria, vinculando por igual a toda la Comunidad²⁴. Lo problemático de este sistema de elaboración de la lista es que, a pesar de que los destinatarios finales de las sanciones son identificados principalmente por las informaciones de los Estados, éstos carecen de competencia para modificar la lista y han de respetarla a todos los efectos y sin ningún tipo de alteración. Igualmente ocurre cuando la ejecución de las sanciones se desarrolla a nivel europeo y así, en efecto, cada vez que el Comité 1267 modifica la lista, la Comisión Europea asume íntegramente la nueva lista en el Anexo I, sin que pueda pronunciarse al respeto ni corroborar la veracidad de los datos de dicha lista. En consecuencia, la Comisión Europea modifica regularmente sus reglamentos vinculantes cada vez que el Comité 1267 modifica su lista con lo que la aplicación europea se convierte *de facto* en un “asistente ejecutor” del Comité 1267²⁵.

En cuanto al procedimiento de inclusión y exclusión de nombres y personas en la lista consolidada, el Comité 1267 se rige por sus propias reglas, ya que goza de un amplio margen de decisión previsto en el párrafo 5 d), de la resolución 1390 (2002) del Consejo. Sin embargo, en los párrafos 2 y 3 de la resolución 1617 (2005), el Consejo restringe este margen de apreciación e impone una serie de actos y actividades que determinan la asociación de las personas, grupos o empresas con Al-Qaeda. Entre esos actos, cabe destacar la participación en la financiación; planificación, facilitación, preparación o comisión de actos o actividades ejecutados por Al-Qaeda o de grupo derivado de ellos; la transferencia de armas y pertrechos; el reclutamiento de nuevos miembros u otro tipo de apoyo a actos o actividades ejecutados por ellos. Estos criterios sobre como se entiende la “asociación con el grupo de Al-Qaeda” ayuda a despolitizar y objetivar la decisión del Comité sobre las personas a registrar y, en definitiva, persigue

²⁴ Así se puede comprobar con un ejemplo concreto. El 17 de octubre de 2001, el Comité de sanciones publicó un *addenda* a la lista consolidada, incorporando el nombre de «Al-Qadi, Yasin (A. K. A. Kadi, Shaykh Yassin Abdullah; A. K. A. Kahdi, Yasin), Jeddah, Saudi Arabia». Posteriormente, mediante el Reglamento (CE) n° 2062/2001 de la Comisión Europea, de 19 de octubre de 2001, que modifica por tercera vez el Reglamento n° 467/2001, se añadió el nombre del Sr. Kadi, junto con otros, al anexo I de este último Reglamento. El 9 de noviembre de 2001, el Comité en un nuevo *addenda* incorpora en la lista el nombre la entidad «Barakaat International Foundation, Box 4036, Spånga, Stockholm, Sweden; Rinkebytorget 1, 04, Spånga, Sweden» y mediante el Reglamento (CE) n° 2199/2001 de la Comisión, de 12 de noviembre de 2001, que modifica por cuarta vez el Reglamento n° 467/2001, se añadió el nombre de Al-Barakaat, junto con otros, al anexo I de este último Reglamento.

²⁵ FEINÁUGLE, C., “The UN Security Council Al-Qaeda and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles...”, *op. cit.*, p. 1521.

una mayor seguridad jurídica. Dentro del ámbito de sus competencias, el Comité 1267 ha elaborado unas “Directrices del Comité para la realización de su labor” que se han convertido *de facto* en directrices normativas y vinculantes o al menos en instrumentos jurídicos *sui generis* fundamentales que regulan, como cualquier reglamento de desarrollo administrativo, el proceso de inclusión y exclusión de nombres de personas y entidades en la lista consolidada. Estas directrices se aprueban por consenso en el Comité.

El procedimiento originario para la elaboración de la lista consistía básicamente en el intercambio de informaciones entre los Estados y el Comité 1267 sobre las personas y grupos asociados a Al-Qaeda para que fuesen registrados en la lista, junto con cualquier otra información que pudieran ser relevante²⁶. Una vez registrados en la lista, el Comité lo comunicaba a los Estados, al igual que cualquier otra modificación contable que se pudiera dar. Este mecanismo tuvo que ser modificado en sucesivas ocasiones —en noviembre de 2006, febrero de 2007 y en diciembre de 2008— con el fin de introducir las matizaciones aprobadas en las directrices de funcionamiento del Comité²⁷. Tales directrices contemplaban matizaciones significativas como por ejemplo la propuesta de crear mecanismos nacionales para identificar mejor a los sospechosos²⁸, movidas quizás por el deseo —o necesidad jurídica— de tomar en consideración los derechos de defensa de las personas afectadas por las listas. Con ocasión de estos “mecanismos de identificación” cada Estado es responsable de velar porque tales mecanismos garanticen los derechos de defensa de las personas afectadas, su derecho a ser oídos ante la autoridad competente y su derecho a conocer los motivos que llevan al Estado a proponerle para la inclusión en la lista consolidada. Por otra parte, el párrafo 6 h) de las últimas directrices de trabajo del Comité 1267 recuerda a los Estados que una vez incluida su solicitud en la lista consolidada, han de ser los Estados quienes notifiquen al interesado su situación y le apliquen la sanción económica que corresponda en cada caso.

Los Estados han de presentar sus propuestas de forma justificada, proporcionando pruebas fehacientes y detalles concretos que demuestren la asociación de las personas o grupo con el grupo terrorista, así como tam-

²⁶ Resolución 1617 (2005), párr. 2.

²⁷ Desde el año 2001 hasta la actualidad se han modificado hasta en seis ocasiones: el 7 de noviembre de 2002 y modificadas el 10 de abril de 2003, el 21 de diciembre de 2005, el 29 de noviembre de 2006, el 12 de febrero de 2007 y el 9 de diciembre de 2008.

²⁸ Párrafo 6 b) de las directrices enmendadas en febrero de 2007 y mantenidas en las de 2008.

bién datos sobre la procedencia de las pruebas como por ejemplo, las obtenidas por los servicios de inteligencia, policía, judicatura, así como las declaraciones del propio sujeto y cualquier tipo de documentación gráfica²⁹. Ahora bien, para que un Estado solicite la inclusión de una persona en la lista consolidada, no es necesario que se hayan presentado cargos contra ella o se la haya condenado, puesto que las sanciones tienen carácter preventivo y no punitivo. Toda la información se ha de presentar utilizando el formulario del Anexo I de la resolución 1735 (2006) del Consejo, que consta de tres partes: en la primera se solicitan los datos de la persona de forma exhaustiva, ya que, por ejemplo, además del nombre y apellido del sospechoso se requiere el nombre del padre, del abuelo, u otros “si procede”, al igual que su alias, sus seudónimos, la nacionalidad, empleo, formación, religión, datos del pasaporte, dirección, idiomas, el paradero actual y los anteriores... En la segunda parte, el Estado debe fundamentar el por qué de la inclusión en la lista, ya sea por haber colaborado con la financiación del grupo, bien por participar en el reclutamiento de nuevo personal, por el suministrado armas... así hasta seis motivos tasados que coinciden con las sanciones económicas reiteradas en la resolución 1617 (2005) del Consejo. Asimismo el Estado ha de pronunciarse de forma expresa si autoriza al Comité a publicar la información recibida. Por último, en el tercer apartado se solicitan datos confidenciales de una persona de contacto y de seguimiento que sea nacional del Estado solicitante.

El Comité 1267 se reúne a puerta cerrada y examinará las solicitudes de los Estados que podrán enviar un representante para la reunión del Comité³⁰. La decisión de incluir al sospechoso en la lista se adopta por escrito, y se envía a todos los miembros del Comité para que en el plazo determinando por el presidente se presenten las posibles objeciones; de no hacerlo en ese plazo, se considera aprobada la decisión³¹. Una vez aprobada la inclusión en la lista, se comunica al país o países en que se cree que se encuentra la persona o entidad y, en el caso de las personas, al país del que es nacional con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 10 de la resolución 1735 (2006) de 22 de diciembre de 2006. Pero no existe relación directa entre el Comité 1267 y el afectado, más que la que pueda alcanzar cada Estado, como alienta de nuevo, el párrafo 17 de la resolución 1822 (2008),

²⁹ Párrafo 6 d) de las directrices de febrero de 2007 y de diciembre de 2008, que concuerdan con el párrafo 17 de la resolución 1526 (2004), el párrafo 4 de la resolución 1617 (2005) y el párrafo 5 de la resolución 1735 (2006) del Consejo de Seguridad.

³⁰ Párrafo 12 e) de las directrices de 2008.

³¹ Párrafo 3 b) de las directrices de 2008.

al exigirle que “tomen todas las medidas posibles, de conformidad con su legislación y prácticas nacionales, para notificar o informar oportunamente a la persona o entidad de la propuesta de inclusión en la lista”.

El mecanismo originario para la exclusión de personas y grupos de la lista se basaba en la petición del particular afectado a su Estado de residencia o de su nacionalidad para que éste por la vía diplomática solicitase al Comité 1267 su revisión. Al particular le correspondía aportar las pruebas y justificaciones que avalasen su solicitud de exclusión. Con la resolución 1730 (2006) el Consejo introduce un mecanismo de comunicación directa entre el Comité y el particular, propiciando un claro derecho de defensa del afectado, a través del llamado *punto focal*. Consiste en una oficina dentro de la Subdivisión de Órganos Subsidiarios del Consejo de Seguridad encargada de recibir directamente las solicitudes de exclusión de las personas registradas, de analizarlas y llegado el caso, de ordenar la exclusión del peticionario de la lista. Se le denomina *focal*, porque dicha oficina sirve para todo tipo de registro, tanto los particulares como grupos u organizaciones que estén en relación con los talibanes, Al-Qaeda y Osama bin Laden³².

En la citada resolución 1730 (2006) y en la 1822 (2008), se establece con detalle la tramitación de la solicitud de supresión de un nombre de la lista. Esta tramitación se incorpora a las directrices de funcionamiento del Comité 1267 enmendadas en 2007 y 2008. El peticionario deberá justificar la solicitud de exclusión de la lista describiendo el fundamento de su solicitud y explicando, en particular, por qué ya no cumple los criterios descritos en el párrafo 2 de la resolución 1617 (2005) y reafirmados en el párrafo 2 de la resolución 1822 (2008)³³. Su tramitación puede durar un período razonable (tres meses), en el que se recaba la información y objeciones de los Estados, de los servicios de inteligencia o de los gobiernos afectados por la solicitud de supresión. El punto focal tiene la obligación de notificar todas las comunicaciones que reciba de los Estados, a título informativo, y de informar al peticionario de la decisión del Comité de conceder o denegar su solicitud de supresión de la lista³⁴. Esta decisión de conceder o no la solicitud de supresión de la lista es adopta por consenso. Si no llega al acuerdo, se remite al Consejo de Seguridad para que adopte la oportuna resolución de acuerdo con el artículo 23 de la Carta.

³² Este *punto focal* y sus funciones ha sido asumidos en las nuevas directrices del Comité, de febrero de 2007, párr. 8 d) y i), que se mantienen con la reforma del 2008.

³³ Párrafo 7 d) de las directrices enmendadas en 2008.

³⁴ Resolución 1730 (2006), párr. 7 y 8.

En definitiva, a lo largo del proceso de elaboración de la lista no existen mecanismos específicos que garanticen los derechos de defensa de las personas registradas. Por ello, el Tribunal de Justicia de la Comunidad se vio enfrentado a diversas demandas de ciudadanos europeos registrados en la lista del Comité 1267, como es el caso de Kadi³⁵, Yusuf y la fundación Al-Barakaat³⁶, Faraj Hassan³⁷, Chafiq Ayadi³⁸, Al-Aqsa³⁹, Omar M. Toman⁴⁰, etc. Todos ellos alegaban en su defensa la violación de sus derechos de defensa, tal y como se entendían, protegían y garantizaban en el derecho comunitario.

2. *Afectación directa en los derechos de defensa de las personas registradas*

El hecho de que las medidas económicas del Consejo de Seguridad tengan por objeto reprimir el terrorismo internacional no implica que puedan vulnerar derechos humanos de las personas afectadas. La ejecución de las sanciones onusianas requiere del desarrollo de normas nacionales o supranacionales que también deben respetar los derechos fundamentales de los particulares de acuerdo con los principios y estándares de protección del ordenamiento jurídico en el que se inserta dicha norma de aplicación. También en el ámbito de la Comunidad Europea, las políticas antiterroristas han de aplicarse de forma compatible con los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades

³⁵ Sentencia Tribunal de Primera Instancia, de 21 de septiembre de 2005, *Kadi v. Consejo y la Comisión Europea*, (asunto T-315/01), y sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P.

³⁶ Sentencia de Tribunal de Primera Instancia, de 21 de septiembre de 2005, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation v. Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea*, (asunto T-306/01).

³⁷ Recurso de casación interpuesto el 25 de septiembre de 2006 por Faraj Hassan contra la sentencia dictada el 12 de julio de 2006 por el Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) en el asunto T-49/04: *Faraj Hassan contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas* (Asunto C-399/06 P).

³⁸ Recurso de casación interpuesto el 27 de septiembre de 2006 por Chafiq Ayadi contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) dictada el 12 de julio de 2006 (asunto T-253/02) *Chafiq Ayadi/ Consejo de la Unión Europea* (Asunto C-403/06 P).

³⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 11 de julio de 2007, *Al-Aqsa/Consejo*, (Asunto T-327/03).

⁴⁰ Sentencia de Tribunal de Primera Instancia (sala Séptima), de 11 de junio de 2009, *Omar Mohammed Toman/ Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas* (asunto T-318/01).

fundamentales, consagrados como bases de la Unión en el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea. De ahí, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad tenga que cumplir con su deber de garantizar el Estado de Derecho, y sin inmiscuirse en el ámbito de la política internacional, reafirme su competencia para examinar la legalidad de los reglamentos comunitarios en aplicación de las sanciones internacionales dentro los límites del orden jurídico comunitario⁴¹. Según reiterada jurisprudencia, el derecho del particular a ser oído, el derecho de defensa y el principio de tutela judicial efectiva son principios generales del Derecho comunitario, que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrados en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y son reafirmados en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza⁴². Por tanto, el respeto de los derechos humanos constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios⁴³ y esto implica que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con estos derechos⁴⁴. Por esta razón, el control de legalidad que garantiza y ejerce el juez comunitario recae sobre el reglamento comunitario destinado a aplicar las resoluciones internacional, pero no controla la legalidad interna de las mismas.

La lista consolidada se incorpora directamente en derecho comunitario, por lo que el juez comunitario se cuestiona si el sistema de esa lista es compatible con los derechos de defensa de las personas registradas, tal y como se entiende y garantiza en el ámbito comunitario. El derecho de defensa exige que el destinatario de una decisión que le afecta sensiblemente a sus intereses pueda expresar eficazmente su punto de vista, deba conocer los motivos que justifican esa afección y tiene que poder presentar alegaciones en su defensa⁴⁵. Como se ha visto en el apartado anterior,

⁴¹ BORGHI, A., "La législation de l'Union européenne en matière de sanctions internationales et sa compatibilité avec les droits fondamentaux", *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, vol. 19, (2008), 76, pp. 1095-1124.

⁴² Véase, la sentencia de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 37, así como el párrafo 335, de la sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al-Barakaat International Foundation/Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P.

⁴³ Dictamen 2/94, del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996 (Rec. p. I-1759), apartado 34.

⁴⁴ Sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 73 y jurisprudencia citada.

⁴⁵ Sentencia de 24 de octubre de 1996, *Comisión/Lisrestal y otros* (C-32/95 P, Rec. p. I-5373), apartado 21. Véase asimismo el artículo 41, apartado 2, de la Carta de los De-

el procedimiento enmendado de elaboración de la lista —tanto para la inclusión como para la exclusión de personas— sigue siendo esencialmente de naturaleza diplomática e interestatal, pues las personas o entidades afectadas no tienen una auténtica posibilidad de defender sus derechos, no incluye procedimientos para comunicar a los interesados los datos que justifican su inclusión y el Comité 1267 adopta sus decisiones por consenso, disponiendo todos sus miembros de un derecho de veto. Las directrices enmendadas del Comité y el párrafo 8 de la resolución 1730 (2006) de 19 de diciembre de 2006, tampoco obligan al Comité de Sanciones a comunicar al peticionario las razones y las pruebas que justifican su inclusión en la lista. El peticionario carece de medios para conocer esos datos, ni siquiera con limitaciones. Cuando el Comité desestima la solicitud de exclusión de la lista, no tiene obligación de motivar su decisión. Sólo está obligado a comunicar la decisión de exclusión, pero no su motivación⁴⁶. Sólo se contempla la notificación obligatoria al Estado solicitante de la inclusión para que éste pueda aplicar inmediatamente al particular la sanción correspondiente. Tampoco el sistema renovado de exclusión de la lista ni las ventajas del punto focal cumplen con los estándares mínimos de protección del ámbito europeo, a pesar de que dicho procedimiento permita a los registrados presentar, directamente al Comité de Sanciones o a través de su Estado, una solicitud motivada para que se suprima su nombre de la lista. Dicho peticionario sigue, no obstante, sin poder defender personalmente sus derechos en el procedimiento de exclusión del Comité. Tampoco puede delegar su representación ya que sólo los Estados ostentan la facultad de presentar observaciones ante una solicitud de exclusión, de modo que las personas registradas siguen dependiendo esencialmente del ejercicio de la protección diplomática de sus respectivos Estados⁴⁷.

En cambio, los Estados están obligados a introducir en sus normas de aplicación oportunidades de defensa al particular, sobre todo en la tramitación administrativa previa al traslado de su información al Comité,

rechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴⁶ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 325.

⁴⁷ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 99, el TCJE recuerda como los apartados 268 de la sentencia de TPI en el caso Kadi y el 315 de la sentencia del TPI del caso Yusuf y Al-Barakaat se reconoce la falta de acción directa de la persona afectada por la lista ante el Comité de Sanciones.

de acuerdo con el apartado 6 b) de las directrices enmendadas en 2008. Así se manifiesta, una vez más, que en efecto, los Estados tienen en última instancia un cierto margen de acción en la ejecución de sus obligaciones internacionales⁴⁸. Así parece entenderlo también el Consejo de Seguridad, al introducir en las directrices del Comité la obligación de los Estados de notificar al afectado su inclusión en la lista, “de conformidad con su legislación y práctica nacional”. Con esta formulación, se puede entender que el Consejo de Seguridad y el Comité 1267 no desconocen los estándares de protección de los derechos de defensa de las personas, y que indirectamente reconocen que su garantía y efectividad compete al Estados habida cuenta de las experiencias comunitarias en aplicación de las sanciones onusianas. Téngase también en cuenta, que si los Estados deciden una aplicación conjunta supranacional de las obligaciones que emanan de la Carta de las Naciones Unidas, han de crear algún mecanismo para informar a la persona registrada en la lista los motivos de su inclusión y han de darle la oportunidad de defenderse. Por eso, el TJCE ha señalado claramente que “incumbe al juez comunitario aplicar técnicas que, en el contexto del control jurisdiccional ejercido por él, permitan conciliar, por una parte, las preocupaciones legítimas de seguridad en cuanto a la naturaleza y a las fuentes de la información tenida en cuenta para adoptar el acto de que se trate y, por otra, la necesidad de permitir que el justiciable disfrute en grado suficiente de la protección que ofrecen las normas de procedimiento”⁴⁹. Por esta razón, quizá el Consejo de Seguridad hace hincapié en la resolución 1735 (2006), de 22 de siembre de 2006 y en la 1822 (2008), de 30 de junio de 2008, sobre la conveniencia de que los Estados adjunten la justificación lo más detallada posible los motivos de la inclusión en la lista y toda posible información que demuestre la asociación o las actividades atribuidas, así como cuantos documentos acreditativos puedan facilitarse.

Todos los casos planteados ante el TJCE adolecen de un mismo problema, común a todas ellas, consistente en que en el momento de aplicación de las sanciones onusianas en los reglamentos comunitario el legislativo comunitario incorpora directamente la lista consolidada en el Anexo I del

⁴⁸ WET, E., “Human rights limitations to economic enforcement measures...”, *op. cit.*, p. 280.

⁴⁹ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 344, en el que trae a colación la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia *Chahal c. Reino Unido*, de 15 de noviembre de 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, párr. 131.

Reglamento para poder aplicar las sanciones a las personas registradas. Tampoco el legislador comunitario articula mecanismos para garantizar los derechos de defensa de los afectados, ni para comunicarles los motivos de su inclusión en la lista, por lo que resulta muy difícil ejerciten dentro de plazo razonable su derecho de recurso y puedan hacer valer sus motivos y alegación⁵⁰. Por tanto, la ausencia de la información debida a los afectos, la no comunicación de los datos utilizados en su contra como base de las medidas restrictivas que les fueron impuestas, y la ausencia de un plazo razonable tras la imposición de las medidas para que las personas registradas pudieran tomar conocimiento de su situación suponen una violación del orden comunitario por incumplimiento de la debida garantía de los derechos de defensa del particular.

3. Afectación directa en el derecho de propiedad de las personas registradas y sus efectos indirectos frente a terceros

La congelación de los fondos, cuentas y otros recursos económicos o financieros supone una afectación directa del derecho de propiedad de las personas destinatarias de las sanciones onusianas y registradas en el Anexo I del reglamento comunitario. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho de propiedad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. No obstante, este principio no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecten a la propia esencia del derecho así garantizado.

Para determinar el alcance del derecho fundamental al respeto de la propiedad es preciso tener en cuenta el artículo 1 del Protocolo adicional nº 1 del Convenio Europeo de Derecho Humanos. Por ello, el Tribunal de Justicia, ante las denuncias interpuestas por particulares registrados en la lista de las Naciones Unidas y en los correspondientes reglamentos comunitarios, como las interpuestas por Yusuf, Kadi, Al-Barakaat, Omar... analiza,

⁵⁰ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 336.

en cada caso concreto, si la congelación de los fondos constituye una intervención desmesurada e intolerable que afectase a la propia esencia del derecho de propiedad de esas personas. En estos recursos, el Tribunal se enfrenta con la misma cuestión, a saber, si la aplicación concreta del reglamento comunitario en ejecución de las resoluciones internacionales es respetuosa con los derechos fundamentales de las personas destinatarias de las sanciones. De ahí, que, aunque sean denuncias independientes entre sí, sus argumentaciones sean semejantes. Es más, en las denuncias posteriores al recurso de casación de Kadi y de Al Barakaat, el Tribunal hace constante referencia a esta sentencia.

La congelación de fondos constituye, a juicio del Tribunal, una medida cautelar⁵¹, que no pretende privar de su propiedad a dichas personas. Sin embargo, tales medidas suponen indudablemente una restricción al ejercicio del derecho de propiedad de las personas afectadas. Tal restricción debe calificarse, además, como considerable y exige una relación de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. Por ello procede a investigar, en cada caso, si se ha respetado el equilibrio entre las exigencias del interés general y el interés de la persona o personas afectadas. No es la primera vez que el Tribunal se ha de pronunciar sobre las medidas restrictivas de carácter económico que aplican resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y sobre la importancia de los objetivos perseguidos por el acto comunitario para analizar y justificar sus consecuencias negativas, por considerables que sean para ciertos operadores, incluidos aquellos que no tienen ninguna responsabilidad en la situación que condujo a la adopción de las sanciones pero resultan afectados, en particular en sus derechos de propiedad⁵².

En términos de principio, el interés general de luchar contra el terrorismo internacional de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas hace que la congelación de fondos, activos financieros y otros recursos económicos de las personas asociadas a Osama bin Laden, la red Al-Qaeda o los talibanes no pueda calificarse como inadecuada o desproporcionada⁵³. El

⁵¹ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 357.

⁵² Sentencia *Bosphorus*, de 30 de julio de 1996, C-84/95, Rec. p. I-3953, apartados 22 y 23.

⁵³ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 363, citando ade-

Tribunal al considerar que los reglamentos comunitarios habían sido adoptados sin ofrecer oportunidad alguna a los afectados de defenderse y que las restricciones del derecho de propiedad eran de alcance general —pues abarcaba todo tipo de fondos y cuentas— y de duración indefinida estima la restricción del derecho de propiedad es considerable, incluso, que va más allá de lo permitido por el ordenamiento comunitario, por lo que es contraria la orden de jurídico de la Comunidad.

Por otra parte, la congelación de los fondos, cuentas y demás recursos económicos y financieros pueden afectar de forma indirecta al derecho de propiedad de terceras personas, que no son destinatarias de las sanciones onusianas y, por tanto, tampoco están registradas en el Anexo I del reglamento comunitario. En tal caso, hay que plantearse si el Derecho comunitario protege igualmente a un posible tercero afectado indirectamente por la sanción internacional. No es un planteamiento puramente teórico, sino práctico y real. En efecto, la congelación de un pago o unos fondos de un particular registrado en la lista consolidada puede desplegar indirectamente efectos jurídicos frente a terceros no registrados en la lista, como en el caso *Möllendorf*⁵⁴. En aplicación del artículo 2, apartado 3, y 4, apartado 1, del Reglamento n° 881/2002 de la Comunidad, se deniega la necesaria inscripción en el registro de la propiedad la transmisión de la propiedad de un bien inmueble en ejecución de un contrato de compraventa a una persona física que figura en el anexo I del Reglamento. Dicha denegación afecta indirectamente el derecho de propiedad de las vendedoras, ya que según el derecho alemán aplicable a la compraventa, si no se efectúa la transmisión de la propiedad por impedimento registral, se impide la ejecución del contrato, por lo que se deberá restituir a los compradores el precio de la venta, de acuerdo con los artículos 275 y 323 del BGB. Ade-

más, sentencia *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Irlanda*, asunto n° 45036/98 de 30 de junio de 2005, párr. 167 del TEDH.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, (Sala Segunda) de 11 de octubre de 2007, asunto C-117/06, *Möllendorf*, recurso prejudicial. En este caso, las señoras Möllendorf vendieron un inmueble situado Berlín por un precio de 1.214.318,22 euros a una sociedad civil compuesta por dos personas, una de ellas, el Sr. Aqeel Abdulaziz Al-Aqil registrado en la lista del Comité de sanciones desde julio de 2004. Tanto el contrato de venta como el pago del importe se habían antes de que el comprador fuera registrado en la lista como persona asociada al grupo terroristas. Sin embargo, cuando en abril de 2005 las vendedoras acuden al registro de la propiedad para la inscripción de la venta y así transmitir la propiedad a los compradores, éste no puede efectuarse por aplicación del reglamentos comunitario sobre la congelación de fondo y recurso económicos de las personas asociadas s al grupo terrorista, en aplicación del artículo 2, apartado 3, y 4, apartado 1, del Reglamento n° 881/2002 de la Comunidad.

más, la restitución del precio de la venta pudiera ser igualmente contraria al reglamento comunitario, ya que la restitución del precio de la venta supone *de facto* que las personas registradas obtengan fondos, mercancías o servicios violando por tanto el Reglamento n° 881/2002. En este caso, el Tribunal consideró que el inmueble es un recurso económico, cuya venta y posterior inscripción en el registro de la propiedad necesaria según la ley alemana para la transmisión de la propiedad, supone una “puesta a disposición, directa o indirectamente” de la persona física inscrita en la listas, “de modo que [...] pueda obtener fondos, mercancías o servicios” en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 881/2002. Además, el TJCE consideró que la citada disposición no excluye ningún tipo de “recurso económico” y tampoco prevé excepciones ni materiales ni temporal.

El artículo 2 *bis*, apartado 4, letra b), del Reglamento n° 881/2002, que reproduce literalmente el contenido del párrafo 2 de la Resolución 1452 (2002), establece una excepción a la prohibición impuesta en el artículo 2, apartado 2, del mismo Reglamento respecto al abono en cuentas congeladas de pagos correspondientes a contratos, acuerdos y obligaciones contraídos *antes* de la fecha en que las cuentas quedaran congeladas. Sin embargo, la normativa comunitaria no prevé tal excepción respecto a la prohibición impuesta en el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 881/2002, relativo a la puesta a disposición de recursos económicos como la compraventa de ese inmueble.

Por lo tanto, el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Osama bin Laden... debe interpretarse en el sentido de que prohíbe la inscripción definitiva en el registro e impide la ejecución final del contrato para la transmisión de la propiedad en el registro de la propiedad con posterioridad a la fecha de la inclusión del comprador en la lista que figura en el anexo I del Reglamento n° 881/2002, modificado por el Reglamento n° 561/2003, aún cuando el contrato de compraventa del bien inmueble y el pago del precio de la venta fueron concluidos antes de dicha inclusión⁵⁵.

En este caso, el Tribunal considera la existencia de un menoscabo del derecho de propiedad de las vendedoras del inmueble como consecuencia de los efectos indirectos de la norma comunitaria frente a un tercero (personas distintas de las incluidas en dicha lista). Pero considera, que la

⁵⁵ Sentencia *Möllendorf*, asunto C-117/06, de 11 de octubre de 2007, apartados 45-64.

restricción del derecho de propiedad de estas vendedoras depende del Derecho nacional aplicable. Según la ley alemana, ante la imposibilidad de inscribir definitivamente la transmisión de propiedad del inmueble en el registro de la propiedad a consecuencia de la aplicación del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 881/2002, las vendedoras están obligadas a rembolsar el precio de la venta, con lo que se suscita la cuestión de la compatibilidad de tal reembolso con la prohibición de no puesta a disposición de recursos económicos prevista en el artículo 2 del apartado 2 del reglamento comunitario. A juicio del tribunal, el reembolso del precio de venta de dicho inmueble parece posible a la luz del artículo 2 *bis*, apartado 4, letra b), del Reglamento n° 881/2002, puesto que establece una excepción a la prohibición que impone el artículo 2, apartado 2, del mismo Reglamento, siempre que se cumplan los requisitos de aplicación de dicha excepción, entre los que se encuentra la congelación de los fondos reembolsados⁵⁶. Ahora bien, si la obligación de reembolso constituye un menoscabo desproporcionado de las vendedoras en su derecho de propiedad, esto es —a juicio del Tribunal— una cuestión de derecho nacional, que no procede examinar en el marco del recurso prejudicial⁵⁷. Por tanto, será el órgano jurisdiccional nacional quien examine si el reembolso de las cantidades percibidas por las demandantes constituye un menoscabo desproporcionado de su derecho de propiedad. De ser así, el órgano judicial nacional aplicará la normativa nacional de modo que no se menoscaben las exigencias que se desprenden del Derecho comunitario⁵⁸.

De esta forma, el Tribunal de Justicia constata que la efectiva protección de los derechos humanos la ostenta los Estados en última instancia y que incluso “las exigencias derivadas de la protección de los principios generales reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan también a los Estados miembros, cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar

⁵⁶ *Ibid.*, apartado 70.

⁵⁷ *Ibid.*, apartado 77.

⁵⁸ *Ibid.*, apartado 79. Debe tenerse en cuenta cómo el orden constitucional alemán, reconoce que los derechos fundamentales no sólo derechos de defensa de los ciudadanos frente a la acción del Estado, sino que también —bajo determinadas circunstancias que hay que sopesar encada caso— deben protegerse en las entre privados. Véase, BRINKTRINE, R., “The horizontal effect of human rights in German constitutional law. The British debate on horizontality and the possible role model of the German doctrine of ‘mittelbare Drittwirkung der Grundrechte’”, *European Human Rights Law Review*, (2001), 4, pp. 421-432.

dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias”⁵⁹. Así, a la luz de este caso, y recordando además que el Reglamento n° 881/2002 es la norma de aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad en materia antiterrorista, se pone de manifiesto una vez más que, en efecto, son los Estados quienes —*as a right of last resort*⁶⁰— controlan las resoluciones onusianas y garantizan los derechos humanos de las personas afectadas por las mismas en el momento de su aplicación y ejecución.

III. EFECTOS DEL CASO PARADIGMÁTICO KADI: LA SUPERACIÓN DE UNA GRAVE FRICCIÓN Y EL TRIUNFO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. La visión restrictiva de la tutela judicial efectiva del Tribunal de Primera Instancia

El 17 de octubre 2001, el Comité de Sanciones 1267 introdujo el nombre del señor Yassin Abdullah Kadi en la lista consolidada de las personas que colaboraban con Al-Qaeda. En consecuencia y mediante el Reglamento (CE) n° 2062/2001 de la Comisión, de 19 de octubre de 2001, que modifica por tercera vez el Reglamento n° 467/2001 para añadir nombre del Sr. Kadi, junto con otros, al anexo I de este último Reglamento. Ante esta situación el Sr. Kadi presentó ante el Tribunal de Primera Instancia un recurso de anulación contra el reglamento comunitario que permitió la congelación de sus cuentas alegando, entre otros motivos, la falta de competencia del Consejo para la adopción del Reglamento controvertido en aplicación de las resoluciones vinculantes de la ONU, la inobservancia del artículo 249 CE e invocaba la violación de sus derechos fundamentales. En la sentencia de 21 de septiembre de 2005, el TPI muestra una gran prudencia a la hora de ejercer el control de legalidad de los reglamentos comunitarios adoptados para ejecutar las resoluciones del Consejo de Seguridad. De esta forma sostiene una visión restrictiva de la tutela judicial efectiva frente a las medidas antiterroristas adoptadas por las instituciones de la UE y, en síntesis, podríamos decir que el TPI otorga primacía absoluta

⁵⁹ Sentencia *Möllendorf*, asunto C-117/06, de 11 de octubre de 2007, apartado 78 y en particular, la sentencia de 10 de julio de 2003, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, C-20/00 y C-64/00, Rec. p. I-7411, apartado 88 y la jurisprudencia allí citada.

⁶⁰ WET, E., “Human rights limitations to economic enforcement measures...”, *op. cit.*, p. 280.

al artículo 103 de la Carta de la ONU. Pues, en efecto, consideraba que el efecto obligatorio de las resoluciones del Consejo de Seguridad se imponía a la Comunidad, a pesar de que la Carta de las Naciones Unidas no vincula le directamente como tal, al no ser la Comunidad un Miembro de la ONU, ni destinataria de las resoluciones del Consejo de Seguridad, ni sucesora de sus Estados miembros en los derechos y obligaciones de éstos con arreglo al Derecho internacional público⁶¹. En cambio, a juicio de Tribunal de Primera Instancia, dicho efecto obligatorio se impone a la Comunidad en virtud del Derecho comunitario⁶², eso sí —haciendo un salto jurídico—, en la medida en que la Comunidad había asumido, con arreglo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros sobre la aplicación de la Carta de las Naciones Unidas, por lo que sus disposiciones eran vinculantes para la Comunidad⁶³. Por consiguiente, la Comunidad no podía violar las obligaciones que emanan de la Carta, ni obstaculizar el cumplimiento de las mismas y, al contrario, debía adoptar en el ejercicio de sus competencias todas las disposiciones necesarias para permitir que sus Estados miembros respetasen tales obligaciones. A su juicio, el TPI sólo podría ejercer un control jurisdiccional incidental, a título claramente excepcional, para la verificación de la observancia de las normas superiores del Derecho internacional que forman parte del *ius cogens* y, en particular, de las normas imperativas para la protección universal de los derechos humanos⁶⁴. Sin embargo, tras examinar minuciosamente la supuesta violación de los derechos humanos que se derivan de las resoluciones del Consejo de Seguridad y del Reglamento controvertido de transposición, llega a la conclusión que el caso Kadi no es un caso excepcional, porque no se vulnera derecho imperativo⁶⁵. En consecuencia, desestimó cualquier eventual violación del derecho a un control jurisdiccional efectivo y, en consecuencia, el recurso en su totalidad.

El TPI no duda en sacrificar los derechos fundamentales del demandante con el objetivo de respetar las obligaciones derivadas de las resoluciones del Consejo de Seguridad. Esta sentencia del TPI ha sido muy crítica en

⁶¹ Sentencia TPI de 21 de septiembre de 2005, *Kadi v. Consejo y la Comisión Europea*, (asunto T-315/01TPI) apartado 192, y *Yusuf y Al Barakaat*, apartado 242.

⁶² *Ibid.*, *Kadi*, apartado 193, y *Yusuf y Al Barakaat*, apartado 243.

⁶³ *Ibid.*, *Kadi*, apartado 203, y *Yusuf y Al Barakaat*, apartado 253.

⁶⁴ *Ibid.*, *Kadi*, apartado 321.

⁶⁵ *Ibid.*, *Kadi*, apartado 238.

la doctrina⁶⁶, porque atenta contra uno de los principio esenciales y constitucionales de la Comunidad, como es el principio de legalidad dentro del propio orden comunitario. Evidentemente el TPI lo no expresa con estas palabras, pero de su conclusión se deriva que, tanto en virtud del Derecho internacional general, como de las disposiciones específicas del Tratado, los Estados miembros pueden e incluso, están obligados, a dejar inaplicada cualquier disposición de Derecho comunitario que dificulte el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas.

2. *La autonomía y constitucionalidad del Derecho de la Unión*

El 13 de noviembre de 2007, el Sr. Kadi presentó recurso de casación ante la Gran Sala del Tribunal de Luxemburgo frente a la sentencia del recurso de anulación alegando principalmente dos motivos: primero, la infracción de varias normas de Derecho comunitario cometida por el Tribunal de Primera Instancia y segundo, la violación de algunos de sus derechos fundamentales. Con esta sentencia, el TJCE aporta una solución al caso concreto, pero de carácter constitucional por un doble motivo: primero, porque se pronuncia sobre la autonomía del ordenamiento comunitario y segundo, porque la protección de los derechos humanos es un criterio real de legalidad.

En, efecto, la Gran Sala examina la relación existente entre el ordenamiento jurídico internacional y el comunitario. En contra de la sentencia del TPI, el TJCE señaló con claridad que “un acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario”⁶⁷ y que “las

⁶⁶ Véase, entre muchos otros, CANANEA, G., “Return to the due process of law: the European Union and the fight against terrorism”, *European Law Review*, 2007, 32, pp. 896-907; CIAMPI, A.: “L’Union Européenne et le respect des droits de l’homme dans la mise en oeuvre des sanctions devant la Cour Européenne des droits de l’Homme”, *Revue General du Droit International Public*, 2006, vol. 110, n.º 1, pp. 85-116; ECKES, C., “Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures-The *Yusuf* and *Kadi* Judgments of the Court of First Instance”, *European Law Journal*, vol. 14, n.º 1, pp. 74-92; EECKHOUT, P., “Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit”, *European Constitutional Law Review*, 2007 n.º 3, pp. 183-207; LAVRANOS, N., “Judicial Review of UN Sanctions by the Court of First Instance”, *European Foreign Affairs Review*, 2006, 11, pp. 471-490.

⁶⁷ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia, de 3 de septiembre de 2008, *Kadi*, apartado 282.

obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del Tratado CE, entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, pues el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías de recurso establecido por dicho Tratado”⁶⁸. Subraya con fuerza y decisión la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario y su plena separación respecto al orden internacional y prepara el terreno para adoptar un enfoque muy distinto al TPI y netamente constitucional de cara también a futuros caso. Pero en todo momento es respetuoso del orden jurídico que se deriva de la Carta de las Naciones Unidas hasta llegar a afirmar que una “sentencia de un tribunal comunitario en la que declarase que un acto comunitario destinado a aplicar una resolución internacional violaba una norma superior del ordenamiento jurídico comunitario no implicaría poner en entredicho la primacía de dicha resolución en el ámbito del Derecho internacional”⁶⁹. Este respeto le lleva a corregir al TPI al señalar que incluso, “tratándose de un acto comunitario destinado a aplicar una resolución del Consejo de Seguridad aprobada en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el Reglamento controvertido, no corresponde, pues, al juez comunitario, en el marco de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 220 CE, controlar la legalidad de la resolución aprobada por dicho órgano internacional, ni siquiera limitando su control al examen de la compatibilidad de tal resolución con el *ius cogens*”⁷⁰.

El TJCE deja muy claro que la recepción del Derecho internacional — incluidas las resoluciones del Consejo de Seguridad— viene determinada por el propio ordenamiento en el que se van a insertar, en este caso el ordenamiento jurídico comunitario⁷¹. Por esa razón, la Carta de las Naciones Unidas “no puede obligar a seguir un método determinado para la apli-

⁶⁸ *Ibid.*, apartado 285.

⁶⁹ *Ibid.*, apartado 288.

⁷⁰ *Ibid.*, apartado 287.

⁷¹ Sobre esta cuestión cfr. HALBERSTAM, D./ STEIN, E., “The United Nations, the European Union, and the King of Sweden. Economic sanctions and individual rights in a plural world order”, *Common Market Law Review*, vol. 46 (2009), 1, pp. 13-72; ALMQVIST, J., “A human rights critique of European judicial review counter-terrorism sanctions”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57 (2008), 2, pp. 303-331.

cación de las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad”⁷², sino que “dicha aplicación debe producirse conforme a la normativa aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico interno de cada Miembro”⁷³. En consecuencia, las normas y principios de la Carta no pueden impedir que, dado el caso, se pueda proceder a un control jurisdicción de la legalidad interna del reglamento comunitario desde el punto de vista del derecho comunitario, y, en concreto desde la perspectiva de protección de los derechos humanos de la Comunidad, por el mero hecho de que tal reglamento esté destinado a aplicar una resolución del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Es más, la aplicación de las resoluciones del Consejo no pueden menoscabar los principios constitucionales del ordenamiento comunitario, como son los derechos fundamentales —según el antiguo artículo 6.2 del TUE (actual artículo 6)— y que corresponde al Tribunal de Justicia garantizar su respeto, que —en definitiva— implica garantizar la legalidad del orden comunitario. De ahí que la tesis de la inmunidad de jurisdicción de un acto comunitario en aplicación una resolución del Consejo —entendida como corolario del principio de primacía del Derecho internacional— carece completamente de fundamento sobre la base del TCE⁷⁴.

El carácter constitucional de esta sentencia se aprecia también en que el TJCE reconoce que la defensa de los derechos humano es un criterio esencial de orden comunitario. Como se ha analizado en los epígrafes anteriores, en el régimen de sanciones previstas por el Consejo de Seguridad y su gestión a través de sistema de listas no ofrecen una protección adecuada de los derechos humanos. En efecto, el procedimiento de la elaboración de las listas, a pesar de las modificaciones introducidas por el Consejo de Seguridad en los últimos años, la decisión de suprimir o no el nombre de una persona de la lista sigue correspondiendo a la más absoluta discrecionalidad del Comité de Sanciones que —no olvidemos— es un órgano político y no jurisdiccional. Además, el particular incorporado a la lista no es informado previamente de su posible registro, no conoce los motivos que se aducen para ese registro y no tiene ocasión de defenderse ni ser oído por un tribunal.

En tales circunstancias, es preciso afirmar que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva por medio de un tribunal independiente no está

⁷² Sentencia de casación del Tribunal de Justicia, de 3 de septiembre de 2008, *Kadi*, apartado 298.

⁷³ *Ibid.*, apartado 298.

⁷⁴ *Ibid.*, apartado 300.

garantizado a nivel internacional a pesar del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos. En consecuencia, cuando las instituciones comunitarias aplican resoluciones del Consejo de Seguridad en su ordenamiento jurídico no están exentas de aplicar un adecuado control judicial en el marco del Derecho comunitario, en conformidad con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en la actualidad, de acuerdo también con la Carta Europea de Derechos Fundamentales. El TJCE no entra a sugerir cómo debería funcionar las Naciones Unidas, aunque si se atreve su el abogado general. En efecto, el Sr. Poiares Maduro envía un claro mensaje a las instituciones comunitarias y al Consejo de Seguridad, al afirmar que “si en el ámbito de las Naciones Unidas existiera un mecanismo genuino y efectivo de control por parte de un tribunal independiente, ello podría eximir a la Comunidad de la obligación de garantizar el control judicial de las medidas de ejecución que se aplican en el marco del procedimiento jurídico comunitario”⁷⁵.

La eficacia del objetivo final de las resoluciones del Consejo de Seguridad —perseguir en última instancia la paz haciendo frente al terrorismo— aconseja cierta confidencialidad y rapidez en las acciones concretas. Por lo que tratándose de unas medidas restrictivas, como las que impone el Reglamento comunitario, no cabe exigir a las autoridades comunitarias que comuniquen todos los motivos antes de la inclusión inicial de una persona o entidad en la lista⁷⁶, puesto que la comunicación previa podría poner en peligro la eficacia de las medidas de congelación de fondos. Sin embargo, la eficacia de unas medidas restrictivas —como las contenidas en el reglamento comunitario denuncia por Kadi— no implica que el juez comunitario esté exonerado a aplicar el principio de tutela judicial efectiva. Al contrario, en el contexto del control jurisdiccional ejercido por el juez comunitario se deberán arbitrar mecanismo para conciliar las preocupaciones legítimas de seguridad y el disfrute real por parte del justiciable de un grado suficiente de sus derechos a lo largo del procedimiento⁷⁷. Es decir, en el ámbito de la lucha contra el terrorismo es necesaria —al igual que en otros ámbitos— la búsqueda de un equilibrio entre el objetivo de

⁷⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Poiares Maduro presentadas el 23 de enero de 2008, *Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, C-415/05 P y el 16 de enero de 2008, *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo y Comisión*, C-402/05 P, punto 54.

⁷⁶ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia, de 3 de septiembre de 2008, *Kadi*, apartado 338.

⁷⁷ *Ibid.*, apartado 334, haciendo referencia a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Chahal c. Reino Unido* de 15 de noviembre de 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, párrafo 131.

seguridad que se persigue y la protección de los derechos fundamentales. Por ello, en el caso concreto, el TJCE estimó que habida cuenta de que las instituciones comunitarias no comunicaron en ningún momento al Sr. Kadi los datos utilizados en su contra, ni se le dio la oportunidad de dar a conocer su punto de vista sobre la inclusión en la lista, el TJCE estima que se ha producido una violación de sus derechos de defensa y, en particular, a su derecho a ser oído. Asimismo, estima que se ha vulnerado el derecho a un recurso judicial efectivo, ya que Kadi no se encontraba en condiciones de defender satisfactoriamente sus derechos ante el juez comunitario⁷⁸.

Constatada la violación de estos derechos, el TJCE analiza a continuación si, como se alegaba, el controvertido reglamento violaba además su derecho a la propiedad como consecuencia de la congelación de sus fondos que le impuso el reglamento. Como se ha visto en los apartados anteriores, el TJCE examina el alcance de tal derecho, sus límites y la naturaleza de la congelación como medida cautelar en el caso concreto y no como una medida de expropiación desproporcionada, si cabían excepciones etc. Y lo hace analizando el respeto de la propiedad como un principio general del Derecho comunitario de acuerdo con artículo 1 del Protocolo adicional n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo⁷⁹. Llega a la conclusión de que la restricción del derecho de propiedad es considerable y que las autoridades comunitarias no le ofrecieron una opción adecuada para exponer su caso y, por ello, es una restricción injustificada. Pero lo que es más importante, el TJCE subraya que la congelación de fondos y otros recursos económicos de las personas incluidas en la lista del Comité 1267 estaría justificada, siempre y cuando se respetasen las derechos fundamentales —sustantivos y procesales— de las personas afectadas tal y como se prevén el ordenamiento jurídico comunitario.

De esta sentencia se desprende, por tanto, como el Tribunal de Justicia de Luxemburgo no sólo controla la aplicación de las normas comunitarias sino que, al hacerlo, ejerce una jurisdicción constitucional, al constatar la plena autonomía del orden comunitario y su carácter constitucional en la defensa de derechos fundamentales a la luz de unos estándares altamente

⁷⁸ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia, de 3 de septiembre de 2008, *Kadi*, apartados 3348-353.

⁷⁹ *Ibid.*, apartados 355-371, donde el TJCE alude a la sentencia del TEDH en el caso *Jokela c. Finlandia* de 21 de mayo de 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-IV, § 45 y jurisprudencia citada y párrafo 55.

proteccionista según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

IV. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL *EFECTO KADIA* NIVEL INTERNACIONAL

Una vez más se pone de manifiesto cómo el Derecho internacional y la Carta de las Naciones se deben adaptar al nuevo contexto internacional. Lo ideal sería hacerlo abordando la reforma forma de la Carta, aunque *de facto* ya existen ciertos progresos sobre una amplia concepción del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales que incluye la consideración de los derechos humanos. El Consejo de Seguridad ha hecho un uso extensivo de sus facultades de actuación del capítulo VII y ha adoptado medidas doblemente novedosas. Sus sanciones selectivas contra particulares son una novedad frente a las acciones de actores no estatales en la escena internacional, haciéndoles destinatarios directos de una serie de medidas económicas habituales hasta ahora sólo frente a los Estados. Además, sobre una hipotética base del artículo 41 *bis* de la Carta, establece un mecanismo *sui generis* de identificación de esas personas y bajo la responsabilidad un órgano subsidio del Consejo de Seguridad —sin facultades jurisdiccionales— pero con relevancia *de facto* cuasi-imperativa y jurisdiccional⁸⁰.

Conviene resalta cómo Tribunal de Justicia la Comunidad Europea no puede pretender —ni lo ha hecho— ejercer un control de legalidad interno de las decisiones onusianas. Su función consiste en garantizar la legalidad de los actos comunitarios con independencia de que éstos traigan causa de obligaciones internacionales derivas de Carta de las Naciones Unidas. Por ello, en las demandas interpuestas por Yusuf, Kadi, Al-Barakaat, Omar... el TJCE estudia la compatibilidad entre el reglamento comunitario y la debida protección de los derechos humanos en el orden comunitario, de acuerdo con los estándares europeos de protección. Sin embargo, los razonamientos y conclusiones a las que llega el TJCE en cuanto a los derechos de defensa y al derecho de propiedad de las personas registrada en la *lista negra* arrojan reflexiones sugerentes de diversa índole.

⁸⁰ CAMERON, I., “UN targeted sanctions, legal safeguards...”, *op. cit.*, pp. 182 y 191.

Por una parte, El TJCE subraya que la Comunidad respeta el Derecho internacional⁸¹, y que según el TCE ha de adoptar las medidas que estime necesarias para cumplir las sanciones del Consejo de Seguridad como aspecto esencial de su Política Exterior de Seguridad Común (PESC)⁸². Sin embargo, dado que la Carta no impone un modelo único para el cumplimiento de las sanciones del Consejo, la Comunidad es libre de elegir entre las distintas opciones para su transposición, de tal forma que armonice el cumplimiento de la obligación internacional con las normas de protección de los derechos del orden comunitario⁸³. Por tanto, en este caso, es la Comunidad quien —*as a right of last resort*⁸⁴—, desarrolla, interpreta y controla en la práctica el orden internacional por unanimidad de sus Estados miembros en el momento de ejecutar las obligaciones individuales de cada uno de sus miembros de “aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad...”, según el artículo 25 de la Carta⁸⁵, pero teniendo en cuenta que el artículo 103 de la misma no puede librar en ningún caso a los Estados de las obligaciones internacionales de defensa y protección de los derechos humanos⁸⁶.

Se puede cuestionar si el TJCE con sus sentencias Yusuf, Kadi, Al-Barakaat, Omar... amenaza al Consejo de Seguridad de que si no garantiza de forma adecuada la protección de los derechos fundamental, esta función la asumirá el propio TJCE. Como se ha visto, el abogado general parece tenerlo claro. De todos modos, el TJCE podría haber adoptado una postura de menor resistencia constitucional y de mayor diálogo que, aunque no le correspondía, hubiese sido de gran utilidad para la doctrina. Para algunos, no habría estado de más que el TJCE hubiera precisado las condiciones en las que renunciaría al ejercicio de su función jurisdiccional en beneficio de una institución internacional. Esta posición permitiría al Tribunal entablar un diálogo constructivo con otras instituciones comunitarias y organizacio-

⁸¹ Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 291.

⁸² *Ibid.*, apartado 296.

⁸³ *Ibid.*, apartado 298.

⁸⁴ WET, E., “Human rights limitations to economic enforcement measures...”, *op. cit.*, p. 280.

⁸⁵ CAMERON, I., “UN targeted sanctions, legal safeguards...”, *op. cit.*, p. 174.

⁸⁶ OLIVIER, C., “Human Rights Law and the International Fight against Terrorism: How do Security Council Resolutions Impact on States’ Obligations under International Human Rights Law? (Revisiting Security Council Resolution 1373)”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 73, (2004), pp. 399-419, p. 414.

nes internacionales⁸⁷. En efecto, el TJUE no puede modificar la laguna del sistema de las Naciones Unidas en relación el respeto de los derechos humanos en las sanciones internacionales. Sin embargo, sí que podía haber actuado según el espíritu de la doctrina *Solange* y podía haberlo interpretado a la luz del derecho internacional consuetudinario. De haberlo hecho, hubiese aprovechado una buena ocasión para aclarar de forma productiva el alcance y la repercusión de los estándares de protección de los derechos humanos de los actores no estatales de carácter transnacional en el sistema de las Naciones Unidas⁸⁸. Preocupación real en el seno del Consejo de Seguridad como se manifiesta en la creación del *punto focal*, que presenta novedosas ventajas respecto al sistema anterior⁸⁹, aunque insuficientes desde la perspectiva europea.

En este contexto, se me atrevería decir que el *efecto Kadi* es el equivalente al que en su día tuvo la sentencia *Solange* del *Bundesverfassungsgericht* alemán para la Comunidad Europea⁹⁰. Así como en la entonces Comunidad Europea, el caso *Solange* empujó a los Estados miembros y a las instituciones de la Unión a mejorar el grado de protección de los derechos fundamentales en la Unión y a dotarse de un instrumento propio de protección, el tiempo dirá si el efecto Kadi mueve lentamente los muros de la discrecionalidad política. Sin embargo, el sistema de listas de la ONU ya se ha visto revisado y mejorado de nuevo en la resolución 1904 (2009), de 17 de diciembre de 2009, párrafo 20 en el que se crea un ombudsman en

⁸⁷ SANTOS VARA, J., “El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 32, (2009), pp. 91-119, p. 104. RECKER, S., “European Court of Justice Secures Fundamental Rights from UN Security Council Resolutions”, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 1 (2009) 1, pp. 159-178.

⁸⁸ HALBERSTAM, D./ STEIN, E., “The United Nations, the European Union, and the King of Sweden. Economic sanctions and individual rights in a plural world order”, *Common Market Law Review*, vol. 46 (2009), 1, pp. 13-72, p. 72.

⁸⁹ KELLER, H./ FISCHER, A., “The UN Anti-terror Sanctions Regime...”, *op. cit.*, p. 266; FEINÄUGLE, C., “The UN Security Council Al-Qaeda and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles...”, *op. cit.*, p. 1535, aunque sin ignorar sus limitaciones, al afirmar que “the newly established ‘focal point’ thus does not improve the individual’s legal protection: it is only a body that administers a request but does not have the power to decide on the delisting. With regard to ‘effectiveness’, accessibility is slightly improved by the establishment of the focal point”.

⁹⁰ CAMERON, I., “UN targeted sanctions, legal safeguards...”, *op. cit.*, p. 179. TZANOU, M., “Case note on Joined Cases C-402/05 P & C-415/05 P. Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union & Commission of the European Communities”, *German Law Journal*, vol. 10, (2009), pp. 123-147, p. 147.

el Consejo de Seguridad para las cuestiones relacionadas con la configuración de las listas del Comité 1267.

Pudiera ser, no obstante, que el TJCE sea víctima de su propia jurisprudencia y la Unión Europea de su propio sistema, en el sentido de que si el sistema de elaboración de listas no es compatible con los estándares de protección de los derechos humanos en Europa, teniendo en cuenta que los Estados carecen de capacidad para hacer que el mecanismo de elaboración de la lista introduzca oportunidades de defensa al particular afectado, el Tribunal se verá demandado constantemente y por la misma razón. Muestra de ello es que el 26 de febrero de 2009 el Sr. Kadi, que sigue figurando en la lista (y en el Anexo I) ha solicitado la anulación parcial del Reglamento (CE) n° 1190/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2008, alegando que vulnera sus derechos de defensa, tanto el derecho a ser oído como el derecho a una tutela judicial efectiva, y porque el citado reglamento no pone remedio a la violación de estos derechos ya declarada anteriormente por el Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-402/05 y C-415/05 y en sentencia de casación de septiembre de 2008⁹¹.

Por último, conviene recordar que la evolución de los estándares de protección de los derechos humanos no es uniforme a lo largo de la historia ni en la práctica de las diversas organizaciones internacionales. Es más, en el viejo continente europeo los niveles de protección de los derechos humanos son exigentes, elevados y despliegan obligaciones positivas para los Estados de mayor calado que a nivel internacional en general. Al mismo tiempo, sería altamente deseable que estos estándares europeos de protección y la experiencia concreta de esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión puedan servir de guía en la praxis internacional y regional.

⁹¹ Recurso interpuesto el 26 de febrero de 2009 – Kadi/Comisión (Asunto T-85/09).

Una visión de la tutela judicial a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER¹

SUMARIO: I. El largo recorrido que conduce a la codificación de las garantías para el afianzamiento del derecho a la tutela judicial. II. Algunas enseñanzas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. III. Algunas líneas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. IV. A modo de colofón: ser abogado, “obliga”.

I. EL LARGO RECORRIDO QUE CONDUCE A LA CODIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS PARA EL AFIANZAMIENTO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL

1. No será preciso extenderse para resaltar cómo impresiona a la sensibilidad de un jurista actual² el panorama procesal del “Antiguo Régi-

¹ Catedrático emérito de la Universidad Complutense de Madrid.

² No será preciso insistir para recalcar que la bibliografía sobre el derecho a la tutela judicial es inmensa. Valga por todos la cita al reciente trabajo, tan sugestivo como sugerente, de Ignacio BORRAJO INIESTA, *¿Por qué el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental?*, en el volumen colectivo, *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, II, páginas 1305 y siguientes, donde se deja constancia de la bibliografía más destacada. Véanse también, con amplias referencias, José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, Pamplona 1992, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección en el proceso administrativo a través de la reciente jurisprudencia constitucional*, en el volumen colectivo citado, *Derechos Fundamentales y otros estudios*, II, páginas 1349 y siguientes, y Leandro DESPOUY, *Independencia de la justicia. Estándares internacionales*, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

men”. Bastará, a modo de ejemplo, con remitirme al conocido libro de Francisco Tomás y Valiente³, “El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta”, a cuyo alumbramiento tuve por cierto el gusto de poder asistir, imagen muy viva de aquella realidad que hoy nos aterroriza, tan sólidamente documentada y construida con apoyo en los mejores tratadistas. Las garantías que hoy nos parecen normales y obvias, brillaban entonces por su ausencia con la mayor naturalidad. Pero más allá de los testimonios de la mejor doctrina, no estará de más ilustrarlo ahora con una breve cita literaria. En la conocida novela de George Eliot, “Adam Bede”, en relación con el acto del juicio en el que a la protagonista se le solicita la pena de muerte por el infanticidio que ella niega haber cometido, se afirmará con toda naturalidad: “This testimony could have no influence on the verdict, but it was given as part of that plea for mercy which her own counsel would have made if he had been allowed to speak for her—a favor not granted to criminals in those sterner times”⁴. Es decir, por resaltarlo con toda sencillez, ante el significado de ese delito, no se permitía intervenir en la vista al abogado de la implicada.

2. Por mas que la tradición, británica —con piezas tan notables como la Carta Magna de 1215⁵, la “Habeas Corpus Amendment Act” de

El texto que ahora se ofrece es la versión escrita de la conferencia inaugural del XX Congreso de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA), pronunciada en Ciudad de Panamá, el 26 de abril de 2012.

³ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVII-XVIII)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969.

⁴ Que cito por la edición de Everyman’s Library, Londres, 1972, p. 418, advirtiendo que la edición original es de 1858.

⁵ Muy interesantes precedentes pueden extraerse así de la Carta Magna, donde encontramos previsiones sobre la situación geográfica de los tribunales (nº 22), duración de las sesiones de los tribunales (nº 23), fallo de asuntos religiosos (nº 24), o las referentes a las multas que el nº 25 expone en estos términos: “Un poseedor de bienes libres no podrá ser condenado a penas pecuniarias por faltas leves, sino por las graves, y aun así, la multa guardará proporción con el delito, sin que en ningún caso le prive de los medios de subsistencia. Esta disposición es aplicable en todo caso a los mercaderes, a quienes habrá de reservarse alguna parte de sus bienes para continuar su comercio”. Destaco especialmente la referencia a la “proporcionalidad” de las multas. O, cuando en el siguiente nº 25, se cuida, en relación con los aldeanos, de que “no se le podrá privar de los instrumentos necesarios para su trabajo. No se impondrá ninguna multa si el delito no estuviera comprobado con previo juramento de doce vecinos honrados y cuya buena reputación sea notoria”. Los Condes y Barones —nº 27— “no podrán ser condenados a penas pecuniarias sino por sus Pares, y según la calidad de la ofensa”. El 28 se refiere a las penas pecuniarias de los eclesiásticos. Muy importante la declaración en relación con la auto confesión: “Ningún bailío u otro funcionario podrá obligar a nadie a sincerarse por medio de un juramento ante su simple acusación o testimonio,

1679⁶, o el “Bill of Rights” de 1689⁷— o de otros ámbitos, pudiera ofrecer algunos pasajes⁸ que evidenciaban cierta sensibilidad en la dura vertiente

como no sea confirmado por personas dignas de crédito” (nº 47). Especial relieve adquiere también la regla del juicio “por los pares”: “Nadie podrá ser arrestado, apisionado ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus Pares, según las leyes del país” (nº 48). A destacar también la previsión del nº 49: “No venderemos, ni rehusaremos, ni dilataremos a nadie la administración de justicia”, de enorme contenido y donde aparece ya la preocupación por la duración de los procesos, caballo de batalla, como hemos de ver, de todas las declaraciones posteriores. En los 59 y 60 se cuida de la reunión de los tribunales. Etcétera. Sobre las circunstancias de la Carta Magna, puede verse, Geoffrey HINDLEY, *The Magna Carta. The Story of the Origins of Liberty*, Robinson, Londres, 2008. Véase también, Claire BREAY, *Magna Carta. Manuscripts and Myths*, The British Library, Londres, 2002.

⁶ Llena de pasajes interesantes, como cuando se establece que “Ningún súbdito de este Reino, habitante de Inglaterra, el país de Gales o Berwick podrá ser enviado como preso a Escocia, Irlanda, Jersey, Guernesey o cualquier otro punto más allá de los mares: toda prisión de esta especie será *ipso facto* declarada ilegal; y el que haya sido víctima de ella podrá entablar una acción de *prisión ilegal* ante los tribunales de S.M. ...”.

⁷ Donde, por ejemplo, en el artículo 10 se establece “Que no pueden exigirse fianzas exageradas ni multas excesivas, ni imponerse penas crueles e inusitadas”. Llamo la atención sobre esta temprana referencia a las “penas crueles e inusitadas”, avance que paulatinamente tratarían de asumir luego los textos más innovadores. El precepto siguiente contiene exigencias sobre las condiciones de los jurados, y, a continuación, el artículo 12 trata de afianzar “Que las concesiones o promesas de multas y confiscaciones hechas a otros antes de que la convicción del delito haya sido adquirida, son ilegales y nulas”.

⁸ A modo de pequeño homenaje, ahora que estamos en las celebraciones del segundo centenario de la Constitución de Cádiz, de 19 de marzo de 1812, que tanta influencia tendría también en Hispanoamérica, me parece oportuno referirme a ella. En efecto, en el famoso “Discurso Preliminar”, que leyera Agustín de Argüelles, hablando de “la sabiduría y la profundidad de la antigua Constitución de España en el esencialísimo punto de la libertad civil”, se afirmaba: “Ninguna nación de Europa puede acaso presentar leyes más filosóficas ni liberales, leyes que protejan mejor la seguridad personal de los ciudadanos, su honor y su propiedad, si se atiende a la antigüedad de su establecimiento, que la admirable constitución de Aragón. La sublime institución del Justicia mayor, y modo de instruir el proceso criminal, serán siempre el objeto de la admiración de los sabios, del anhelo de los hombres de bien y del ardiente deseo de los que aman de corazón la libertad nacional”. Lo que me lleva a recordar el significado del proceso de “manifestación” en relación con la libertad de las personas, claro antecedente del “habeas corpus”, sobre el que tanto ha insistido el profesor Víctor Fairén Guillén. Otro precedente notable se expone en el Discurso Preliminar, desde su metodología hagiográfica de quitar hierro a las novedades que piensan introducirse, aseverando que ya estaban en las viejas tradiciones hispanas. Se afirma también: “La Comisión se da el parabién de hallar establecida en una provincia de España la innovación que propone. El juramento con que procura arrancarse de la boca del reo la confesión de su delito no se exige en el principado de Cataluña. La sabiduría que supone esta costumbre, hace el elogio del legislador o tribunal que la introdujo, y apenas se concibe que haya

procesal (criminal⁹, o no), tendría que pasar mucho tiempo para que la situación comenzara a normalizarse. Hay que esperar así a la grandes *declaraciones de derechos* —tan influenciadas sobre todo por la Ilustración—, que abren la época contemporánea en que el Estado asume organizarse respetando unas reglas de derecho marcadas en general por el poder constituyente, una de cuyas manifestaciones suelen ser las citadas declaraciones.

3. Es así como se abrirá un proceso impresionante, algunos de cuyos pasos pretendo reflejar a continuación. Podemos tomar como punto de partida la gran pieza que abre la serie, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776 (con redacción debida, al parecer, a Jorge Mason, en cuya versión definitiva habría tenido un notable influjo Madison, 77), y que se incluiría en la Constitución que la vieja “colonia” se daría al convertirse en “Estado”¹⁰, abriéndose así el constitucionalismo “contemporáneo”, que pronto lograría un paso decisivo con la Constitución de los Estados Unidos de América del Norte. Interesa de Virginia el artículo VIII, redactado en estos términos: “Que en todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pide la pena capital, el acusado

dejado de generalizarse en un país católico la religiosa práctica de redimir al reo de un conflicto, en que tiene tal vez que optar entre el patíbulo o el perjurio”. Me remito a mi trabajo, *Los derechos humanos en la Constitución de Cádiz*, en el volumen colectivo dirigido por José Antonio ESCUDERO, *Cortes y Constitución de Cádiz, 200 años*, II, Editorial Espasa, Madrid, 2011, 405 ss. Para cerrar este apunte sobre la Constitución de Cádiz, me parece de justicia también recordar los trabajos de Juan Carlos CASSAGNE, entre ellos, el reciente y tan interesante, *El bicentenario de la Constitución de Cádiz y su proyección en Iberoamérica*, “Revista de Administración Pública”, 186 (2011), 459 ss. (recogido también en el volumen colectivo, coordinado por Luis MARTÍ MINGARRO, *Cuando las Cortes de Cádiz. Panorama jurídico 1812. Jornada conmemorativa del bicentenario*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, 161 ss., conjunto de ponencias presentadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de Madrid).

⁹ Otro fragmento del “Discurso Preliminar” de Agustín de Argüelles, al que me refería, resulta ilustrativo de la situación realmente existente en España, cuando al exponer “el cuadro que ofrece entre nosotros un código criminal”, lo describía, “lleno de leyes promulgadas por la ferocidad y la barbarie de los conquistadores del norte, por la inquietud, depravación y crueldad de los emperadores romanos, y por el espíritu guerrero de invasión y caballería, que dominó por muchos años la irrupción sarracena, unido al sistema de arbitrariedad y tiranía, introducido por reyes extranjeros contra nuestros antiguos fueros y libertades, y a despecho de la integridad y firmeza de nuestros jueces y magistrados”.

¹⁰ Sobre la Declaración de Virginia, véase el importante trabajo de George JELLINEK, *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Incluido en el interesante volumen colectivo, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, edición preparada por Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Editora Nacional, Madrid, 1984, páginas 77 y siguientes, del que tomo los textos transcritos.

tiene derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo; que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales”. Sin que sean de despreciar otras previsiones de notable alcance, también, en la propia Declaración, como la exigencia de que “No se exigirán fianzas excesivas ni se impondrán multas excesivas ni se infligirán castigos crueles o inusitados” (artículo IX), o la advertencia de “Que en litigios relativos a la propiedad y en pleitos entre particulares, el antiguo juicio por jurado de doce hombres es preferible a cualquier otro, y debería considerarse sagrado” (XI).

Una pequeña recapitulación a propósito de la Declaración de Virginia, para recalcar, a) ante todo el significado del soporte declaración-constitución: un breve texto ostensible e impactante, de sencilla localización y fácilmente manejable; un texto que reunirá el conjunto de derechos y libertades reconocidos, que así se entrelazan y apoyan entre sí. b) Se utilizan algunos elementos que ya estaban en circulación¹¹, pero se da una visión codificada, frontal y directa, abordando la aspiración como un conjunto. c) Preocupa ante todo lo penal, por su incidencia tan directa sobre las personas y su libertad, por su posible crueldad, también, incluso, en lo que afecta a la propiedad, pero ya se va a lo que hoy llamamos “tutela judicial”, desde una visión amplia que cada vez se irá ampliando desde la pretensión de llegar a ser omnicompreensiva. d) De interés, recalcar también la importancia que se otorga a la proximidad de quienes hayan de dar el veredicto, con esa insistencia en que quienes hayan de integrar el jurado sean “de su vecindad”.

4. A un paso de Virginia iba a estar, como decía, la Constitución de los Estados Unidos de América del Norte, de 1787, la “decana” hoy de las Constituciones escritas, que llegaría a incluir un muy importante conjunto de referencias sobre el tema que nos interesa. En efecto, cuando en 1789 se agregan las diez primeras enmiendas que integran el “bill of rights” — que entrarían en vigor el 15 de diciembre de 1791—, va a afianzarse una muy cualificada suma de garantías, llamada a desarrollar una enorme in-

¹¹ Como se dijo, la idea de las multas “proporcionadas” ya estaba en la Carta Magna (1215), núm. 25, del mismo modo que en el núm. 41 se reconocía que no “dilataremos a nadie la administración de justicia”.

fluencia. Resulta imprescindible hacerse eco de cuatro de ellas. Ante todo, la famosa enmienda quinta, que abarca tantos aspectos, y que, como se sabe, es uno de los preceptos que más juego ha dado: “Ninguna persona estará obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de acusación suscrita por un jurado mayor, excepto en aquellos casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando ésta fuere llamada a servicio activo en tiempo de guerra o de peligro público. No se someterá a ninguna persona dos veces al riesgo de perder vida o miembro por el mismo delito; no se le podrá obligar en un caso criminal a que testifique en contra de sí misma, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sino por medio del debido procedimiento legal; ni se podrá tomar propiedad privada para uso público sin la debida compensación”. Los aspectos penales más destacados, entrarán de lleno con la enmienda sexta: “En todas las causas criminales, el acusado tendrá derecho a un juicio rápido y público, por un jurado imparcial del Estado y distrito donde su hubiere cometido el crimen, el cual distrito será el ya reconocido por la ley; a que se le informe de la naturaleza y causa de la acusación; a que se le caree con los testigos que declaren en contra suya; a que se obligue a declarar a los testigos que cite en su favor y a tener un abogado que lo defienda”. Sin perjuicio de lo que luego se dirá, he de llamar la atención con fuerza en la última afirmación, tan decisiva desde el punto de vista de la reunión que ahora nos congrega: aparece la referencia expresa a que, entre las garantías del proceso, el reo ostente el derecho a “tener un abogado que lo defienda”. Se trata de un complemento obvio de todo el sistema, que no siempre se había admitido —recuérdese de nuevo la cita literaria que daba al comienzo—, y que resulta decisivo se admita expresamente y llegue al núcleo de la garantía, llegue expresamente al texto de la Constitución.

La siguiente enmienda, la séptima, ya se abre a otras perspectivas: “En litigios de derecho consuetudinario, en que se trate de cantidades que excedan de veinte dólares, los interesados tendrán derecho a juicio por jurado y los hechos fallados por un jurado no podrán ser revisados en ningún tribunal de los Estados Unidos, excepto como lo prescriba el derecho consuetudinario”. Concluyo la referencia con las breves prescripciones de la enmienda octava, pero de tan gran contenido, y de tan enorme influencia asimismo: “No se exigirán fianzas excesivas; no se impondrán multas excesivas, ni se aplicarán castigos crueles e inusitados”.

Es decir, el inicio del constitucionalismo queda marcado de forma indeleble por el decisivo peso que se atribuye a lo referente a la tutela judicial. Se entiende que, a partir de ahí, en cualquier declaración de derechos, ya se presente de forma aislada, ya aparezca inserta en una Constitución o en

la ley correspondiente, las previsiones de la tutela judicial hayan de ocupar lugar cualificado.

5. Saltando ahora a Europa, valga una pequeña referencia a la Declaración de los revolucionarios franceses, tan influenciada por los sucesos estadounidenses, cuyos ecos iban llegando a su tiempo. Cuando se redacta la tan conocida Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, todavía no habían elaborado los estadounidenses las enmiendas que darían lugar al *bill of rights* —es importante tener en cuenta la fecha a la hora de contrastar—, pero es posible deducir como están respondiendo ambos textos a unos orígenes comunes: también en la declaración lucen, en efecto, las vibrantes ideas de los ilustrados. Si la Revolución Francesa representa el fin del “Ancien Regime”, es lógico que su declaración de derechos tome partido expresamente para superar las prácticas de la Monarquía Absoluta. Pero la fórmula francesa de 1789 todavía no ha alcanzado el grado de madurez que en breve iba a proclamar el *bill of rights* estadounidense, incorporadas todavía en aquélla las respuestas de forma aislada y sin integrar un núcleo consolidado directamente referido a la tutela judicial. Lo que no quita para que puedan encontrarse afirmaciones tan destacadas como las siguientes: “Ningún hombre puede ser acusado, detenido ni encarcelado sino en los casos determinados por la ley y según las fórmulas por ella prescritas. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados (...)” (artículo 7); “La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado salvo en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada” (artículo 8); y “Al presumirse que todo hombre es inocente en tanto no haya sido declarado culpable, si se considerase indispensable detenerle, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente castigado por la ley” (artículo 9).

6. Demos ahora un gran salto cronológico para llegar ya a nuestro tiempo, centrándonos en un importante documento que curiosamente se hizo en París, aunque la presencia de la ciudad francesa tenga ahora un significado muy diferente. Quiero referirme a la Declaración Universal de Derechos Humanos, de Naciones Unidas, hecha, como se recordará, en París, el 10 de diciembre de 1948, que, aparte de su valor intrínseco, sería la palanca que llevaría directamente, primero al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que hizo el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950 —citado en adelante como el “Convenio Europeo” o, simplemente, CEDH—, y, algo más adelante, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita

en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 —citada en adelante también, como “Convención Americana”, o Convención de San José—.

En relación con la Declaración Universal, hay que advertir ante todo del profundo cambio de metodología que se ha producido: los documentos anteriores, eran propios de un único Estado, con proyección por ende en exclusiva a su territorio, sin perjuicio del importante valor simbólico y de emulación que por su prestigio pudieran alcanzar en otros ámbitos. Ahora se va a tratar de un documento universal de vocación, elaborado por la organización que quiere representar a todos los Estados de la tierra, la Organización de Naciones Unidas, asumido con mejor o peor éxito o fortuna el criterio de la utilidad-necesidad de aglutinar a todos los Estados en una única organización. Complejo y polémico, sin duda, el aspecto del valor jurídico de la Declaración Universal, pero, al menos, y sin perjuicio de otras innegables posibilidades, con efectos simbólicos y presenciales indiscutibles¹².

7. Entre la enumeración de derechos que la Declaración Universal aborda va a incluir, sin duda, una fórmula clara y decidida, moderna y omni-comprehensiva, si bien un tanto escueta —pero que, como se verá, hallaría cumplido desarrollo—, dedicada al derecho a la tutela judicial. Pero va a reflejar también una importante novedad en lo que concierne a la tutela de los derechos fundamentales, con una segunda referencia, que me parece decisivo mantener diferenciadas¹³. Paso a exponerlas, comenzando por el derecho a la tutela judicial, que el artículo 10 consagra en estos términos: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Escueto, digo —pero que no tardaría en ser desarrollado muy eficazmente, como enseguida se expondrá—, pero núcleo bien importante y completo en orden al afianzamiento de la tutela judicial: aparte de esa vocación de universalidad, codificación, visión amplia y plena, incluyendo las diversas opciones jurisdic-

¹² Véase Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La efectiva aplicabilidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el sistema jurídico español*, ahora en el volumen colectivo del propio autor, *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, páginas 69 y siguientes.

¹³ A ello me he referido en mi trabajo, *La defensa de los derechos fundamentales: tres diferentes cauces jurisdiccionales en la Constitución española*, recogido ahora en el volumen colectivo citado en la nota anterior, páginas 85 y siguientes.

cionales, imparcialidad, igualdad entre las partes, independencia judicial, actuación equitativa y pública¹⁴.

8. Pero hay también otro aspecto jurisdiccional, que me parece muy destacable, con cuya novedosa incorporación la Declaración Universal da un paso notable desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de las declaraciones de derechos y de los derechos y libertades que éstas reconocen. Es el aspecto que puede denominarse del *recurso judicial efectivo*, que, insisto, debe diferenciarse del derecho a la tutela judicial que se acaba de analizar. Lo expresa, de manera inequívoca, el artículo 8 en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley”. Tan sencilla fórmula va a tener consecuencias destacadas para el régimen jurídico de los derechos fundamentales. Debe haber un recurso judicial efectivo, se dice, como remedio ante cualquier violación de los derechos fundamentales. Se añade así un elemento de considerable significado al régimen jurídico de derechos y libertades. De una parte estará el momento de la declaración o reconocimiento, en lo que nos fijábamos hasta ahora, es decir, la inclusión en el texto, de innegable importancia. Pero no va a bastar con eso. Quien hace la declaración —o la constitución o la ley— no puede detenerse en esa fase, como hasta ahora, sino que tiene que adecuar el sistema judicial para que cuando se produzca una violación de los derechos o libertades se tenga a disposición una vía judicial operativa para reaccionar. Eso es lo que significa la regla del *recurso judicial efectivo*. Hasta el punto de que entiendo —y lo vengo sosteniendo con énfasis— que hoy no puede hablarse de un derecho fundamental si no hay a su disposición una vía judicial para reclamar inmediatamente de manera eficaz. Es decir, se afectaría hasta la propia esencia o definición de derecho fundamental. Si no hay recurso eficaz, nos quedamos en el momento simbólico o programático, pero no se alcanza el nivel para hablar hoy de derecho fundamental en sentido propio. Insisto por eso en que se trata de una novedad muy destacada de la Declaración Universal. Por de pronto, a los responsables estatales les introduce una responsabilidad adicional, a veces ciertamente compleja, cual es

¹⁴ El precepto siguiente, artículo 11, enumera las garantías más importantes para el sistema procesal penal, en estos términos: “1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”

la de adaptar el sistema procesal para que *siempre* esté disponible ese recurso judicial efectivo. La experiencia demuestra, en efecto, lo complejo que es acatar la previsión, dadas las carencias efectivas existentes. Pero no hay vuelta de hoja, la ley es la ley y tiene que imponerse. Hemos de ver como la regla ha sido recibida inequívocamente por aquellos instrumentos que han desarrollado la Declaración Universal e, incluso, por las más recientes declaraciones de las constituciones de los Estados.

En todo caso, insisto en lo que antes decía: por más que haya una evidente proximidad, al tratarse en todo caso de adecuar lo jurisdiccional, conviene distinguir ambas alternativas, dado que una cosa es que en los litigios se garantice un procedimiento equitativo con todas las garantías inherentes, y otra bien diferente, esa necesidad de que junto a la proclamación de un derecho fundamental haya siempre un camino jurisdiccional para defenderse frente a posibles violaciones. Como veremos, tanto el Convenio Europeo como la Convención Americana han asumido paladinamente ambas alternativas como opciones diferentes¹⁵.

9. La Declaración Universal, importante elemento movilizador, sería objeto de especial atención y desarrollo. Por de pronto, desde el propio seno de la Organización de Naciones Unidas. Pero también, otras organizaciones exteriores y ajenas, si bien próximas, llevarían a cabo una importante tarea de complemento al objeto de contribuir a afianzar los derechos y libertades que aquélla había proclamado.

Desde Naciones Unidas se pondría en marcha, en efecto, una importante labor de complemento y desarrollo, introduciendo además una nueva metodología que iba a reforzar el sistema. Me refiero a la elaboración en 1966 de los dos *Pactos de Nueva York*, el de Derechos Civiles y Políticos —que es el que ahora va a interesar específicamente por su contenido— y el de Económicos Sociales y Culturales, ambos de 16 de diciembre. La nueva metodología consiste en que ahora se trata de un convenio o tratado internacional, abierto a la ratificación de los Estados, procedimiento a través del cual ya no habría dudas acerca del carácter vinculante de los preceptos para los Estados que se hubieran comprometido con el Pacto¹⁶. Si desde el

¹⁵ Lo que se observa también en el constitucionalismo reciente, aunque no sea éste el momento de desarrollar dicha línea. Me limitaré a citar, como ejemplo, el caso de la vigente Constitución española que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 24, mientras el recurso judicial frente a la violación de los derechos fundamentales se contempla en el artículo 53.2.

¹⁶ España, por ejemplo, como uno de los pasos notables de la Transición Política, ratificó ambos Pactos el 27 de abril de 1977, y entraron en vigor para España el 27 de junio de 1977.

punto de vista sistemático parecería lógico centrarse ante todo en la obra de Naciones Unidas y hablar del Pacto una vez considerada la Declaración Universal, el intervalo de tiempo que entre ésta y aquél se produjo hizo que algún otro instrumento exterior introdujera con antelación importantes novedades, por lo que alteraré el orden para referirme a éstas cuanto antes.

10. Es así como llegamos al Convenio Europeo —de 1950, recuérdese—. El Consejo de Europa, de manera muy diligente, se propuso que los más importantes derechos y libertades de la Declaración Universal pudieran hacerse efectivos en su ámbito cuanto antes, y es así como se elaboró con entusiasmo y diligencia el Convenio Europeo, con la particularidad de que a la “declaración de derechos” añadía la importantísima novedad de la presencia de “órganos jurisdiccionales”, la Comisión Europea de Derechos Humanos, que desaparecería tras el Protocolo Octavo, de 1985, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya rica jurisprudencia nos va a interesar especialmente. Pues bien, en la lista de derechos que se querían afianzar se incluyeron sin falta los que, con el rótulo actual, se denominan “Derecho a un proceso equitativo”, artículo 6, y “Derecho a un recurso efectivo”, artículo 13. Empezaré por este segundo, el referido a la garantía de los derechos fundamentales, dada su brevedad y, sobre todo, que la redacción del Convenio no altera demasiado el contenido de la Declaración Universal, al tiempo que recuerdo ya desde ahora que ha dado juego eficaz en la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Dice así el artículo 13 del Convenio Europeo, tras el rótulo que acabo de transcribir: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. Donde la última frase es una novedad, que refuerza sin duda la operatividad del derecho reconocido, adelantándose a eliminar posibles obstáculos, como el del ejercicio de las funciones oficiales. Pero en principio, en este punto no parecía necesario alterar sustantivamente el contenido de la Declaración Universal.

11. Lo que sí sucedió, en cambio, en relación con el derecho a la tutela judicial. Desde el respeto al núcleo del contenido que tan escuetamente proclamaba el artículo 10 de la Declaración Universal, el Convenio Europeo, en una obra muy completa y delicada, va a puntualizar minuciosamente el contenido efectivo de las diversas garantías necesarias para asegurar una justicia equitativa. Es así como se llega a un largo precepto —el segundo en longitud de los artículos del Convenio, detrás del artículo 5, dedicado al “Derecho a la libertad y a la seguridad”—, que además ha ido siendo

completado en algunos puntos destacados por los protocolos adicionales que van poniendo al día el Convenio, testimonio impagable todo ello de la importancia que quiere atribuirse al derecho a la tutela judicial. Convendrá reproducir en efecto el artículo 6, redactado en estos términos:

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente, hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado en el más breve plazo en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

Muy importante y completo precepto, como se ve, añadiéndose todos esos detalles tan decisivos para la vida cotidiana de la justicia, desde la insistencia en la actuación equitativa, en la independencia de los jueces, por supuesto en la presencia de abogado que debe ser resaltada —salvo que el procesado opte por defenderse él mismo—, en el carácter público, en las opciones para preparar la defensa, en la necesidad —de importancia clave también en la administración de justicia que debe ser subrayada también— de evitar demoras en la tramitación, o en la presencia de intérprete, entre otras garantías. Pues bien, hay que decir que el precepto ha dado un juego tremendo a la jurisprudencia, siendo uno de los preceptos del Convenio más utilizados, siempre en la línea de defender y afianzar las garantías.

12. A partir de tan importante toma de postura se iniciaría un rico fenómeno de influencia recíproca, de modo que cada nuevo texto que surge en el panorama aprovecha las realizaciones consagradas en los instrumentos

anteriores. Quizá, después del Convenio Europeo parecería lo más acertado referirse a la Carta de San José, sin embargo, entre medio, la Declaración Universal es desarrollada por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, que aprovecha buena parte de los elementos aportados por el Convenio de Roma, e incorpora algunos nuevos, por lo que pasaré a referirme a él seguidamente. Debo advertir además que el Pacto —Parte IV, artículos 28 y siguientes— contempla la creación de un Comité de Derechos Humanos, algunas de cuyas peculiaridades son completadas por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —de fecha también de 16 de diciembre de 1966—, Comité al que tienen acceso las personas que aleguen violación de alguno de los derechos reconocidos en el Pacto siempre que se cumplan algunos requisitos, como que el Estado haya reconocido su competencia¹⁷. Aparece así un nuevo órgano especializado, con esta nota de la internacionalidad propia de Naciones Unidas, de supervisión de los Estados en su compromiso de respeto de los derechos fundamentales, que está dando también bastante juego ya que no son pocas las personas que lo utilizan, en una línea en cierto modo paralela con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y de la Corte de San José. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dedica a nuestro tema el larguísimo artículo 14, que está redactado en estos términos:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democráticas, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa, será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

¹⁷ España se adhirió, formulando una reserva, el 25 de enero de 1985, y entraría en vigor para España el 25 de abril de 1985.

- b) a disponer de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) a ser juzgada sin dilaciones indebidas;
 - d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciese de medios suficientes para pagarlo;
 - e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Completo precepto que, como se habrá podido comprobar, se nutre sustancialmente de lo que había aportado el artículo 6 del Convenio Europeo, pero va más allá, ampliando la lista de garantías e introduciendo significativas novedades, como la necesidad de una segunda opción judicial en las causas penales, la indemnización por los errores judiciales o el criterio del “non bis in ídem”, entre otros.

13. Establecido este canon de influencias recíprocas, y a la vista siempre de la importancia que se concede a todo lo referente a las garantías propias del derecho a la tutela judicial, no es de extrañar que en la labor de continua puesta al día del Convenio Europeo, utilizando el mecanismo de ir elaborando sucesivamente protocolos adicionales, a través de éstos se vayan incorporando ya sean las novedades que había incorporado el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ya sean otras producidas a través de otros medios. En este sentido, se puede recalcar que en el Protocolo número 14, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, se incluyen, de una tacada, entre otras, tres de esas novedades: el “Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal” (artículo 2), el “Derecho a indemnización en caso de error judicial” (artículo 3), y el “Derecho a no ser juzgado o

castigado dos veces” (artículo 4). También incluye el protocolo 14 determinadas “Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros” (artículo 1). Por completar esta ojeada en la línea de ampliación de garantías, recordaré que el Protocolo número 4 (de 1963) había introducido la “Prohibición de prisión por deudas” (artículo 1), y que los Protocolos número 6 (hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983), y, sobre todo el número 13 (hecho en Vilna el 3 de mayo de 2002), eliminaron de manera radical la posibilidad de la pena de muerte en todo el ámbito de los Estados del Consejo de Europa. Importante paso que sería deseable siguieran otros países que se precian de ser civilizados.

14. Culminaremos nuestra travesía normativa dando cuenta del contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, siguiendo la línea de otros importantes documentos, como la tan temprana Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948. En la Convención de San José, siguiendo directamente la impronta de la Declaración Universal, aparecen contemplados de manera separada el derecho a la tutela judicial y la garantía de un recurso judicial efectivo para proteger los derechos fundamentales. Empecemos por esta segunda opción, breve, como ha sido la pauta, que se contiene en el artículo 25.1, bajo la rúbrica “Protección judicial”: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. En suma, con un cierto toque propio, se refleja el contenido de la Declaración Universal con el breve añadido que había introducido el Convenio Europeo.

Por su parte, el derecho a la tutela judicial, que ha podido incorporar la mayoría de aportaciones anteriores, se aborda en el artículo 14, uno de los más extensos de la Convención de San José:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de carácter moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamen-

te necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a declararse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento de cada país”.

15. La lectura del texto nos lleva a reflexionar acerca del interesante fenómeno de la homogeneización de los textos llamados a cubrir tan importante espacio, ya sea la vocación universal del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la vocación europea del Convenio de Roma, o la vocación americana de la Convención de San José¹⁸. Todos tres, con órgano propio de

¹⁸ De recordar que la línea ha sido seguida en el ámbito de la Unión Europea —con amplia incidencia también en los sistemas jurídicos de los Estados miembros— por la

supervisión y control¹⁹, en repuesta a las personas reclamantes —y de ahí el significado de la jurisprudencia a la que paso a referirme enseguida—, pero con otra característica además especialmente relevante: la de prede-terminar el alcance de la legislación de los Estados. Sin duda, el sistema jurídico sustantivo de cada uno de los países está lleno de especialidades y diferencias —como es lógico, corresponde a las diferentes circunstancias, y deriva de la evolución histórica—, pero también es cierto, y el fenómeno debe ser resaltado sin falta, que lo que es el derecho a la tutela judicial va conociendo una innegable homogeneidad, coincidiendo las fórmulas y modalidades de garantía. Se afianza así un auténtico “ius commune”, que por fuerza tiene que reflejarse en una intensa aproximación entre los profesionales que desempeñan su tarea en torno al derecho a la tutela judicial. En una situación además, en permanente evolución porque la jurisprudencia va profundizando e innovando en algunos puntos, que terminarán afianzándose en los ordenamientos jurídicos, cuando no son llevados directamente a algún texto legal. De ahí, el gran significado de estar atentos a la corriente jurisprudencial. Pasaré a continuación a exponer algunas de las líneas que pueden deducirse de la jurisprudencia, comenzando por la de la Corte Interamericana para seguir luego con la del Tribunal Europeo. Obviamente, se trata de ofrecer sólo una selección resaltando aspectos especialmente significativos, otra cosa requeriría un copioso estudio de muchos volúmenes, que no es ésta la ocasión de abordar (inevitablemente, me centraré más en la jurisprudencia del Tribunal Europeo que conozco mejor). Debo decir de entrada que en relación con ambos Tribunales, como se deduce del estudio directo, pero como confirman también los estudiosos, ha sido abundantísima la jurisprudencia producida en torno al derecho a la tutela judicial. Del mismo modo, se confirma que se trata

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que si elaborada en el 2000, ha entrado en vigor con el Tratado de Lisboa, el 1.XII.2009. El Título VI se dedica a “Justicia”, donde el artículo 47, con la rúbrica “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial” reúne las dos vertientes del derecho al recurso judicial efectivo y del derecho a un proceso equitativo, así como el derecho a la asistencia gratuita, y los preceptos siguientes abordan la “Presunción de inocencia y derechos de la defensa” (artículo 48), los “Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas” (artículo 49), así como el “Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción” (artículo 50).

¹⁹ Interesante la selección de resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos [de Naciones Unidas] y de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ofrece Leandro DESPOUY, *Independencia de la justicia*, cit., páginas 81 y siguientes y 151 y siguientes, respectivamente. De destacar también las referencias y declaraciones internacionales que aporta.

de una jurisprudencia ampliatoria y expansiva habiendo intentado ambos Tribunales extraer el mayor número de opciones posibles del texto convencional punto de partida.

II. ALGUNAS ENSEÑANZAS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

16. Un buen testimonio de lo que acabo de decir me lleva a fijarme en sendos casos que, cada uno en su dirección, ofrecen claro testimonio de esa línea expansiva. Para recordar, en primer lugar, que aunque en un caso la mayor fuerza la tenga la violación de otro u otros derechos fundamentales, ello no es óbice para que se recuerde y se insista en la importancia y significado del derecho a la tutela judicial. Un ejemplo patente lo ofrece la sentencia de 29 de noviembre de 2006, contra Perú, en el asunto de “Los desaparecidos de la Universidad de La Cantuta”. En el caso van a resultar decisivos el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y la libertad personal, artículos 4.1, 5.1 y 5.2 y 7, respectivamente, de la Convención americana, pero no falta la insistente y decisiva mención a las garantías judiciales y a la protección judicial. Así, en la parte dispositiva de la sentencia²⁰, el Tribunal establece: “Admitir el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado de Perú por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, al no haber realizado una investigación seria, imparcial, efectiva y dentro de un plazo razonable para el esclarecimiento de los hechos ocurridos y la sanción de sus autores”, o “Declarar que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en perjuicio de todos y cada uno de los familiares directos de los desaparecidos, con su consignación *nominatim*”.

17. Desde otra perspectiva diferente, resulta interesante la metodología que ofrece, por ejemplo la sentencia de 31 de enero de 2001, en el caso del “Tribunal Constitucional contra Perú”. Se trata ahora de la tensión ampliatoria para proyectar las garantías judiciales aunque en puridad quienes actúen no sean órganos judiciales. Retengamos así la siguiente afirmación:

²⁰ Que cito a partir del interesante artículo de Luis MEDINA ALCOZ, *Los desaparecidos de La Cantuta (A propósito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2006)*, en el volumen colectivo citado, *Derechos Fundamentales y otros estudios, II*, página 759.

“De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”. Hemos de ver como también la jurisprudencia europea se ha manifestado en la idea de, cuando sea posible, proyectar al campo de los recursos administrativos las garantías propias del sistema judicial.

18. Una vertiente bien interesante es la que tiene que ver con la tradicional lacra de la excesiva duración de los procedimientos judiciales, a la que se refiere el artículo 8.1 de la Convención, con la exigencia de que se actúe “dentro de un plazo razonable”. Revolviendo entre la jurisprudencia de la Corte, encuentro un interesante caso —que es el único en que me fijaré a este respecto— en el que la Corte, no sólo deja muy clara su postura, sino que ofrece para apoyar su decisión una sugestiva referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo que, como veremos, ha dedicado también destacados esfuerzos a este tema concreto. Voy a referirme así al caso “Suarez Rosero c. Ecuador”, sentencia de 12 de noviembre de 1997. En cuanto a la “finalidad” y teleología de exigencia, resulta claro lo que afirma el párrafo 70 de la sentencia: “El principio de plazo razonable al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana, tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente”. Por otro lado, resulta sugestiva la cita que dedica la Corte a la jurisprudencia del Tribunal Europeo para afianzar criterios similares a los de ésta; se afirma así en el párrafo 72: “Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales”. Afirmación que apoya con cita de varias sentencias del Tribunal de Estrasburgo, entre ellas, la referente a España en el caso “Ruiz Mateos”, de 23 de junio de 1993. Fijado el razona-

miento, la Corte alcanza con facilidad su conclusión: “Con fundamento en las consideraciones precedentes, al realizar un estudio global del procedimiento en la jurisdicción interna contra el señor Suarez Rosero, la Corte advierte que dicho procedimiento duró más de 50 meses. En opinión de la Corte, este periodo excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana” (p. 73). De ahí, la solemne condena: “La Corte declara que el Estado de Ecuador violó en perjuicio del señor Rafael Iván Suarez Rosero el derecho establecido en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad” (p. 75). Debiendo destacarse el tratamiento conjunto que se hace a propósito del plazo, tanto en lo concerniente al proceso propiamente dicho (artículo 8.1), como a la privación de libertad (artículo 7.5).

19. Muy abundante jurisprudencia, decía. Acaba de elaborarse un interesante libro, desde una perspectiva comparatista, estudiando conjuntamente y contrastando la jurisprudencia de ambos Tribunales, la Corte de San José y el Tribunal de Estrasburgo²¹. En él hay un capítulo, el VII, dedicado al tema que nos interesa de las garantías judiciales²². Pues bien, el resumen de la jurisprudencia de la Corte de San José que ofrezco a continuación, está tomado directamente de dicho trabajo, al que me remito globalmente. Se confirma expresamente que el derecho a la tutela judicial es el que se invoca con mayor intensidad, del mismo modo que se observa con facilidad la fuerza expansiva del derecho al debido proceso.

20. La jurisprudencia evidencia, en efecto, que el derecho a las garantías judiciales es de los que siguen activos aún en las situaciones de excepcionalidad, en las que suele ser común que se suspendan algunos de los derechos o libertades. El derecho a la defensa no puede ser suspendido. Se subraya la importancia de la regla allí donde se hubiere dado la participación de las Fuerzas Armadas en funciones represivas, siendo de destacar al respecto las sentencias de los casos “Aloeboetoe y otros v. Surinam”, 10.IX.1993, y “Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala”, 29.IV.2004.

²¹ Se trata del volumen colectivo, *El dialogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, coordinado por Javier GARCÍA ROCA, Pablo Antonio FERNÁNDEZ, Pablo SANTOLAYA y Raúl CANOSA, a aparecer próximamente en Editorial Civitas, cuyo texto ha podido consultar gracias a la amabilidad del primero de los coordinadores, por lo que quedo muy reconocido.

²² Titulado, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, y del que son autores, César LANDA ARROYO, Coral ARAGÜENA FANEGO y Eduardo FERRER MAC-GREGOR.

21. De especial relevancia y trascendencia resulta ser el criterio de la Corte Interamericana de anular los efectos jurídicos de las leyes de amnistía contrarias a la Convención, lo que puede implicar la reapertura del proceso que concluya con el establecimiento de sanciones penales, tal y como sucedió en el asunto “Barrios Altos v. Perú”, 14.III.2001, que se cerraría con la condena de los miembros del grupo de aniquilamiento militar “Colina”.

22. Vivo ha sido en torno al Convenio Europeo el debate acerca de la expresión “derechos y obligaciones de carácter *civil*”, o “acusaciones en materia *penal*”, que ha dado lugar a una interpretación claramente expansiva. La Convención Americana es más minuciosa ya que a lo penal añade lo referente al “orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter”. Lo que ha hecho, por ejemplo, que llegaran a la jurisprudencia asuntos donde se discutían cuestiones civiles, en materia de propiedad y posesión, como en el caso “Mayagna Awas Tingn v. Nicaragua”, 31.VIII.2001, sobre el derecho a tener un nombre, asunto “Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador”, 1.III.2005, o asuntos de orden laboral referentes al despido de empleados públicos [casos “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Flores y otros) v. Perú”, 24.XI.2006, “Baena Ricardo (270 trabajadores) c. Panamá”, 18.VIII.2001, o, “Acevedo Jaramillo y otros v. Perú”, 1.VII.2009]. En alguna ocasión aparece también el debate sobre la libertad sindical, como en el asunto “Huilca Tecse v. Perú”, 3.III.2005.

23. Pero la defensa de los derechos busca ir al fondo y no detenerse en las apariencias. De destacar así que la Corte no pase sólo con la mera existencia de los recursos, sino que exija que los recursos sean útiles, es decir, que lleguen a ser eficaces. De destacar al respecto los asuntos “Cinco Pensionistas v. Perú”, 28.II.2003, “Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos”, 6.VIII.2008, y “Comunidad Moiwana v. Surinam”, 15.VI.2001. Y, sin duda, se pretende asegurar que los Estados no dificulten artificialmente el posible acceso a los Tribunales, línea en la que destaca el asunto “Cantos v. Argentina”, 28.XI.2002.

24. Se trata de proteger los derechos *humanos*. Se ofrece al respecto un interesante problema interpretativo. El artículo 8 de la Convención comienza señalando que quien tiene derecho a las garantías es “toda persona”. ¿Cómo habrá que interpretarlo, quién cabe en la expresión? Señalan los autores citados que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana la legitimidad se reserva a las personas físicas —las titulares en puridad, o al menos originariamente, de los derechos humanos—, aunque bien cabe deducir que, a diferencia de otros, el derecho a las garantías judiciales interesa también, por ejemplo a las sociedades mercantiles. No han dejado de aparecer en la jurisprudencia asuntos que interesaban directamente a

las comunidades indígenas. En tales casos, se resuelve el problema a través de la actuación a título personal de los líderes de tales comunidades. De recordar así los asuntos “Comunidad Mayagna Awas Tingni v. Nicaragua”, 31.VIII.2001, “Comunidad Indígena Sawhoya Maxa v. Paraguay”, 29.III.2006, y “Xakmok Kasek v. Paraguay”, 24.VIII.2010.

25. Destacaré, para cerrar esta reseña el alto significado que se da a la regular actuación del abogado, profesional cualificado para el correcto significado de todo el sistema de garantías que venimos estudiando, con una jurisprudencia de cierta energía. Se viola así el Convenio allí donde haya “restricción a la labor de los abogados defensores”, como se indica en el asunto “Castillo Petruzzi y otros v. Perú”, 30.V.1999. Por supuesto, el correcto funcionamiento supone que no existan “obstáculos a la comunicación libre y privada” entre el acusado y su defensor, asunto “Cantoral Benavides v. Perú”, 18.VIII.2000. Pero también, exigencias desde el punto de vista del profesional, lo que se subraya en el asunto “Cabrera García y Montiel Flores v. México”, 26.XI.2010, en relación con el abogado de oficio, ya que éste —se dirá—, es preciso que “actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos sean lesionados”.

III. ALGUNAS LÍNEAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DEERECHOS HUMANOS

26. Como estudioso habitual desde hace muchos años de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, me agrada la oportunidad de subrayar en esta ocasión, unos cuantos casos señalados que marcan líneas firmes en lo que se refiere a las garantías de la correcta justicia, tema el que yo mismo he dedicado mi atención en numerosos cursos y conferencias y también en publicaciones²³. Comenzaré señalando la observación obvia, que todos los estudiosos hemos podido apreciar y que bien destacan las estadísticas del Tribunal, de que el artículo 6 del Convenio es el que ha producido jurisprudencia más abundante.

²³ Valga así la remisión a mis dos trabajos, *La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración*, en el volumen colectivo, *La justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona 2003, páginas 23 ss., y *La defensa de los derechos fundamentales: tres diferentes cauces en la Constitución española*, recogido ahora en mi libro recopilatorio, *Los derechos fundamentales y la Constitución*, El justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, 85 ss.

27. Dos observaciones iniciales antes de entrar en la serie. A propósito de cada uno de los derechos y libertades garantizados por el Convenio, me gusta fijarme en lo que yo llamo el “párrafo paradigmático”, esa síntesis que en pocas palabras especialmente expresivas dejan marcado cual es el alcance fundamental y el significado del derecho o libertad en cuestión. Pues bien, al menos desde el caso “*Delcourt v. Bélgica*”, 17.I.1970 —una sentencia bien temprana, por tanto, que, en concreto hace el número 9 de la serie—, el Tribunal ha afirmado —con fórmula que luego se repite periódicamente—, que “En una sociedad democrática, en el sentido que a dicha expresión otorga el Convenio, el derecho a una correcta administración de la justicia ocupa un lugar tan eminente que una interpretación restrictiva del artículo 6.1 no se corresponde con los fines que busca dicho artículo” (p. 25). Desde fecha tan temprana se destaca esa idea del “lugar tan eminente” de las garantías que estudiamos, lo que se traduce directamente en la metodología de la interpretación ampliatoria y facilitadora (en el caso, para dejar sentado sin duda que las garantías se proyectaban también a la fase de la “casación”).

28. Otro segundo aspecto inicial. Me pregunto periódicamente cual es el perfil de las víctimas que acuden a solicitar amparo ante el Tribunal de Derechos Humanos. Vamos a encontrar así toda clase de *personas de buena voluntad* de cuyos derechos se abusa por razón de las circunstancias: los niños, las personas nacidas fuera de matrimonio, quien quiere ejercer su libertad religiosa en una sociedad intolerante, los homosexuales, el pacífico ciudadano a quien molestan los ruidos de los jaraneros, etc., etc. Un sinfín de personas, que suscitan nuestra simpatía. De ahí que haya que hacer una salvedad al enfrentarse con las garantías judiciales del artículo 6. Hay que partir del origen histórico, al que aludía al comienzo, de forma que el conjunto de garantías, tan vinculadas a lo penal inicialmente, trataban de reaccionar frente a prácticas bien salvajes del antiguo sistema penal que, a su vez, desde su simplismo, habría causado multitud de lo que hoy llamamos “errores judiciales”, con cantidad de inocentes condenados por meras apariencias. Ello ha conducido a que hoy, con pretensión de generalidad a toda clase de procesos, se traten de asegurar reglas objetivas y equilibradas, sin situaciones de ventaja y en las que no se dé el más mínimo atisbo de indefensión. Al Estado le interesa sobremanera que la justicia funcione con equidad, en un sistema en que las pruebas jueguen un papel determinante y el juzgador ostente una situación de independencia y de objetividad, vinculado sólo por eso al dictado de la ley, instrumento decisivo en una sociedad democrática. De modo que la presunción de inocencia, o la igualdad de armas entre las partes, valgan para todos. Y es que cualquiera

puede ser afectado por la justicia, en unas u otras circunstancias. De ahí que todas las garantías contempladas arranquen de la libertad ínsita en la persona y del reconocimiento de su dignidad. Lo que va a significar que los procesos se planteen y resuelvan sin que haya partes prepotentes y, sobre todo, que no se va a condenar a nadie sin que se acredite su efectiva responsabilidad. Entonces, esto significa un notable trastocamiento del planteamiento que antes indicaba. Las garantías judiciales van a beneficiar a muchos “justos”, que podrán comprobar así como se hace justicia, pero también van a beneficiar a personas de toda calaña, algunas de las cuales con conductas marcadamente antisociales. Y es que, en efecto, a diferencia de lo que sucede con otros preceptos del Convenio, en la clientela del artículo 6 abundarán quienes se dedican al blanqueo de dinero, o al tráfico de estupefacientes o, simplemente, criminales de toda calaña. Por poner un mero ejemplo, fue muy importante el caso “Soering v. Reino Unido”, 26.I.1989 —que tan tempranamente glosó el profesor Eduardo García de Enterría—, con la temprana introducción de medidas cautelares, logrando evitar la extradición a los Estados Unidos de América del Norte donde con toda probabilidad se hubiera aplicado la pena capital, pero no es menos cierto que estremece el asesinato por la pareja (Soering y su novia) de los padres de ella. En otro sentido, es muy importante que se afirme que las escuchas telefónicas para la persecución del delito deben tener un soporte legal incuestionable para que sirvan como prueba (como se afirma en el caso “Prado Bugallo c. España”, 18.II.2003), pero ello no impide reconocer que el recurrente —como se había acreditado por otros procedimientos—, se dedicaba a esa actividad tan antisocial como el tráfico de drogas, que si a él le había producido millones, había servido a la par para causar tantas tragedias personales y familiares. Con todo, es decisivo que funcionen a la par todas las garantías, se trate de quien se trate, sabiendo que junto a la defensa de “los justos”, sólo se puede llegar a la condena de los criminales con el respeto más riguroso a las reglas de juego. O, incluso, como se afirma expresamente en el asunto “Campbell y Fell c. Reino Unido”, 28.VI.1984, “La justicia no puede detenerse a la puerta de las cárceles” (p. 69)²⁴. Esto a veces no lo entienden los ciudadanos, pero resulta obvio que nuestro deber consiste en defender con toda energía la totalidad de las garantías que nos ocupan. Aunque resulte que el Estado sea condenado por

²⁴ Frase que, por cierto, en el presente caso viene a continuación del “párrafo paradigmático” a que acabo de referirme.

incumplir alguna de ellas en relación con quien, sin género de duda, sea un redomado delincuente²⁵.

29. El conocido especialista en el tema —y magistrado del Tribunal Supremo de España— José Manuel Bandrés, acaba de publicar un estudio bien interesante sintetizando la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el derecho a la tutela judicial²⁶. A él me remito para quien quiera hallar una guía fácil de por donde va el Tribunal de Estrasburgo sobre nuestro tema. Yo, en cambio, adoptaré otra metodología: a continuación me iré centrando en alguno de los casos que, según mi opinión, marcan líneas sobresalientes en la jurisprudencia del Tribunal.

30. Curiosamente, las dos primeras sentencias referentes a España trataron sobre problemas del artículo 6, y en ambas recayó condena. El primer caso, que causó enorme desconcierto en España, pero que sirvió también de lección para enderezar algunas prácticas incorrectas, resulta bien interesante. Se trata de la sentencia “Barberá y Meseguer c. España”, 6.XII.1988, caso conocido también como el de los asesinos del señor Bultó. Los hechos punto de partida tuvieron lugar en Barcelona, y fue uno de esos crímenes, de motivación política se decía —pretensiones independentistas—, que conmocionó a la opinión pública en el momento del despegue democrático: con el uso de la violencia, se adosó una bomba lapa al pecho del afectado, cuya manipulación le ocasionó la muerte. Fueron condenados los autores con pruebas inequívocas y acudieron al Tribunal Europeo alegando, entre otras razones, violación del artículo 6 del Convenio. Pues bien, dejando ahora de lado otros aspectos, el Tribunal se fijó especialmente en el siguiente dato: la vista del juicio se celebró en Madrid (en la Audiencia Nacional), para lo que los encausados fueron trasladados desde Barcelona por carretera la noche anterior. Pues bien, el Tribunal va a entender que la vista oral es el momento decisivo en el proceso penal, de modo que hay que cuidar especialmente todas las circunstancias, lo que,

²⁵ No suele ser infrecuente, en cambio, que en relación con personas responsables de conducta antisocial, aunque ganen el recurso, no se le conceda indemnización por daños morales, como sucede en general cada vez con más frecuencia, utilizándose en cambio el criterio de que ya tiene suficiente con haber ganado el recurso. Valga como ejemplo, lo que sucede en el asunto “Dienet c. Francia”, 26.IX.95 (médico expedientado por practicar una cura de adelgazamiento sin tratar ni examinar a sus pacientes, sino por correspondencia), o en el caso “Castillo Algar c. España”, 28.X.1998 (condena por irregularidades contables en perjuicio de la hacienda militar).

²⁶ José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *El derecho a un proceso equitativo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en el volumen colectivo citado, *Derechos Fundamentales y otros estudios*, II, 1327 y siguientes.

en el caso, lleva a la conclusión de que los acusados no están en las debidas condiciones de actuar y defenderse, si han tenido que hacer un largo viaje la noche anterior. En efecto, teniendo en cuenta ésta y otras circunstancias, el Tribunal concluye: “El Tribunal, teniendo en cuenta el tardío traslado de los demandantes de Barcelona a Madrid, el cambio inopinado en la composición del Tribunal inmediatamente antes del principio del juicio, la brevedad de las sesiones de éste y, sobre todo la circunstancia de que pruebas muy importantes no se practicaron y discutieron adecuadamente en el juicio, en presencia de los acusados y públicamente, llega a la conclusión de que el procedimiento controvertido, considerado en su conjunto, no ha atendido las exigencias de un proceso justo y público. Por consiguiente, se ha violado el artículo 6.1”. Por lo que España fue condenada por no respetar las reglas del proceso equitativo. Debo decir, que desde entonces se ha tomado buena nota de ese criterio. Al margen de ello, el fallo causó desconcierto —decía—, aparte de por la condena, dado que había pruebas indudables, y la sorpresa de ese primer fallo, por la falta de ideas claras a la hora de qué hacer con la sentencia condenatoria que había dictado el tribunal español, en ausencia de una vía clara de revisión, problema que, por cierto, nadie se ha cuidado de resolver satisfactoriamente²⁷.

31. La segunda sentencia referente a España es relativamente sencilla, en el caso de un pleito civil que se retrasa en demasía —se trataba del asunto “Sanders c. España”, 7.VII.1989—, dándose aplicación a lo que es una regla afianzada en relación con la excesiva duración de los procesos. Se conecta así, con lo que ha sido una línea firme en la jurisprudencia del Tribunal, auténtico Quijote en desigual lucha con esos gigantes constituidos por las excesivas demoras de los procedimientos judiciales a lo largo de todo el territorio del Consejo de Europa. Señalaré que ha habido cientos de casos en esta lucha constante por disminuir el tiempo de las actuaciones judiciales, aspecto en el que sí parece ir avanzándose. Duración, a veces no exagerada, pero que afectará a asuntos triviales y nimios, como, por dar un par de muestras, en las sentencias “Zimmermann y Steiner c. Suiza”, 13.VII.1983 (ruidos excesivos del aeropuerto de Zurich-Kloten), o en la “Sanders” a que se acaba de aludir, aunque a veces el retraso resulte sobresaliente, como los más de once años y diez meses, como se observa en el asunto “Scollo c. Italia”, 28.IX.1994 (propietario que quiere recuperar una vivienda sometida a arrendamiento urbano congelado y prorrogado), o los

²⁷ En la ocasión, el Tribunal Constitucional, por sentencia de Pleno de 16.XII.1991, resolvió el recurso de amparo que se le había presentado, entendiéndose que debían repetirse las actuaciones judiciales a partir del inicio de las sesiones del juicio oral.

doce años y nueve meses del caso “Sinagoga c. Italia”, 28.IV.2000 (militar que solicita una pensión extraordinaria)²⁸. La referencia a este país me lleva a recordar un periodo verdaderamente patético, hacia el 2000, en que aparecieron cientos de asuntos en que se demandaba a Italia por la excesiva duración de los procesos. Lo que me llevó en su día a la siguiente observación: “Ante la prolongada duración constada una y otra vez, la sentencia es siempre, y por unanimidad, de reconocimiento de que Italia ha violado sus compromisos, aunque con el añadido de que, en concepto de daños morales, se condena al pago de una sustanciosa cantidad. Y hay, incluso, un elemento adicional que se viene repitiendo sistemáticamente: se incluye una cláusula en la que el Tribunal deja sentado, al constatar que los supuestos se reiteran sin enmienda, que «tal acumulación constituye una circunstancia agravante». Es decir, que el corpus jurídico del Convenio se innova con la doctrina de la «circunstancia agravante» de creación jurisprudencial”²⁹. Debiendo recalcar incluso que en esta incesante lucha contra las demoras judiciales, en cualquiera de los procedimientos, y de los más variados países, se ha llegado incluso a apreciar duración indebida aun tratándose de actuaciones del Tribunal Constitucional³⁰.

32. Como se vio, la expresión del 6.1 del Convenio es contenida en cuanto al alcance sustantivo de los procedimientos: de “derechos y obligaciones de carácter civil” —se habla—, y de “materia penal”. Lo que podía resultar suficientemente claro para algún país, dentro de la tradición británica por ejemplo, pero no para otros sistemas jurídicos que distinguen minuciosamente las diversas jurisdicciones. Pues bien, hay que decir que, con toda naturalidad, y salvo excepciones rigurosas y justificadas a alguna de las cuales voy a aludir, el Tribunal ha propiciado un sistema de “cláusula general” lo que implica que, como regla, cualquier actuación, ante cualquiera de las jurisdicciones, deberá respetar las garantías del artículo 6.

²⁸ En el caso “Seidel c. Francia”, 11.I.2000, en un asunto contencioso-administrativo para la reclamación de una pequeña cantidad, aunque vital para el recurrente, el pleito duró más de ocho años, transcurriendo más de dos desde que el asunto estuvo listo hasta que se celebró la audiencia.

²⁹ Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La defensa de los derechos fundamentales: tres caminos*, cit., 99.

³⁰ Me remito al caso “Díaz Aparicio c. España”, 11.X.2001, que he comentado en mi trabajo, *El derecho a la justicia y los saberes de los abogados (Dos sentencias del TEDH, de 11 de octubre de 2001, referentes a España)*, en “Revista de Administración Pública”, 158 (2002), 215 ss. En lo referente a los retrasos del Tribunal Constitucional, se lee con aprovechamiento el trabajo de Edorta COBREROS MENDAZONA, *La violación del “plazo razonable” por la jurisdicción constitucional*, en “Repertorio Aranzadi del TC”, enero 2002, núm. 16, pp. 13 ss.

Criterio que vale tanto para la “jurisdicción ordinaria”, como para posibles tribunales excepcionales, tipo tribunales militares —con numerosos asuntos así sobre Turquía hace unos años—, o incluso en relación con el Tribunal Constitucional allí donde tenga encomendada jurisdicción que afecte a los ciudadanos —así, asunto “Von Hannover c. Alemania”, 24.VI.2004 y 7.II.2012 (tensión entre libertad de expresión y derecho a la intimidad de las personas notables)—. De manera que además de lo penal —ejemplo, asunto “Somogyi c. Italia”, 18.V.2004—, aparece lo civil propiamente dicho —ejemplo, caso “Marckx c. Bélgica”, 13.VI.1979 (criterios del viejo Código civil sobre la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio)—, aparece lo administrativo —así “Vergos c. Grecia”, 24.VI.2004 (solicitud de licencia para construir un lugar de culto)—, lo tributario —sentencia “Cabinet Diot y SA Gras Savoye c. Francia”, 22.VII.2003—, lo laboral —asunto “Oliveira Modesto y otros c. Portugal”, 8.VI.2000 (121 trabajadores de ambos sexos reclamando por el impago de los salarios)— etc.

Aunque se observan, como digo algunas excepciones que, si bien pueden extrañar, no dejan de tener su lógica y forman parte de la fluidez de las sociedades y de las peculiaridades de los Estados que integran el Consejo de Europa. No se consideró aplicable el artículo 6 por estimar que no se trataba de “cuestión penal”, sino de asunto disciplinario referente al orden en la Sala, en relación con las multas impuestas a lo largo de la celebración del juicio penal, a un procesado en un caso de “bancarrota”: “Putz c. Austria”, 22.II.1996. En un asunto sobre disciplina en las elecciones parlamentarias y control de los gastos de la campaña, que en Francia se toma con toda seriedad, se asume con naturalidad que tal y como lo contempla el derecho interno no se trata de un debate sobre “derechos civiles”, por lo que no proceden las reglas del derecho a un proceso equitativo. Tal es el contenido principal de la sentencia “Pierre-Bloch c. Francia”, 21.X.1997³¹. Mismo criterio, aunque una situación fáctica bien diferente, va a ofrecer la reciente sentencia “Ahtinen c. Finlandia”, 22.IX.2009: se trataba del ámbito interno de organización de la Iglesia Evangélica Luterana, a la que la ley reconoce autonomía para el nombramiento y traslado de los ministros del culto, siempre que se respeten determinadas garantías, que no eran del

³¹ He estudiado con detenimiento dicho fallo en mi trabajo, *Los derechos electorales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en el volumen colectivo dirigido por Fabio PASCUA MATEO, *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de Derecho electoral*, Civitas y Asamblea de Madrid, 2010, páginas 100 ss.

caso en la ocasión. No se trataría de un “derecho civil” en los términos del Convenio, y de ahí que no se apliquen las garantías del artículo 6³².

33. La jurisprudencia del Tribunal resultó determinante, ya en una época temprana, para que determinados países, como Suecia y Holanda, modificaran su sistema contencioso-administrativo, dado que la fórmula existente de control de las Administraciones Públicas no presentaba las exigencias de independencia y plenitud que exige el Convenio. Valga de esa serie la mención a la sentencia “Benthem c. Holanda”, 23.X.1983, oportunamente destacada en su momento por la doctrina³³. En esta línea es de destacar también la rectificación que se impuso en relación con el enjuiciamiento de la labor disciplinaria de los Colegios Profesionales. De interés así, como muestra, la sentencia “Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica”, 23.VI.1981. Tres asuntos, que fueron acumulados, referentes a la expulsión de los recurrentes de la “Orden de Médicos” (equivalente al Colegio Profesional). Dado el carácter de Derecho público que se reconoce a la Orden, la sanción disciplinaria se podía recurrir ante la correspondiente comisión de la misma, a la que se reconocía un cierto carácter jurisdiccional —aunque no tuviera un estatus absoluto de independencia ni fueran públicas las actuaciones— y luego cabía recurso de casación, ante el órgano judicial propiamente dicho³⁴. Aparentemente el asunto concluía con una opción jurisdiccional inequívoca. Pero resulta que el recurso de casación, como es bien sabido, es un recurso de opciones limitadas, en el que, por ejemplo, no pueden discutirse los hechos. Y el Tribunal Europeo va a estimar que los hechos revisten una importancia determinante para el resultado de un procedimiento como el contemplado. El derecho a un tribunal y a una solución jurisdiccional del litigio —entenderá el Tribunal Europeo— se aplica tanto a los hechos como a las cuestiones jurídicas. De ahí que, se

³² He comentado la sentencia en el capítulo séptimo —“Autonomía de los grupos religiosos en relación con su organización interna”— de mi libro, *Estudios sobre libertad religiosa*, Editorial Reus, Madrid, 2011, 167 ss.

³³ Valga así una remisión al interesante trabajo de Carlos PADRÓS REIG y Joan ROCA SAGARRA, *La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, “Revista de Administración Pública”, 136 (1995), 233 ss.

³⁴ En Francia con fórmula similar, con recurso de casación ante el Consejo de Estado. Véase José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La problemática de los Colegios profesionales en el Derecho comparado*, en el volumen colectivo, dirigido por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, 35.

concluirá, “la causa de los demandantes no fue oída públicamente por un tribunal que gozara de plenitud de jurisdicción” (p. 51)

34. Otra línea que se ha cuidado especialmente, y que tiene que ver con la exigencia de que el tribunal enjuiciador sea “imparcial”, va a afectar especialmente a los jueces que integren aquél, tratando de evitar que tengan opinión predeterminada sobre el asunto que hayan de fallar. En esta dirección es de destacar la jurisprudencia que tiene que ver con lo que en el argot procesal se denomina la “contaminación”: el juez que ha participado en la fase de instrucción no deberá formar parte a la hora de fallar. Pueden servir como ejemplo dos asuntos referentes ambos a España. Se acusó a un teniente coronel de infantería adscrito a la Legión de haber cometido irregularidades contables, por lo que fue condenado en la jurisdicción militar. Pero el afectado recurriría, alegando falta de imparcialidad, dado que dos de los miembros del Tribunal que le condenó, ya habían participado en la instrucción del procedimiento. Tal es, en síntesis, el caso, “Castillo Algar c. España”, 28.X.1998, en el que, en efecto, el Tribunal Europeo apreciaría violación del artículo 6. Similar es la sentencia “Perrote Pellón c. España”, 25.VII.2002, caso, en que la jurisdicción militar apreció graves irregularidades y se condenó a pena severa. El caso es que, de una Sala de tres, tanto el presidente como el ponente habían participado por tres veces en la instrucción: en la Sala que, en apelación, confirmó la inculpación, en la Sala que prorrogó la detención provisional, y en la que rechazó el recurso de súplica contra esta prórroga. El Tribunal Europeo razona ampliamente sobre la exigencia de “imparcialidad” recalcando que no debe ofrecer ninguna duda (p. 43), puntualiza recalcando que no habrá que tomar en cuenta automáticamente cualquier coincidencia de los jueces, sino que habrá que estar al real significado para el caso (p. 49), pero en el supuesto se llega a la conclusión de que esa reiterada presencia de los jueces en los distintos momentos de la tramitación resulta contraria a la imparcialidad, dándose especial relieve al argumento de las “apariencias”, al que enseguida me referiré, por lo que, por unanimidad, se entiende que ha habido violación del artículo 6. Lo que no impide que se reconozca que a la vista de las circunstancias, nada impida dar por buena la condena. Se niega expresamente cualquier indemnización al recurrente, y en cuanto a los gastos procesales se rebajan sensiblemente los que se habían solicitado. Es interesante que se razona con detenimiento acerca del alcance de los honorarios de los abogados, llevándose un buen rapapolvo el que intervino en el pleito. El Estado afectado fue sensible a la objeción que se le imputó, por lo que la Ley Orgánica 4/1987, sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, se reformó por la

Ley Orgánica 9/2003, de 14 de julio para que no volvieran a repetirse las irregularidades denunciadas.

35. Especial atención va a dedicar la jurisprudencia a la “igualdad entre las partes”, doctrina que se profundiza con el argumento complementario de que no basta con la igualdad efectiva sino que además hay que guardar las “apariencias”. La exigencia de igualdad rige para todas las partes, incluso para las encargadas de defender el interés general, como el Ministerio Fiscal o quien haga sus veces, según las especialidades de cada sistema. En efecto, la primera vez que se plantea el problema, se cuestiona la posición del Fiscal de la casación en Bélgica³⁵, en el ámbito penal. Se trata del caso “Delcour c. Bélgica”, 17.I.1970, donde se describe como, de acuerdo con una arraigada regulación, el Fiscal, que obviamente había intervenido en la fase oral, podía luego asistir a las deliberaciones que mantienen los jueces a la hora de hacer la sentencia. El Tribunal Europeo aprovechó la ocasión para introducir la idea de que no sólo se precisaba la igualdad real sino que importaba también la apariencia de igualdad: “Si tomamos en cuenta —se dirá— el adagio «justice must not only be done; it must also be seen to be done» [no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace], estas consideraciones permitirían albergar algunas dudas sobre la naturaleza satisfactoria o no del sistema en cuestión” (p. 31). Si bien, en el caso, a la vista de la acreditada independencia del Ministerio Fiscal, dio por buena su presencia y no condenó. Esta doctrina, condujo años después a un caso que no deja de parecer un tanto exagerado y polémico en relación con el Consejo de Estado Francés. Yo me he formado en el Derecho administrativo admirando el buen hacer del “Conseil d’État”, una de cuyas piezas claves era el “Comisario del Gobierno”. Todo el mundo sabía que, a pesar del nombre, no era un “servidor del Gobierno”, sino un claro valedor del interés general. De hecho, con enorme frecuencia, las conclusiones del Comisario se convertían en sentencia, en el sentido de que el tribunal aceptaba normalmente su argumentación, que buscaba la objetividad y no la defensa de una parte, el Estado en el caso. Se recuerdan así cantidad de informes del Comisario que criticaban las soluciones gubernativas por no estimarlas adecuadas a derecho. Pues bien, de acuerdo con la regulación tradicional, cuando los jueces se encerraban para redactar el “arrêt”, lo hacía también el Comisario, que no votaba, pero estaba presente para aclarar cualquier punto polémico o problemático. En el asunto “Kress c. Francia”, 7.VI.2001, el Tribunal Europeo decide cambiar de opinión en relación con

³⁵ Me remito a lo que indicaba en mi citado trabajo, *La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración*, 42-43.

el caso “Delcour c. Bélgica” que se citó, estimando que la efectiva igualdad exige extremar las cautelas: “pues la creciente sensibilidad del público ante las garantías de una buena justicia justifican la importancia que cada vez con mayor fuerza se atribuye a las apariencias” (p. 82). Lo que supone que no se considere correcto que el Comisario del Gobierno esté presente en los debates de la sentencia. Yo entiendo cuestionable la solución poniendo en duda un planteamiento tradicional de una institución que funcionaba no sólo con total corrección, sino ejemplarmente. El asunto suscitó un gran debate en el seno del Tribunal Europeo. De hecho, el caso se difirió a la Gran Sala, de 17 jueces, 7 de los cuales —entre ellos, el francés, J. P. Costa, o el Presidente del Tribunal, el suizo Wildhaber, o el español, Pastor Ridruejo— votaron en contra. Curiosamente, también se manifestó en contra la Orden de los Abogados de Tribunales Superiores, que había comparecido en el proceso de Estrasburgo.

36. La idea de que el proceso sea equitativo implica la igualdad de las partes, exigencia que se cuida con toda determinación. En este sentido, destacaré la jurisprudencia que defiende que hay que sostener que las partes tengan oportunidad de comparecer en todas las fases de la tramitación en igualdad de condiciones. Dentro de una muy amplia serie, recordaré para comenzar, cuatro sentencias casi de la misma fecha, en las que se termina condenando al Estado por no haber dado al afectado igualdad de oportunidades en todas las fases procesales, aunque sean de menor significado. En “Botten c. Noruega”, 19.II.1996, el recurrente, procesado en la vía militar, resulta absuelto, pero el Fiscal acude a la Corte Suprema, que termina condenándole, sin ni siquiera haberle citado. La sentencia “Machado c. Portugal”, 20.II.1996, aborda un asunto nimio en materia de jubilación, en el que el Tribunal de Trabajo de Lisboa rechazó las pretensiones del recurrente, que acudió después ante la Corte Suprema, que terminaría rechazando la pretensión ante el pronunciamiento del Ministerio Fiscal, pero sin haber oído a las partes. En el asunto “Vermeulen c. Bélgica”, 20.II.1996, el Tribunal de Comercio pronuncia sin debate contradictorio la quiebra del afectado y de su compañía, tras haber oído al Fiscal, pero no al recurrente, encarcelado por otros delitos. Similar también en cuanto a la carencia señalada, la sentencia “Bulut c. Austria”, 22.II.1996, en relación con el proceso que afectaba a un camarero de Innsbruck acusado de tentativa de corrupción a funcionario de la agencia de empleo, donde una de las comunicaciones del Fiscal al Tribunal no le es comunicada al procesado.

Un nuevo supuesto de la forma de actuar el Consejo de Estado, aparece en la sentencia “Frette c. Francia”, 26.II.2002³⁶. Normalmente intervienen ante él abogados muy cualificados, pero queda abierta la posibilidad de que un ciudadano pueda acudir por sí mismo, sin valimiento de abogado. Esto es lo que hizo el Sr. Frette, que no se enteró de cuando se celebraba la vista porque la regla era que no se notificaba personalmente, sino que sólo se anunciaba en el tablón de anuncios. Alegó incluso que preguntó varias veces por teléfono sin que le dieran respuesta satisfactoria. Quedó así privado de la posibilidad de replicar, por lo que se le considera sometido a una situación de desventaja que rompe el principio de igualdad de armas. Razón por la cual el Tribunal Europeo entendió por unanimidad que se había violado el artículo 6.

37. El Tribunal Europeo ha mantenido también una importante tensión ampliatoria tratando de proyectar las garantías del artículo 6 más allá del espacio judicial, generalizándolas cuando fuera posible a otros ámbitos como el administrativo o disciplinario. Ya tempranamente en el caso “Engel y otros c. Holanda”, 8.VI.1976, asunto de trascendencia que tendría luego un gran influjo, el Tribunal sostuvo el criterio de que determinadas garantías del artículo 6, dado el significado de los hechos, deberían aplicarse sin falta a los procedimientos disciplinarios militares. También alcanzaría gran relieve la doctrina sentada en “Campbell y Fell c. Reino Unido”, 28.VI.1984, desde el punto de vista de las sanciones disciplinarias en las prisiones, señaladamente desde la necesidad de poder contar con un abogado, en línea con lo que luego se expone en el apartado 35. Así, y para recalcar dicha idea del valimiento de abogado, el Tribunal expone el párrafo paradigmático en estos términos: “No obstante, la garantía de un proceso justo, objeto del artículo 6, se incluye entre los principios fundamentales de toda sociedad democrática en el significado del Convenio (sentencia en el caso Golder de 21 de febrero de 1975, apartado 36). Como lo demuestra dicha sentencia, la justicia no puede detenerse a la puerta de las cárceles y nada autoriza en los casos correspondientes, a que se deje a los presos sin la protección del artículo 6” (p. 69). Desde otra perspectiva, importante fue también la sentencia “Öztürk c. Alemania”. Se trataba de una multa —administrativa— en materia de circulación tras infracción cometida por un ciudadano turco residente en Alemania. Pues bien, el Tribunal va a entender que la regla del “intérprete gratuito”, contemplada

³⁶ Me remito a lo que indicaba en mi citado trabajo, *La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración*, 43.

en el 6.3.e) del Convenio, es trasladable también al campo de las sanciones administrativas.

38. En esta forzada selección de tanto material disponible no quiero dejar de aludir a un supuesto que me parece sobresaliente en cuanto al enjuiciar el derecho de un Estado miembro del Consejo de Europa se va a descalificar indirectamente el sistema jurídico de otro Estado que no ha reconocido el Convenio. Como lo he calificado en otra ocasión, se trataría de una jugada a tres bandas, con el rechazo de un ordenamiento ajeno y con la presencia del Derecho canónico como invitado mudo³⁷. O, podríamos hablar, de una pirueta dialéctica por medio de la cual trata de propagar los logros del sistema del Convenio de Roma más allá del ámbito de los Estados que se han adherido a él. Me refiero al asunto “Pellegrini c. Italia”, 20.VI.2001. En Italia, como se recordará, y al igual que en otros países, la disciplina de los matrimonios católicos está encomendada al Tribunal de la Rota, dependiente del Estado de la Ciudad del Vaticano. Sus sentencias penetran en el ordenamiento italiano tras el correspondiente exequátur. La recurrente que da nombre al caso, que ha visto como su matrimonio se declaraba nulo, entiende que en el proceso ante el Tribunal de la Rota no pudo disfrutar de las garantías mínimas de un proceso equitativo: actuó sin abogado, desconociendo prácticamente de qué se trataba. Las jurisdicciones italianas no han hecho más que reconocer y dar por bueno lo que se estableció en el proceso ante la Rota. Está claro que en el caso se litiga contra Italia, dado que, por otro lado, el Vaticano no está vinculado al Convenio Europeo, por lo que parece difícil sostener la aplicación del artículo 6 en relación con el proceso canónico. Pues bien, el Tribunal Europeo encontrará una fórmula ingeniosa para enfrentarse con el asunto. Se afirmará así: “El Tribunal aprecia de entrada que la declaración de nulidad del matrimonio de la reclamante ha sido emitida por las jurisdicciones del Vaticano, habiendo recibido después fuerza ejecutoria por las jurisdicciones italianas. Pero dado que el Vaticano no ha ratificado el Convenio, aparte de que la demanda se formula contra Italia, la labor del Tribunal no puede consistir en examinar si el procedimiento desarrollado ante las jurisdicciones eclesiásticas era conforme con el artículo 6, sino si las jurisdicciones italianas antes de otorgar el exequátur a la mencionada declaración de nulidad comprobaron satisfactoriamente si el procedimiento relativo respetaba las garantías del artículo 6” (p. 40). Es decir, no, pero sí. Se va a entender que el procedimiento cuestionado desconoce algunas de las más

³⁷ Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid 2004, 110 ss.

cualificadas garantías: presencia de abogado, plenitud de conocimiento de todos los elementos aportados al proceso, etc. En resumen, concluirá el Tribunal Europeo: “A la vista de tales circunstancias el Tribunal estima que las jurisdicciones italianas han incumplido su deber de asegurarse, antes de otorgar el exequátur a la sentencia de la Rota Romana, de que la recurrente tuvo a su disposición un proceso equitativo en el curso del procedimiento eclesiástico” (p. 47). Lo que implicará que se condene a Italia por no haber respetado las garantías del proceso equitativo. Italia, vinculada desde el Concordato con la fórmula, puede hacer bien poco. La sentencia resulta, con todo, bien interesante y constituye una manera diplomática de propagar los logros del sistema del Convenio, al mismo tiempo que, desde fuera, se está descalificando el sistema procesal canónico, muy lejos de haber alcanzado las garantías a que nos venimos refiriendo.

39. Que el proceso sea equitativo, se persigue. Para todos. Fácil de decir, pero difícil de lograr, sobre todo si se asume que hay que tener en cuenta circunstancias especiales. Recalcaba antes que las garantías jurídicas son para todos, incluso para los que con su conducta han resultado violadores de los derechos de los demás, como la propiedad, la libertad o, incluso, la vida. Ello me lleva a dos sentencias destacadas sobre un único asunto, en la base del cual hay un crimen horrible que conmocionó a la sociedad. ¡Y que fue cometido por dos niños de diez años! Y la pregunta que fluye es: ¿debe ser tratado un niño como un criminal empedernido endurecido por la vida? Llegamos así a las sentencias “T. v. Reino Unido”, y “V. v. Reino Unido”, ambas de la misma fecha, 16.XII.1999, sobre los mismos hechos —las iniciales ocultan el nombre de los niños criminales—, que el Tribunal Europeo, actuando como Gran Sala de 17 jueces, prefirió no acumular. El asesinato del niño de dos años James Bulger, conmocionó a la sociedad como decía, más cuando se conocieron los detalles de la acción criminal: T. y V. sacaron al niño de un supermercado a dónde había ido con su madre y tras una caminata de dos millas lo golpearon hasta la muerte arrojando luego su cadáver sobre la vía del tren. Al año siguiente, es decir, cuando tenían once años, fueron enjuiciados T. y V. Al respecto se abre un sinfín de interrogantes, partiendo sobre todo de como debe reaccionar la sociedad ante niños de esa edad. En las sentencias, se recogen numerosos documentos internacionales sobre el trato de los menores, incluso de los niños. Se destacan también las soluciones de otros países, la mayoría de los cuales conocen variantes de lo que se puede denominar “jurisdicción de menores”, con cualificadas especialidades, una de las cuales suele ser la actuación sin público y, desde luego, sin prensa. En cambio, el juicio que se deparó a T. y a V. fue un juicio normal y ordinario, el mismo que correspondería a

cualquier persona mayor: el “juez, con toga y peluca”, se recalca, y demás formalidades. Pero no es sólo eso. Lo importante, y determinante, fue el ambiente en que se celebró el juicio. El crimen horrorizó a la sociedad, decía, y, tanto en el exterior, como en el interior de la sala de audiencia, había una multitud enfurecida, especialmente calentada además por la prensa sensacionalista, con presencia abundante, obviamente, dado el planteamiento, de periodistas y cámaras de televisión. La sala, insisto, estaba abarrotada —en lo que daba de sí—, y la masa del exterior incluso zarandeó el coche en que se trasladaba a los niños. Es decir, que se respiraba tensión por los cuatro costados. Algo obvio, dados los planteamientos, pero lo más opuesto al clima de serenidad necesario para lograr un juicio equitativo en relación con dos criaturas, por muy espantosa que hubiera sido su conducta. Aunque se habían buscado buenos abogados, en la Sala, los niños estaban lejos de su abogado, de manera que no podían hablarse con facilidad. El juez tuvo incluso que advertir especialmente a los miembros del Jurado para que mantuvieran su serenidad, tanto frente al bullicio presente, como frente al “calentamiento” que los medios de prensa estaban llevando a cabo todos esos días. Pues bien, el fallo del Tribunal Europeo en las dos sentencias, muy razonadas y construidas, y que considero importantes, entenderá —con el voto a favor también del juez inglés, Lord Reed—, que a la vista de todas esas circunstancias, no puede afirmarse que se celebrara un proceso equitativo, por lo que se concluye con la violación del artículo 6 por parte del Reino Unido. Insisto que entiendo que se trata de sentencias destacadas. Si todos tienen derecho al abanico de garantías de la justicia, especialmente lo tienen unos niños de once años, que, en puridad, y sin mengua de la posible declaración de responsabilidad —tema en el que no voy a entrar ahora—, merecen, sin discusión, y por muy patética que resultara la muerte del niño Bulger, un trato adaptado a sus circunstancias.

40. Concluiré la exposición de la jurisprudencia europea, con una referencia también al reconocimiento del importante papel del abogado. Pondré énfasis en el asunto “Golder c. Reino Unido”, 21.II.1975 —mencionado antes de pasada—, donde tempranamente el Tribunal destacó la importancia de que a un recluso se le permitiera dirigirse por carta a su abogado. Golder quería iniciar un procedimiento contra un funcionario de la prisión, del que esperaba se dedujera su inocencia en relación con un incidente que había tenido lugar en la cárcel, pero el Ministro del Interior le negó el permiso que había solicitado para ello. El Tribunal Europeo reacciona con energía, en una sentencia muy elaborada. Concluye, en efecto, que el derecho de acceso a la justicia constituye un elemento inherente a las opciones enunciadas en el artículo 6.1, afirmando expresamente: “El

artículo 6.1 garantiza a todos el derecho a que un tribunal conozca de cualquier litigio referente a sus derechos y obligaciones de carácter civil. Consagra, por tanto, ‘el derecho a un tribunal’, del cual, el derecho de acceso, es decir el derecho de acudir al Tribunal en materia civil, no constituye mas que un aspecto” (p. 36). Y obviamente, para poder dar ese paso resulta requisito *sine qua non* el poder relacionarse con su abogado. El que se negara ese contacto, implica una violación por la que el Reino Unido resulta condenado. De interés también la sentencia “John Murray c. Reino Unido”, 8.II.1996, en la que se reconoce violación del artículo 6 por no haber podido tener acceso el recurrente —un acusado de pertenecer al IRA— a un abogado en las primeras 48 horas tras su detención. Aunque el título jurídico utilizado sea ahora diferente, especial énfasis quiero poner, en lo que tiene de revalorización del papel del abogado, en la sentencia “Demirtepe c. Francia”, 21.XII.1999, en la que se constata que a un detenido en prisión, condenado por asesinato, se le había abierto la correspondencia, incluida la de su abogado, la de los servicios sociales penitenciarios y la del capellán, lo que está prohibido por el “Code de Procedure Penal”. El régimen penitenciario no debe en absoluto impedir la más libre comunicación entre el inculcado o procesado y su abogado. El desconocimiento de tan sagrada regla implicará en el caso que Francia sea condenada, por unanimidad, por violación del artículo 8 del Convenio, que protege el derecho a la intimidad.

El asunto “Niemietz c. Alemania”, 16.XII.1992, lo protagoniza un letrado, si bien desde perspectiva distinta. Se había autorizado el registro judicial de un bufete de abogado, intentando averiguar quien había enviado un fax con pseudónimo a unas diligencias judiciales, si bien del registro no se obtuvo prueba alguna. El abogado recurre al Tribunal de Estrasburgo alegando que se ha producido una injerencia en su vida privada, protegida por el artículo 8 del Convenio. El Tribunal concluye por unanimidad que el concepto vida privada se proyecta también a lo profesional y a los locales profesionales. Se estima que el registro no era necesario y de ahí la condena.

Aunque a veces el mundo de los abogados ofrece otras variantes. Pintoresco resulta el caso “Van Der Musselle c. Bélgica”, 23.XI.1983. Se trata de una joven abogado, en una época en que se reparten turnos de oficio, pero que son gratuitos. Y ha tenido que defender a un extranjero. Protestará ante el Tribunal Europeo con diversas alegaciones —violación de su derecho de propiedad—, pero especialmente, que se le somete a un “trabajo forzoso” que sería incompatible con el Convenio. Pero tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos —que todavía funcionaba a la sazón—,

como el Tribunal —por unanimidad— rechazaron el recurso y entendieron que no había habido violación del Convenio, con lo que no sólo se le está negando la razón sino que se está reconociendo paladinamente su ignorancia: es un poco fuerte eso de acudir al argumento de los “trabajos forzados”.

A veces los abogados se descuidan en los plazos y el recurso llega tarde, cosa que no tiene justificación. Es lo que se describe en el asunto “Rodríguez Valín c. España”, 11.X.2001. Y el Tribunal no le da la razón: “La reglamentación relativa a los plazos —se dirá— pretende asegurar una buena administración de la justicia y el respeto, en particular, del principio de seguridad jurídica. Los interesados deben esperar que las reglas sean aplicadas”. Se matizará también que el “derecho a un tribunal”, en el que “el derecho de acceso constituye un aspecto concreto, no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, especialmente en cuanto a condiciones de admisibilidad”³⁸.

41. Una última referencia en relación con el importante papel de los abogados para que el proceso “equitativo” pueda llegar a hacerse realidad, recordando, en especial, que el Convenio en el apartado c) del artículo 6.3 insiste, aparte de en la posibilidad de defenderse por sí mismo, y en la de ser asistido por un defensor de su elección, en el derecho a “si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”. Lo que me lleva a un asunto bien interesante, producido hace poco, y que nos evoca “el combate de David contra Goliat”. Se trata de la sentencia “Steel and Morris v. Reino Unido”, 15.II.2005, que bien podría denominarse el caso del panfleto contra McDonald’s. En efecto, los recurrentes, dos personas con trabajo inestable y escasos de medios, dedican su tiempo libre a defender sus ideas desde “London Greenpeace”, una plataforma no personalizada, sin conexión además con “Greenpeace International”, la gran organización que se dedica a temas ambientales y sociales. Y un buen día publican un breve panfleto de seis páginas —que lograría incluso una reimpresión—, criticando tanto la organización y las prácticas de McDonald’s, como la calidad de los alimentos que sirve en sus establecimientos. De forma que en las breves páginas se mezclaban tanto las críticas a la “empresa capitalista” que “explotaba a los países del tercer mundo” y en concreto “el trabajo de los niños”, como a los “nocivos” productos con que se elaboraban las hambur-

³⁸ He comentado este asunto en mi trabajo, *El derecho a la justicia y los saberes de los abogados*, cit., 218 ss.

guestas y demás productos de la firma. Ésta, tras una serie de averiguaciones, dado que no existía una persona jurídica London Greenpeace, contra la que proceder, pusieron en marcha un juicio por libelo contra la Sra. Steel y el Sr. Morris, solicitando una importante indemnización, que al cabo de un duradero y abultadísimo proceso en cuanto al volumen de los autos, les fue concedida. El proceso, con muy numerosa presencia de peritos y expertos y la comparecencia de 130 testigos, duró en todas sus fases más de 9 años y 6 meses y fue, a juicio de los recurrentes, el más largo proceso, civil o penal, de la historia legal inglesa. Se trató de valorar y sopesar, en efecto, la exactitud de cada una de las afirmaciones del escrito. Pero el quid de la cuestión estribará en que ni Steel ni Morris tenían medios. Solicitaron ayuda legal para poder valerse de abogado, pero la legislación inglesa que lo prevé para los procesos criminales no contempla tal posibilidad para los juicios por libelo. Al principio les asesoró algún abogado amigo, recaudaron alguna cantidad para poder abonar la transcripción de las actas de las actuaciones, pero al cabo tuvieron que actuar por sí mismos, sin valimiento de abogado y en manifiesta situaciones de inferioridad, frente al sólido y certero asesoramiento de la gran empresa. Pues bien, el Tribunal Europeo, en sentencia que resulta notable, considera inaceptable la desigualdad que de hecho ha existido entre las partes ante la falta de ayuda para poder contratar abogado, consecuencia de la legislación inglesa, por lo que se termina condenando al Reino Unido por incumplimiento de las exigencias del artículo 6, pero también, por falta de respeto a la libertad de expresión — del artículo 10 del Convenio Europeo—, dada la cuantiosa indemnización impuesta frente a la que no pudieron defenderse adecuadamente. Y es que la aspiración a lograr una justicia equitativa, como proclaman todos los textos que hemos tomado como punto de partida, está cuajada de exigencias que demandan una cuidadosa previsión de los Estados, con indudables implicaciones económicas en no pocos casos, como el presente. Caso que recalca evidentemente el importante papel del abogado, lo que justifica la regla de las Declaraciones de que si no se dispone de él, habrá que proporcionarlo “de oficio”.

IV. A MODO DE COLOFÓN: SER ABOGADO, “OBLIGA”

42. Terminaré con una reflexión directamente deducida de una reciente decisión del Tribunal Europeo. Se ha constatado el protagonismo que desempeña el abogado en cualquier actuación judicial, de ahí la serie de garantías que jalonan su figura y su actividad. Y es que importa muy mucho

todo lo que afecta a esta importante pieza, desde su formación y estatuto hasta los más mínimos detalles de su actividad. Como se dice en el caso a que me refiero, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) aspira siempre a desarrollar una relación de confianza con la comunidad de profesionales legales. Sólo a través de la mutua confianza puede funcionar el Tribunal para asegurar el más alto estándar de protección de los derechos humanos”.

En efecto, en cuanto al estatuto de los abogados, hay abiertos unos cuantos puntos e discusión, como de todos los presentes es bien sabido: ¿Qué estudios se exigirán? ¿Cómo se pasa de la licenciatura o de la Facultad a la profesión? ¿Quién lo controla? ¿Papel de los Colegios y Corporaciones de abogados? ¿Respuestas ante la abogacía personalizada y los grandes despachos societarios? ¿Admisión de la publicidad, de la cuota litis, de las tarifas oficiales o rígidas? Vivos puntos de debate sobre los que difieren no pocas de las respuestas pero en los que no me corresponde a mí entrar en este momento. En cambio, si es general y unánime el reconocimiento —lo garantice quien lo garantice— de que en el abogado, aparte de las profesionales y de conocimiento, deben darse unas respuestas inexcusables de ética profesional. Si falla esta vertiente, se tambalea toda la construcción del derecho a la tutela judicial. En el caso referido, se deja constancia también de la opinión del Tribunal de la necesidad de que en las actuaciones ante él, luzca por parte de los abogados, “el más alto estándar moral y profesional”.

43. Y es que la vida es compleja y hay que tener previstas soluciones para todo pues, cuando menos se espere, en la olla puede aparecer el “garbanzo negro”. La decisión a que me estoy refiriendo tiene que ver directamente con la figura que tan gráficamente se ha denominado “el querulante”. Se parte de que los Tribunales están para resolver, pero no para aguantar impertinencias, asuntos improcedentes o deformados, cuando no falsedades. Me estoy refiriendo, en efecto, a la decisión “Mihailo Petrovic c. Serbia”, 18.X.2012, dictada por unanimidad por el TEDH actuando en Sala de siete magistrados. Un asunto verdaderamente insólito y sorprendente, que nunca debió haberse producido, testimonio de un activismo que no puede por menos de dejar pasmado. Cualquiera es consciente del impresionante volumen de asuntos que atenaza al TEDH, ese juez de una población de más de ochocientos millones de habitantes. Pues bien, en la carta que el Tribunal dirige al Presidente del Colegio de Abogados de Belgrado (“Belgrade Bar Association”, según la versión en inglés de la decisión, que da también la denominación originaria, “Advokatska Komora Beograda”), en el sentido de que al señor Petrovic se le deben aplicar medidas disciplinarias, se

le dice exactamente: “A buen seguro está usted informado del volumen de casos pendientes en el Tribunal contra Serbia, que hoy alcanza la cifra de 3.500. Pues bien, en 400 de ellos el demandante aparece dirigido por el abogado inscrito en ese Colegio, Sr. Mihailo Petrovic”. Pero no es sólo eso, dado que su esfera de influencia se proyecta más allá de Serbia. En efecto, se reconoce también en la decisión que Petrovic ha interpuesto ante el Tribunal más de 500 demandas diferentes contra Croacia, Eslovenia, Bosnia-Herzegovina y Montenegro. Ciertamente que hoy la informática puede hacer milagros multiplicando los documentos, pero no por eso dejan de impresionar las cifras cuando uno piensa en la responsabilidad de un letrado a la hora de abordar los asuntos. El caso es que lo que va a contar especialmente es que la inmensa mayoría de recursos corresponden a asuntos infundados, no aptos para ser planteados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se comprobó incluso que, además de lo señalado, en algunos supuestos interpuso la demanda a nombre de personas fallecidas, falsificando incluso el correspondiente poder que figura otorgado después del fallecimiento, dudándose en otros de la autenticidad del correspondiente poder. Con la particularidad de que las actuaciones se culminan, en cada caso, con la solicitud de que el Tribunal Europeo le reembolse los gastos ocasionados, a lo que, obviamente, el Tribunal se ha resistido. E incluso se ha dirigido al Tribunal pidiendo que condene a Serbia a que le compense por el lucro cesante al haber debido dedicar su tiempo a la preparación de los asuntos referidos. Razones todas ellas que justifican que el Tribunal se dirigiera al Presidente del Colegio de Abogados en los términos señalados.

El Tribunal Europeo deja claro que su misión es resolver asuntos concretos que supongan la violación para una persona de los derechos o libertades contemplados, de acuerdo con las exigencias del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁹. En concreto, se dice, “El precepto no dota a los ciudadanos de una especie de *acción popular* para la interpretación del Convenio; no permite que los ciudadanos puedan impugnar cualquier ley o decisión particular *en abstracto* porque estimen que contraviene el Convenio, ni siquiera tampoco para alegar que la mera existencia de una ley viola los derechos que reconoce el Convenio”. “Es necesario —se recalca, recordando la inequívoca jurisprudencia al respecto— que haya habido una aplicación de la ley que le perjudique”.

³⁹ Exigencias que he estudiado con detenimiento en mi trabajo, *El concepto “víctima de una violación de los derechos” como determinante para el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, “Revista de Administración Pública”, 175 (2008), 253 ss.

La normativa dota al Tribunal de poderes de reacción ante la aparición de casos como el presente. Por su parte, el artículo 35 del Convenio asume que se inadmitan las demandas manifiestamente mal fundadas o abusivas. Pero también hay referencias expresas en el artículo 36.4.(b) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, que permite al Presidente de la Sala, cuando se den circunstancias excepcionales, imponer que una persona deje de asistir o representar a un recurrente. Muy claro también el artículo 44D del citado texto, que autoriza al Presidente de la Sala a reaccionar, excluyendo o tomando otras medidas, cuando quien actúa lleve a cabo conductas que resulten “abusivas, frívolas, irritantes, que conduzcan a engaño o prolijas”.

El Tribunal interpretará el concepto de abuso en el sentido ordinario que le da la teoría general del Derecho, que supone el uso nocivo de un derecho para fines distintos de los contemplados, aunque también puede depender del objetivo que pretende obtenerse. Se incluirían asimismo, según la jurisprudencia, “las manifestaciones de irresponsabilidad irritantes hacia el Tribunal”. El caso es que se prohibió al señor Petrovic que siguiera dirigiendo o representando clientes ante el Tribunal, tanto en el presente como en el futuro. Lo que no impidió que, después de recibida la carta correspondiente en que se le notificaba la decisión, siguiera actuando como si tal, acumulando numerosos asuntos nuevos y ¡solicitando en cada caso el reembolso de los gastos! De ahí que el Tribunal se dirigiera al Colegio de Abogados en los términos antes expresados. El Presidente del Colegio, en su carta de acuse de recibo, manifestaría: “Comparto su opinión de que el abogado en sus compromisos profesionales debe alcanzar el más alto estándar moral”.

El Tribunal, en la decisión que se comenta, rechaza varias pretensiones acumuladas de Petrovic, y puntualizará recordando: “por último que no es tarea del Tribunal, institución creada por el Convenio para asegurar el respeto por las Altas Partes Contratantes del Convenio, el tener que abordar un conjunto de pretensiones mal fundadas y querulantes (‘querulous’, en el original inglés de la decisión), lo que supone un trabajo innecesario incompatible con sus tareas propias”. De modo que, “al vicio de pedir, la virtud de no dar”. El Tribunal cumple defendiéndose con lo que puede hacer, es decir, prohibiendo intervenir a quien no respete unas exigencias mínimas. Las posibles actuaciones disciplinarias, corresponden a su Colegio. Aunque no deje de anotar el Tribunal en la decisión que hasta la fecha ninguna noticia ha recibido de que se hubiera procedido.

44. La vertiente negativa que se acaba de exponer, tan excepcional — pero que nos hace pensar en el destacado papel de supervisor de los Colegios y Corporaciones profesionales—, sirve para resaltar por contraste la importancia del abogado como pieza imprescindible para que se haga efectivo el derecho a la tutela judicial. La jurisprudencia estudiada evidencia el relevante papel que se le reserva. Todo ello partiendo de la base de que, como dato previo, el abogado deberá estar dotado de un bagaje profesional y ético indiscutible.

Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos y el sistema de aplicación del Derecho penal internacional del Estatuto de Roma¹

HÉCTOR OLÁSOLO ALONSO²
PABLO GALAIN PALERMO³

¹ Esta es una versión actualizada y ampliada del artículo “La Influencia en la Corte Penal Internacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Acceso, Participación y Reparación de Víctimas”, publicado en el libro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, coordinado por Ambos, Malarino y Elsner en 2010, páginas 379 a 425. El artículo contiene algunas modificaciones significativas fruto de la más reciente jurisprudencia de la CPI y de la CIDH.

² Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (“IIH”); Catedrático de Derecho Internacional Público de las Universidades de Nuestra Señora del Rosario (Colombia) y La Haya para las Ciencias Aplicadas (Holanda). Letrado de Sala de la Corte Penal Internacional (2004-2010). Miembro de la asesoría jurídica y de la sección de apelaciones de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2002-2004). Miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002). Doctorado por la Universidad de Salamanca. Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia. Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivamente aquellas del autor, y no se corresponden necesariamente con aquellas de la Corte Penal Internacional, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, de la Organización de las Naciones Unidas o del Gobierno español.

³ Investigador Responsable del Departamento Portugal y Colaborador Científico del Departamento Latinoamérica del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg i. Br., Alemania. Doctor Europeo en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesor Honorario Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

SUMARIO: I. Introducción. II. Primera aproximación a la función de la CIDDHH y de la CIDH en el sistema Interamericano de Derechos Humanos. III. Definición de Víctima por la CIDDHH y la CIDH. IV. Acceso y participación de las víctimas en el sistema interamericano de protección de DDHH. V. Contenido de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad y a la justicia, y de las correspondientes obligaciones de los Estados a su satisfacción. VI. Reparaciones en el ámbito de la jurisprudencia de la CIDH. VII. Primer acercamiento a la posición de la víctima en el Estatuto de Roma de la CPI. VIII. El impacto de la jurisprudencia de la CIDH en la interpretación de la definición de víctima contenida en la regla 85 de las RPP. IX. El impacto de la jurisprudencia de la CIDH en relación con el acceso y participación de las víctimas en las actuaciones ante la CPI. X. El impacto de la jurisprudencia de la CIDH en relación con el contenido del derecho de las víctimas a la reparación previsto en el artículo 75 del ER. XI. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

1. El sistema de fuentes previsto en el artículo 21 del Estatuto de Roma (“ER”) de la Corte Penal Internacional (“CPI”) atribuye una singular relevancia a las resoluciones del Comité de Derechos Humanos (“CDH”) y a la jurisprudencia de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos (“CIDH”) y de la Corte Europea de Derechos Humanos (“CEDH”). Así, en su apartado tercero se dispone que la interpretación y aplicación de las distintas fuentes del derecho previstas en el artículo 21 del ER —incluyendo el propio ER, las Reglas de Procedimiento y Prueba (“RPP”), y los Elementos de los Crímenes (“EC”)— “deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”, lo que ha sido también subrayado en numerosas decisiones adoptadas por las distintas Salas de la CPI⁴, incluyendo la reciente decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares

⁴ Vide por todas “Judgement on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I entitled ‘Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54 (3) (b) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008’”, dictada por la SA el 21.10.2008, ICC-01/04-01/06 OA 13, pars. 46, 76 and 77; “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54 (3) (b) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008”, dictada por la SPI I el 13.06.2009, ICC-01/04-01/06-1401, pars. 57 y 58; y “Decision on the Final System of Disclosure and establishment of a Time Table”, dictada por SCP I el 15.05.2006, ICC-01/04-01/06-102-Annex I, pars. 1 a 2.

(“SCP”) I relativa a la emisión de una orden de arresto contra el actual presidente de Sudan, Omar Hassan Ahmad Al Bashir⁵.

2. En este marco, los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”), 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (“CADH”) y 6 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (“CEPDHLF”) relativos a las garantías procesales del acusado emanantes de su derecho fundamental al proceso debido, así como los artículos 9 del PIDCP, 7 de la CADH y 5 de la CEPDHLF relativos al derecho fundamental a la libertad, han jugado un papel destacado en la jurisprudencia de la CPI durante sus cinco primeros años de actuaciones judiciales⁶.

3. Sin embargo, el impacto en la jurisprudencia de la CPI de las resoluciones del CDH y de la jurisprudencia de la CIDH y de la CEDH no se ha limitado a estas dos áreas, sino que se ha extendido a otras cuestiones, y en particular a las relativas al acceso, participación en las actuaciones y reparación a las víctimas. Se tratan éstas de cuestiones fundamentales en la primera jurisprudencia de la CPI pues no debemos olvidar que la posición procesal atribuida a las víctimas en las actuaciones ante la CPI, además de no tener precedente en el derecho penal internacional⁷, constituye uno de

⁵ “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, dictada por la SCP I el 04.03.2009, ICC-02/05-01/09-3, par. 44.

⁶ Vide por ejemplo, “Judgement on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I entitled ‘Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54 (3) (b) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008’”, dictada por la SA el 21.10.2008, ICC-01/04-01/06 OA 13, pars. 46, 76 y 77; “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54 (3) (b) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008”, dictada por la SPI I el 13.06.2009, ICC-01/04-01/06-1401, pars. 57 y 58; “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, dictada por la SCP I el 04.03.2009, ICC-02/05-01/09-3, par. 32; y “Decision on the Set of Procedural Rights Attached to the Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of a Case”, dictada por la SCP I en el caso Katanga el 13.05.2008, ICC-01/04-01/07-474, pars. 45-75. Vid. también, Bitti, Gilbert, “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the threatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC”, Carsten Stahm/Slviter, Göran (Eds.) *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Koninklijke Brill NV, The Netherlands, 2008, pp. 285 y ss.

⁷ Como Jorda, Claude/ De Hemptinne, Jerome, *The Status and Role of the Victim*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/ Jones, John R.W.D. (eds.), 2002, Vol. II, p. 1389, han señalado, los estatutos y las reglas

los avances más significativos del ER en cuanto que con la misma se pone fin a la exclusión sufrida por las víctimas como resultado de su consideración por la normativa procesal internacional como objeto —en lugar de sujeto— de las actuaciones⁸.

4. Las disposiciones recogidas en los arts. 15(3), 19(3), 68(3) y 75 del ER, en las reglas 50, 89 a 99, 107 y 109 de las RPP, y en las normas 86 a 88 del Reglamento de la Corte (“RegC”) regulan el sistema de acceso y participación de la víctimas en las actuaciones penales y civiles de reparación desarrolladas ante la CPI. Este sistema es fruto de la creciente importancia del papel de las víctimas en la normativa internacional sobre los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario⁹.

de procedimiento y prueba de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (en adelante “TPIY” y “TPIR”) ni prevén la intervención de las víctimas en el proceso penal al margen de su posible condición de testigos, ni tampoco recogen actuaciones de reparación.

⁸ Vide a este respecto Fernández de Gurmendi, Sylvia, *Definition of Victims and General Principles*, en *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, Lee, R.S. (ed.), pp. 427 y ss.; Brady, Helen, *Protective and Special Measures for Victims and Witnesses*, en *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (ed.), 2001, pp. 434 y ss.; Bitti, Gilbert/Friman, Harak, *Participation of Victims in the Proceedings*, en *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Ed.) 2001, pp. 459 y ss.; Jones, John R.W.D, *Protection of Victims and Witnesses*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (eds.), 2002, Vol. II, pp. 1357 y ss.; Jorda, Claude/ De Hemptinne, Jerome, *The Status and Role of the Victim*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (eds.), 2002, Vol. II, pp. 1390 y ss.; Donat-Cattin, David, *Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, Otto (ed.), 1999, pp. 869 y ss., y Stahn, Karsten/Olásulo, Héctor./Gibson, Kate, *Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, Vol. 4, Num. 2, pp. 218-239, p. 219.

⁹ En este sentido, la nueva posición procesal atribuida a las víctimas en las actuaciones ante la Corte refleja, por tanto, el reconocimiento general del derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva, tal y como subraya el apartado 12 de los principios y directrices básicos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones, así como en el principio 8 de las directrices propuestas para combatir la impunidad de los autores de delitos de derecho internacional. Ver a este respecto, la *Comisión de Derechos Humanos las Naciones Unidas*, *Declaración sobre los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interpo-*

5. En relación con el régimen de reparaciones, la Sala de Cuestiones Preliminares (“SCP”) I y la Sala de Primera Instancia (“SPI”) I de la CPI han afirmado en sus decisiones de 10 de febrero de 2006¹⁰ y 7 de agosto de 2012¹¹ en el caso Lubanga que: “El esquema de reparación previsto en el Estatuto no es sólo una de las características únicas del Estatuto. Es también un elemento esencial. En opinión de la Sala, el éxito de la Corte se encuentra en cierta medida vinculado, al éxito de su sistema de reparaciones.” Además, la propia SPI I ha subrayado que: “La fase de reparaciones es una parte integral de las actuaciones del juicio oral, que, a diferencia de las actuaciones del artículo 74 o de la etapa de determinación de la pena que se centran en la defensa y en la fiscalía, gira en torno de las víctimas, aunque defensa y fiscalía sean también partes en las actuaciones de reparaciones”¹².

6. Por ello, y dada la particular atención que la jurisprudencia de la CIDH ha puesto en los derechos fundamentales de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, este artículo se dirige a analizar la influencia de dicha jurisprudencia, así como de las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDDDH”), en los diez primeros años de actividad judicial de la CPI.

7. El presente artículo se divide en dos partes fundamentales. En la primera se analiza la jurisprudencia de la CIDH y las resoluciones de la CIDDDH en lo relativo a (i) la definición de víctima, (ii) su acceso y participación en las actuaciones que se celebran en el marco del sistema interamericano de derechos humanos; (iii) el contenido de las sentencias de reparación de la CIDH; y (iv) el contenido de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y de las correspondientes obligaciones de los Estados a su satisfacción.

8. En su segunda parte, el presente artículo analiza la influencia de la jurisprudencia de la CIDH y de las resoluciones de la CIDDDH en materia

ner Recursos y Obtener Reparaciones, recogida como anexo al Informe Final del Relator Especial, Sr. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la Resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (UN. Doc. E/CN.4/2000/62 of 18 January 2000). Vide también *Proposed Guiding Principles for Combating Impunity for International Crimes*, en *Post-Conflict Justice*, Bassiouni, Cherif. (ed.), 2002, p. 255.

¹⁰ Corrigendum of Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest, Article 58, dictada por la SCP I el 10 de febrero de 2006, ICC-01/04-01/06-I-US-Exp-Con, párr. 150.

¹¹ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 7 de agosto de 2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 178.

¹² *Ibíd.*, párr. 267.

de víctimas en las decisiones adoptadas por la CPI durante sus primeros diez años de actuaciones judiciales. El análisis desarrollado en esta segunda parte se centra en (i) la definición de víctima prevista en la regla 85 de las RPP, (ii) el sistema de acceso y participación en las actuaciones ante la CPI; y (iii) el contenido del derecho de las víctimas a la reparación previsto en el artículo 75 del ER.

II. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA FUNCIÓN DE LA CIDDHH Y DE LA CIDH EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos nace con la CADH (1969) y está integrado por dos órganos bien diferenciados: la CIDDHH y la CIDH. El acceso de las víctimas está marcado por una etapa previa y obligatoria a desarrollarse frente a la CIDDHH, un órgano que desempeña una función de contralor en relación a la protección de los derechos humanos. La CIDDHH, en efecto, cumple distintas funciones¹³ de “investigación”¹⁴,

¹³ Véase que la CIDDHH cumple en primer lugar con una función investigadora, que puede llevar a cabo incluso en territorio del Estado denunciado de violar la CADH (cfr. Art. 48 CADH), como si se tratara de un fiscal (sistema acusatorio) o de un juez (sistema inquisitivo). Una vez constatada la infracción la CIDDHH emprende una función de conciliación para el logro de un “acuerdo amistoso” entre el denunciante y el denunciado, como si se tratara de un mediador o conciliador. Vide Dwyer, Amy, “The Inter-American Court of Human Rights: Towards Establishing an Effective Regional Contentious Jurisdiction”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 13, 1990, pp. 132 y s; Padilla, David, “The Inter-American Commission on human Rights”, cit., pp. 101 y s. El rol que la CIDDHH cumple también podría ser el de un árbitro, porque ella también puede formular recomendaciones. *Ibidem*, p. 114.

¹⁴ Art. 40 RCIDDHH: “1. Si lo considera necesario y conveniente, la Comisión podrá realizar una investigación *in loco*, para cuyo eficaz cumplimiento solicitará las facilidades pertinentes, que serán proporcionadas por el Estado en cuestión. 2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, la Comisión podrá realizar una investigación *in loco*, previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad”. Según el Art. 51 RCIDDHH la CIDDHH tiene la potestad de designar Comisiones Especiales para que investiguen las presuntas violaciones de los derechos humanos *in loco*.

“mediación”¹⁵ y “supervisión”¹⁶ en la relación entre las víctimas y los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (“OEA”) sospechosos de violar los derechos humanos¹⁷. La CIDDHH tiene también una función “consultiva” en relación exclusiva con los Estados en cuestiones relacionadas con los derechos humanos¹⁸, y confecciona anualmente un informe en el que se refiere a la situación de los derechos humanos en los Estados america-

¹⁵ Según el Art. 48.1.f CADH la CIDDHH “se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención”. Según el Art. 49 CADH: “Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda”. Ante la CIDDHH se pueden desarrollar audiencias con la participación de las partes involucradas con el objeto de “recibir información de las partes con relación a alguna petición, caso en trámite ante la Comisión, seguimiento de recomendaciones, medidas cautelares, o información de carácter general o particular relacionada con los derechos humanos en uno o más Estados miembros de la OEA” (cfr. Art. 60 RCIDDHH).

¹⁶ Art. 51 CADH: “1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe”. Según el Art. 18.g la CIDDHH puede “practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo”.

¹⁷ El Art. 41 RCIDDHH establece: “1. La Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables. 2. El procedimiento de solución amistosa se iniciará y continuará con base en el consentimiento de las partes. 3. Cuando lo considere necesario, la Comisión podrá encomendar a uno o más de sus miembros la tarea de facilitar la negociación entre las partes... 6. De no llegarse a una solución amistosa, la Comisión proseguirá con el trámite de la petición o caso”.

¹⁸ Art. 41.e CADH y Art. 18.e. ECIDDHH. Los derechos humanos, según el Art. 1 ECIDDHH son: “a. los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma; b. los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros”.

nos¹⁹. Finalmente, la CIDDHH se constituye también en “parte procesal” una vez que por su expresa decisión somete una denuncia a la jurisdicción de la CIDH²⁰. Ahora bien, desde que el sistema interamericano acepta la participación procesal de la víctima directa, de sus familiares o representantes ante la CIDH, la CIDDHH parece haber asumido una especie de función de “garante del interés público”, similar a la que desempeña el Ministerio Público en el ámbito nacional²¹.

2. La CIDH, a partir de su creación en 1979 paulatinamente se ha convertido, en materia de protección de los derechos humanos²², en una especie de “supervisor” de la compatibilidad de la leyes nacionales y de las decisiones de los más altos tribunales de los Estados²³ que han reconocido su jurisdicción²⁴ (Tribunales Constitucionales y/o Cortes Supremas de Justicia) con la CADH²⁵. Las sentencias de condena a los Estados infractores,

¹⁹ Arts. 57 y 58 RCIDDHH.

²⁰ Art. 57 CADH, Art. 19.b. ECIDDHH, y Art. 69 RCIDDHH.

²¹ En ese sentido la CIDDHH “dispuso mediante modificación del año 2003 al artículo 33 de su Reglamento que ‘la Comisión será la representante procesal de [las presuntas víctimas y sus familiares] como garante del interés público bajo la Convención Americana, de modo de evitar la indefensión de las mismas’”. Lo anterior, de conformidad con el artículo 57 de la Convención Americana que establece que “[l]a Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte”. Vide “El rol de las víctimas, sus familiares y sus representantes en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, OEA/Ser.G, CP/CAJP 2550/07, 21 noviembre 2007, p. 4.

²² Vide Landa, César, “El sistema interamericano de derechos humanos: balance y perspectivas”, Landa, César (Comp.), *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* Palestra, Lima, 2005, p. 17.

²³ Debe quedar claro que la CIDH no constituye una instancia superior a las nacionales ni tampoco que la CIDDHH sea un órgano que esté supeditado a ella. En ese sentido explica Gross Espiell que: “Como la Corte no es un órgano al que la Comisión está jerárquicamente subordinada, es obvio que debe concluirse que cuando se somete un caso a la Corte para que lo analice y decida, en el ejercicio de su competencia contenciosa, se está abriendo un procedimiento ‘sui generis’, de tipo jurisdiccional que, aunque vinculado al necesario funcionamiento previo de la Comisión, no es un recurso de tipo jerárquico, ni una apelación, revisión, casación o anulación”. Vide Gros Espiell, Héctor. *Derechos Humanos*; Cultural Cuzco Editores, Lima, 1991, Cap. XXI “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 431 y s.

²⁴ De los 35 Estados que componen la OEA solo veintinueve Estados Partes han reconocido la competencia contenciosa de la CIDH: Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Suriname, Panamá, Chile, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Haití, Brasil, México, República Dominicana y Barbados.

²⁵ Voto disidente de Cançado Trindade, caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, párr. 25, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 195.

con su particular énfasis en su posición de garante del derecho de reparación integral de las víctimas ante las violaciones de los derechos humanos contenidos en la CADH²⁶, han transformado a la CIDH en un órgano con potestad para incidir en las políticas nacionales de protección de los derechos humanos²⁷, haciendo valer la obligación del Estado de responder por los hechos de los funcionarios cuyos actos u omisiones se realicen en el desempeño del cargo oficial²⁸. La CIDH cumple con una función política toda vez que también realiza activismo judicial siguiendo una política criminal determinada de “lucha contra la impunidad”²⁹ y de promoción del castigo

²⁶ A diferencia de la CIDDHH la CIDH es un órgano jurisdiccional que fundamenta sus decisiones estrictamente con argumentos jurídicos y no decide las cuestiones según la conveniencia de los Estados o la *Realpolitik*. Téngase en cuenta que la mayoría de las contiendas han sido de condena a los Estados por violaciones contra los derechos humanos, y de tutela de los derechos de las víctimas a la reparación integral del daño.

²⁷ “Durante el presente año se sometieron a consideración de la Corte 14 casos contenciosos y ésta emitió 23 sentencias. En 3 de ellas se pronunció sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, conjuntamente; en 14 acerca del fondo y las correspondientes reparaciones; y en 6 en torno a la interpretación de sentencias. De esta forma la Corte resolvió enteramente 17 casos contenciosos, en los cuales se ha adoptado decisión final acerca de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, y no se halla pendiente ningún pronunciamiento sobre la contención planteada en la demanda. Actualmente el Tribunal cuenta con 88 casos contenciosos en trámite, de los cuales 75 se encuentran en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, 7 se encuentran en etapa de trámite inicial, 4 en etapa de excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas, y 2 en etapa de fondo y eventuales reparaciones y costas”. Vide *Informe Anual CIDH, 2006*, p. 11.

²⁸ Vide por todos Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, Series C 1,4,7,9, Sentencia de Fondo, párr. 171. De esta manera, por ejemplo, el homicidio cometido por agentes del Estado es una violación imputable al Estado. Vid. por todos Caso “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Serie C 32, 11.09.1997, Serie C 63 de 19.11.1999, párr. 143.

²⁹ A favor, Parenti, Pablo, “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Ambos/Malarino/Elsner (Eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomo II, cit., pp. 211 y ss. Críticamente Pastor, Daniel, “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?”, Ambos/Malarino/Elsner (Eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomo II, cit., pp. 481 y ss.; Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y ancionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Ambos/Malarino/Elsner (Eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomo I, cit., pp. 26-61.

penal como una forma de reparación de la víctima³⁰. En cualquiera de sus funciones el sistema interamericano está sometido al imperio del derecho y a las reglas del debido proceso³¹.

III. DEFINICIÓN DE VÍCTIMA POR LA CIDDHH Y LA CIDH

1. En el sistema interamericano la noción de víctima queda acotada a las personas físicas³² y no incluye a las personas jurídicas³³. Esto no ha impedido, sin embargo, que se consideren como víctimas de la violación de los derechos humanos a víctimas colectivas, por ejemplo, a todos los internos de un instituto de reclusión de menores de edad y a sus familiares³⁴ o a una comunidad indígena³⁵. La admisión de peticiones formuladas por víctimas colectivas guarda relación con los derechos de las víctimas colectivas a co-

³⁰ Críticamente, Galain Palermo, Pablo, “La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el derecho penal de Uruguay”, en Ambos/Malarino/Steiner (Eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomo III, de próxima publicación.

³¹ Sobre el tema, Salmón, Elizabeth/Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

³² En las resoluciones de la CIDH se realiza una interpretación *in dubio pro homine*, que se basa en la CADH pero también en el derecho penal, constitucional e internacional y en sus respectivas opiniones doctrinarias, como en los criterios utilizados por la CEDH. Vide Gross Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 171 y ss.

³³ DADDHH y Art. 1.2 CADH. Sobre este tema, vide Pinto, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 37. En relación con el valor jurídico de la DADDHH, la CIDH y la CIDDHH consideran que, aunque se trate de una mera “declaración”, la DADDHH constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA. Vide CIDH, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la DADDHH dentro del marco del artículo 64 CADH, 14.07.1989, Ser. A N°. 10, 1989, párr. 35 y ss.; Rafael Ferrer-Mazorra y Otros vs. Estados Unidos de América, Informe N°. 51/01, caso 9903, 04.04.2001. Véase también que la CIDDHH tiene que “prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (cfr. Art. 20 ECIDDHH). Sobre este tema, vide Pinto, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 37.

³⁴ Vide Caso “Instituto de reeducación del Menor” vs. Paraguay, Serie C-N. 112, 02.09.2004, párr. 272.

³⁵ Vide Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Serie C 125, 17.06.2005.

nocer la verdad, al acceso a la justicia y a las reparaciones genéricas, como por ejemplo, cuando se exige a un Estado modificar su sistema legislativo para adecuarlo a la CADH, o a abrir centros educativos o de salud pública, conmemorar determinado evento o mejorar las condiciones de los centros de reclusión. De esta forma puede indicarse que la CIDDHH acepta peticiones tanto de víctimas individuales como colectivas³⁶, siempre que estas puedan ser individualizadas.

2. El sistema interamericano no considera dentro del amplio concepto de víctima a las personas jurídicas, sin embargo, en alguna oportunidad la CIDDHH ha aceptado la petición de una persona jurídica³⁷, ampliando en ese caso en particular el concepto de víctima³⁸.

3. Según el Art. 1.30. RCIDH: “la expresión ‘presunta víctima’ significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención”; mientras que por víctima se entiende: “la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte” (cfr. Art. 1.31. RCIDH).

4. En los últimos tiempos la CIDH ha ampliado el concepto de víctima de una violación contra los derechos humanos. Para la jurisprudencia de la CIDH el concepto de víctima incluye no sólo a la persona que sufre la violación de sus derechos humanos, sino también a sus familiares en base a un derecho propio. Este desarrollo jurisprudencial se produjo en el caso “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, en el que la CIDH consideró a las madres de los menores por haber sufrido angustias y temor³⁹. Al año siguiente el concepto se amplió a la viuda de una persona

³⁶ Véase que las nuevas formas delictivas propias de la globalización, de la sociedad de riesgos o, incluso, del “terrorismo de Estado”, de alguna forma han “despersonalizado” o “colectivizado” a las víctimas individualizadas. Este hecho podría hacer estéril cualquier intento de elaboración de un concepto especial o particular de víctima. Vide Galain Palermo, Pablo, *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*, Universidad Católica/Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009, pp. 124 y s.

³⁷ Vide CIDDHH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987, Informe 14/87, Washington D. C.

³⁸ Vide Cox, Francisco, “La admisibilidad de las denuncias individuales”, cit., p. 346.

³⁹ La sentencia hace hincapié en el trato inhumano y cruel hacia las víctimas directas, diferenciándolo del daño inmaterial del mismo calibre sufrido, por ejemplo, “por las madres de los menores”. Para ello se basó en jurisprudencia de la CEDH. Vide Caso “Niños de la calle”, cit., párr. 174, 176. La CIDH les reconoció a las madres de los menores asesinados el derecho a ser “beneficiarias de reparación en su condición de derechohabientes de sus parientes fallecidos y, por otro, en su condición de víctimas de la violación de los artículos 5.2, 8.1 y 25 de la Convención”. *Ibíd*em, Sentencia Reparación, párr. 66.

desaparecida por las fuerzas públicas⁴⁰. Los subsiguientes casos relacionados con la desaparición forzada de personas fijaron esta ampliación del concepto a los familiares directos de los desaparecidos⁴¹. En ese sentido el actual RCIDH determina que: “el término ‘familiares’ significa los familiares inmediatos, es decir, ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso” (cfr. Art. 1.15 RCIDH).

5. Se puede concluir, por tanto, que la CIDH entiende por víctima no sólo a la víctima directa sino también a aquellos familiares inmediatos que han sufrido por el padecimiento de la víctima directa. Véase que este razonamiento es utilizado por la CIDH, en particular, en ocasión de los primeros casos de desaparición forzada de personas que llegaron a su conocimiento, en tanto, la permanente situación de desconocimiento de la verdad acerca de la situación actual de la víctima directa provoca una situación también permanente de victimización en las personas más cercanas⁴². En estos casos no sólo la víctima directa sino también los familiares directos quedan fuera del manto protector del Derecho⁴³ y por ello también son lesionados en sus derechos⁴⁴.

⁴⁰ Vide Caso Bajaca Velázquez vs. Guatemala, Serie C 70, 25.11.2000, párr. 223.

⁴¹ Vide Feria Tinta, Mónica, “La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento”, Revista IIDH, Vol. 43, 2006, p. 164.

⁴² La mentira oficial para cubrir la desaparición forzada de personas menores de edad y la muerte presumiblemente por acción policial, por ejemplo, por medio de la información falsa respecto a un enfrentamiento entre las fuerzas represoras y movimientos “subversivos” o “terroristas”, según la CIDH es causa de padecimiento (“sufrimientos e impotencia ante las autoridades estatales” que permiten concluir que “los familiares pueden ser considerados víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes en violación del artículo 5 de la Convención Americana”). Vide Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú, Serie C 10, 08, 07.2004, párr. 118.

⁴³ Por este motivo se ha identificado el bien jurídico protegido en el crimen de desaparición como pluriofensivo “que abarca la protección de la seguridad individual y/o el correcto funcionamiento de la administración de justicia”. Vide Galain Palermo, Pablo, “Uruguay”, Ambos, Kai (Coord.), *Desaparición Forzada de Personas —análisis comparado e internacional—*, GTZ/Temis, Bogotá, 2009.

⁴⁴ Vide por todos Casos Bámaca Velázquez y Molina Theissen.

IV. ACCESO Y PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DDHH

1. Acceso y Participación ante la CIDDHH

1.1. Ante la CIDDHH puede presentar una denuncia o queja por la violación de la CADH por un Estado parte “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización”⁴⁵. La petición ante la CIDDHH puede ser presentada en su propio nombre o en el de terceras personas, y ella tiene que hacer referencia a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, en la DADDH, CADH, PACADHDESC, PCADHAPM, CIPST, CIDFP y CIPSEVM⁴⁶.

1.2. En cuanto a la protección de los derechos humanos, para acceder al sistema americano, el peticionario no requiere poseer la calidad de víctima. Tampoco se exige vínculo alguno entre el peticionario y la víctima, admitiendo que la petición pueda ser realizada por una ONG⁴⁷. Las peticiones incluso pueden realizarse sin requerir el consentimiento de la víctima; todo lo que constituye una de las fórmulas más amplias consagradas en los instrumentos internacionales⁴⁸. Según el Art. 28.e. RCIDDHH al momento de peticionar frente a la CIDDHH se exige “de ser posible, el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada”. Esta norma permite sostener que el requisito esencial para el acceso al sistema interamericano de protección de los derechos humanos es la existencia de una víctima⁴⁹.

⁴⁵ Art. 44 CADH.

⁴⁶ Art. 23 RCIDDHH.

⁴⁷ Si se considera que las víctimas de abusos contra los derechos humanos generalmente carecen de recursos y que el acceso a la jurisdicción internacional es sumamente costoso (así como que la CIDH no es muy generosa en la determinación de los montos de costas y gastos), se entenderá no sólo porqué las ONG representan a las víctimas, sino que ella puede ser la única forma viable para el cumplimiento del derecho de acceso a la justicia de los más desprotegidos.

⁴⁸ Vide Pinto, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana*, cit., p. 35. Por ello, se ha dicho que “the Court’s judgments represent the most wide-reaching remedies afforded in international human rights law”. Vide Shelton, Dinah, “Reparations in the Inter-American System”, en Harris/Livingstone (Eds.) *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 153.

⁴⁹ Vide también Cox, Francisco, “La admisibilidad de las denuncias individuales”, cit., p. 347. El concepto de víctima abarca también a los “familiares de la víctima”, que son las personas con parentesco cercano. Vide por todos caso Loayza Tamayo vs. Perú, párr. 92.

Como la protección de las víctimas muchas veces es franqueada por ONGs que peticionan o representan directamente a las víctimas frente a la CIDDHH⁵⁰, el RCIDH en su Art. 1 diferencia el estatus del peticionario frente a la CIDDHH, al que denomina “denunciante original”⁵¹, del estatus de la presunta víctima que tendrá participación directa ante la CIDH (cfr. Art. 23 RCIDH).

1.3. La petición debe ser fundada y detallar claramente los hechos constitutivos de la violación de algunos de los derechos humanos protegidos por los instrumentos interamericanos⁵². Si el peticionario tiene interés en que el caso sea sometido a la CIDH, debe ofrecer también los siguientes elementos: “a. la posición de la víctima o sus familiares, si fueran distintos del peticionario; b. los datos de la víctima y sus familiares; c. los fundamentos con base en los cuales considera que el caso debe ser remitido a la Corte; c. la prueba documental, testimonial y pericial disponible; e. pretensiones en materia de reparaciones y costas”⁵³.

1.4. En la petición se pueden solicitar a la CIDDHH que pida ante la CIDH la adopción de medidas cautelares (cfr. Art. 25 RCIDDHH)⁵⁴ siempre que se trate de un caso urgente y que exista un *periculum in mora* (evitar daños irreparables)⁵⁵. Los posibles beneficiarios de estas medidas no

⁵⁰ Vide Vivanco, José, “Las organizaciones no gubernamentales de Derechos Humanos”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, IIDH, San José, 1994, pp. 275 y ss.

⁵¹ Art. 1.10. RCIDH: “la expresión ‘denunciante original’ significa la persona, grupo de personas o entidad no gubernamental que haya introducido la denuncia original ante la Comisión, en los términos del artículo 44 de la Convención”.

⁵² Arts. 34 y 27 RCIDDHH.

⁵³ Art. 43.3 RCIDDHH.

⁵⁴ Durante el presente año fueron sometidas a consideración de la Corte 13 solicitudes de medidas provisionales, de cuales cuatro fueron rechazadas y nueve fueron adoptadas. Actualmente el Tribunal cuenta con 44 medidas provisionales activas. Vide Informe Anual, 2006, p. 12.

⁵⁵ Vide Arias, Bernal, “Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, San José, 2006, pp. 79 y ss. En casos recientes relacionados con los derechos de los reclusos se requirió al Estado que: “mantenga y amplíe las medidas que informa que ya está adoptando, así como que adopte de forma inmediata las medidas complementarias necesarias para evitar en forma eficiente y definitiva la violencia en el Internado Judicial de Monagas (‘La Pica’), de tal suerte que no muera ni se afecte la integridad personal de ningún interno o de cualquier persona que se encuentre en el Internado; adopte aquellas medidas necesarias para: a) reducir sustancialmente el hacinamiento en el Internado Judicial de Monagas (‘La Pica’), b) decomisar las armas que se encuentren en poder de los internos, c) separar a los internos procesados de los condenados, d) ajustar las condiciones de detención del Internado a los estándares internacionales sobre la materia

tienen por qué estar efectivamente individualizados en la petición, sino que resulta suficiente con que los mismos puedan ser “determinables”⁵⁶. El procedimiento para la adopción de estas medidas puede pecar de lentitud en cuanto que la CIDDHH no puede dictar las medidas de cautela sino que tiene que solicitarlas a la CIDH (cfr. Art. 29.2 RCIDDHH), si bien a partir de la reforma reglamentaria del 2000, las víctimas pueden acudir directamente a la CIDH para solicitar estas medidas. El Art. 63.2 CADH⁵⁷, el Art. 19.c ECIDDHH y el Art. 25 RCIDH permiten que la CIDH dicte las medidas cautelares o provisionales⁵⁸ aun cuando el caso todavía no haya sido sometido a su conocimiento⁵⁹, lo que, según el Art. 25.4 RCIDDHH, “el otorgamiento de tales medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión”.

y e) brindar la atención médica necesaria a los internos, de tal forma que se garantice su derecho a la integridad personal; y realice todas las gestiones pertinentes para que las medidas de protección a favor de las personas privadas de la libertad en el Internado Judicial de Monagas (‘La Pica’) se planifiquen e implementen con la participación de los representantes de los beneficiarios de las medidas. Asimismo, la Corte decidió solicitar al Estado que: remita a la Corte una lista actualizada de todas las personas que se encuentran reclusas en la cárcel y además, indique con precisión las características de su detención; investigue los hechos que motivan la adopción de las medidas provisionales y, en su caso, identifique a los responsables y les imponga las sanciones correspondientes, incluyendo las administrativas y disciplinarias; y presente a la Corte un informe sobre las medidas provisionales que haya adoptado en cumplimiento de la Resolución”. Asunto del Internado Judicial de Monagas (‘La Pica’) (Venezuela), Medidas Provisionales, Resolución del 09.02.2006. Vide *Informe Anual, 2006*, p. 20. Ver también Asunto de las Penitenciarias de Mendoza (Argentina), Medidas Provisionales, Resolución de 30.03.2006. Ibidem, p. 22. En similar caso relacionado con los derechos de los reclusos se resolvió que el Estado adopte las medidas necesarias para: a) decomisar las armas que se encuentren en poder de los internos, b) separar a los internos procesados de los condenados y c) ajustar las condiciones de detención de la cárcel a los estándares internacionales sobre la materia. Vide Asunto del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare), (Venezuela): Medidas Provisionales, Resolución de 30.03.2006.

⁵⁶ Vide Caso “Instituto de reeducación del Menor” vs. Paraguay, cit., párr. 108.

⁵⁷ Art. 63.2 CADH: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

⁵⁸ El Art. 74 RCIDDHH se refiere a estas medidas como “medidas provisionales”.

⁵⁹ Así sucedió, por ejemplo, en el caso Hugo Bustíos contra Perú en resolución de 08.08.1990, o en un asunto que se tramitaba ante la CIDDHH (caso Chunimá contra Guatemala), en resolución de fecha 01.08.1991. Vide Fix-Zamudio, Héctor, “Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nieto Navia (Ed), *La Corte y el Sistema Interamericanos*, cit., pp. 173 y ss.

1.5. Para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión, se requerirá de acuerdo con la CADH el cumplimiento de determinados requisitos: “a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conformen a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición”⁶⁰. Según la CIDH, la exigencia de que los recursos internos deban ser interpuestos y agotados según principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos, “significa que no sólo deben de existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos”⁶¹. Además, los dos primeros requisitos arriba mencionados no son aplicables cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido

⁶⁰ Art. 46.1 CADH. Además, el Art. 28 RCIDDHH exige que las peticiones dirigidas a la Comisión contengan la siguiente información: “a. el nombre, nacionalidad y firma de la persona o personas denunciantes o, en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, el nombre y la firma de su representante o representantes legales; b. si el peticionario desea que su identidad sea mantenida en reserva frente al Estado; c. la dirección para recibir correspondencia de la Comisión y, en su caso, número de teléfono, facsímil y dirección de correo electrónico; d. una relación del hecho o situación denunciada, con especificación del lugar y fecha de las violaciones alegadas; e. de ser posible, el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada; f. la indicación del Estado que el peticionario considera responsable, por acción o por omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, aunque no se haga una referencia específica al artículo presuntamente violado; g. el cumplimiento con el plazo previsto en el artículo 32 del presente Reglamento; h. las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 del presente Reglamento; i. la indicación de si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional conforme al artículo 33 del presente Reglamento”.

⁶¹ Vide Caso Tibi vs. Ecuador, Serie C-N. 114, 07.09.2004, párr. 50.

impedido de agotarlos, o c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos⁶².

1.6. La litispendencia será también una causa de denegación de la petición ante la CIDDDH⁶³, salvo que “el procedimiento seguido ante el otro organismo se limite a un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión y no haya decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición ante la Comisión o no conduzca a su arreglo efectivo”; o cuando “el peticionario ante la Comisión sea la víctima de la presunta violación o su familiar y el peticionario ante el otro organismo sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros”⁶⁴.

1.7. La supletoriedad o subsidiariedad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha sido declarada constantemente por la jurisprudencia de la CIDH⁶⁵, que ha especificado al respecto:

- Existen criterios formales y materiales para determinar cuando un Estado puede oponer la excepción de falta de agotamiento de la vía

⁶² Art. 46.2 CADH. Ampliamente sobre el tema Pizzolo, Calogero, Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y Jurisprudencia, Ediar/UNAM, Buenos Aires, 2007, pp. 93 y ss.

⁶³ Art. 33.1 RCIDDDH: “La Comisión no considerará una petición si la materia contenida en ella: a. se encuentra pendiente de otro procedimiento de arreglo ante un organismo internacional gubernamental de que sea parte el Estado en cuestión; b. reproduce sustancialmente otra petición pendiente o ya examinada y resuelta por la Comisión u otro organismo internacional gubernamental del que sea parte el Estado en cuestión”.

⁶⁴ Art. 33.2 RCIDDDH.

⁶⁵ Vide por todos, Caso Velazquez Rodríguez, Serie C, Sentencia 29.07.1988, párr. 61, p. 27. En materia de consultas, vide Opinión Consultiva N° 11/90 de 10.08.1990. Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N°. 1, párr. 88; Caso Nogueira de Carvalho y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C N°. 161, párr. 51, y Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26.09.2006. Serie C N°. 154, párr. 64. En la misma sentencia del Caso Velazquez Rodríguez (párr. 68 y ss.) se indica que solo cuando el Estado ha hecho todo lo posible para denegar la protección de los derechos humanos (vgr. inexistencia de debido proceso, rechazo de los recursos por retardos injustificados o cualquier otro medio para impedir el acceso a la justicia por parte de las víctimas) eximen al peticionante de la exigencia de agotar la vía recursiva nacional (cfr. Art. 46.2 CADH).

recursiva en el ámbito nacional⁶⁶; en particular, si el Estado quiere interponer excepciones preliminares para demostrar que la vía interna no ha sido agotada, tiene que hacerlo primeramente frente a la CIDDHH, de otra forma se entenderá que renuncia a este derecho que le garantiza la CADH⁶⁷.

- Cuando la presunta víctima alegue que no puede comprobar el requisito señalado en el Art. 31 RCIDDHH, la carga de la prueba se traslada al Estado⁶⁸, que debe “demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente” (cfr. Art. 31.3 RCIDDHH)⁶⁹.

⁶⁶ “Al efecto, es preciso analizar sus presupuestos formales y materiales, previstos en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana y en las disposiciones estatutarias y reglamentarias pertinentes de los órganos del Sistema Interamericano, que es coadyuvante, subsidiario y complementario de la protección que debe ofrecer el derecho interno de los Estados partes. En cuanto a los aspectos formales, en el entendido de que esta excepción es una defensa disponible para el Estado, deberán verificarse las cuestiones propiamente procesales, tales como el momento procesal en que la excepción ha sido planteada (si fue alegada oportunamente); los hechos respecto de los cuales se planteó y si la parte interesada ha señalado que la decisión de admisibilidad se basó en informaciones erróneas o en alguna afectación de su derecho de defensa. Respecto de los presupuestos materiales, se observará si se han interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos: en particular, si el Estado que presenta esta excepción ha especificado los recursos internos que aún no se han agotado, y será preciso demostrar que estos recursos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos. Por tratarse de una cuestión de admisibilidad de una petición ante el Sistema Interamericano, deben verificarse los presupuestos de esa regla según sea alegado, si bien el análisis de los presupuestos formales prevalece sobre los de carácter material y, en determinadas ocasiones, estos últimos pueden tener relación con el fondo del asunto”. Vide Caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 42.

⁶⁷ Un tema de distinta índole, que aquí no puede ser abordado, guarda relación con determinar si la comprobación del agotamiento de la vía recursiva es una cuestión de fondo, que compete a la CIDH, o de pura admisibilidad que corresponde en exclusiva a la competencia de la CIDDHH.

⁶⁸ Esto ha llevado a algunos autores a formular tesis como la siguiente: *cuando se juzga por la CIDH la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de los derechos humanos es preponderante el principio favor victima y/o in dubio pro victima y cuando se juzga la responsabilidad de una persona por la comisión de un delito por la justicia penal es preponderante el favor rei y/o in dubio pro reo*. Vide Galain Palermo, Pablo, “La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el derecho penal de Uruguay”, cit., de próxima publicación.

⁶⁹ Vide por todos Caso Perozo y otros vs. Venezuela, cit., párr. 38.

- No existen presunciones absolutas sobre la inexistencia de legislación interna para la protección del derecho, o se ha impedido al ofendido el libre ejercicio de los recursos, o se ha producido un retardo injustificado en la decisión del recurso; de modo que el Estado puede probar que el agotamiento de la vía recursiva se ha producido por expresa omisión de la presunta víctima⁷⁰.
- La valoración de cada caso se hace de modo independiente de la condición de un sistema de gobierno democrático, es decir, puede acontecer que en un sistema democrático se den las excepciones del artículo 46.2 CADH⁷¹.

1.8. Recibida la petición, y admitida provisionalmente por la CIDDHH, el Estado tendrá un plazo de dos meses para contestar los requerimientos de la CIDDHH⁷². En caso de gravedad y urgencia o cuando se considere que la vida de una persona o su integridad personal se encuentre en peligro real e inminente la CIDDHH podrá solicitar que el Estado en un plazo razonable (según la premura del caso) presente su respuesta y observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto⁷³. Recibida la respuesta del Estado, la víctima y Estado tendrán la posibilidad de presentar escritos de réplica y dúplica, así como de solicitar una audiencia ante la CIDDHH.

1.9. Si bien los criterios jurídicos priman sobre los “políticos” o de oportunidad⁷⁴ cuando la CIDDHH decide “abrir un caso”⁷⁵, no son fácilmente

⁷⁰ En Caso Velázquez Rodríguez, Serie C, Sentencia 29.07.1988, Párr. 88 queda claro que el Estado en su defensa debe probar que la presunta víctima no ha agotado la vía recursiva.

⁷¹ Art. 46.2: “2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

⁷² Art. 30.3 RCIDDHH.

⁷³ Art. 30.4 y 30.7 RCIDDHH.

⁷⁴ Vide Feria Tinta, Mónica, “La víctima ante la Corte Interamericana”, cit., pp. 165 y ss.

⁷⁵ Cfr. Art. 37 RCIDDHH. Véase que en el año 1996 de 509 peticiones solo se abrieron 135 casos, es decir, se admitieron solo un 26,5% de las peticiones, lo que “implica que el 73,5% de los casos han sido declarados inadmisibles, sin un pronunciamiento formal de inadmisibilidad”. Esta práctica contraviene lo dispuesto por la Corte en el caso Velázquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Párr. 40, donde se estableció que “si la admisión no requiere un acto expreso y formal, la inadmisibilidad, en cambio, sí lo exige”. Vide Cox, Francisco, “La admisibilidad de las denuncias individuales: puerta

determinables las variables que la CIDDHH utiliza para “conciliar” con los Estados denunciados los “acuerdos amistosos”, o para presentar una denuncia ante la CIDH⁷⁶. A su vez, el hecho de que la víctima no tenga la posibilidad de acceso directo a la jurisdicción de la CIDH⁷⁷, puede ser un indicio de que estamos frente a una situación en la que podrían primar los criterios políticos antes que los jurídicos, situación que puede repercutir — de alguna forma— en un déficit de seguridad jurídica o en la insatisfacción del derecho de acceso a la justicia⁷⁸.

1.10. El sistema interamericano, tal como está formulado, puede derivar en situaciones incoherentes en tanto el órgano político y el jurisdiccional actúan independientemente. Un claro ejemplo guarda relación con dos denuncias contra la República Oriental del Uruguay ante la CIDDHH. Una de ellas fue derivada a la CIDH (Caso Gelman) y la otra dio lugar a un acuerdo de solución amistosa (Caso Peirano). En el caso contencioso Gelman vs. Uruguay la CIDH condenó al estado (como forma de reparación de la víctima) a utilizar el derecho penal para proceder al castigo de los responsables de las violaciones a los derechos humanos. Mientras la CIDH promovía la utilización del sistema penal uruguayo, incluso disminuían-

de entrada al sistema”, en Méndez/Cox (Eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, p. 358.

⁷⁶ Según el Art. 72.1 RCIDDHH cuando se presenta la demanda ante la CIDH, la CIDDHH indicará:

“a. las pretensiones sobre el fondo, reparaciones y costas; b. las partes en el caso; c. la exposición de los hechos; d. la información sobre la apertura del procedimiento y admisibilidad de la petición; e. la individualización de los testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones; f. los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes; g. datos disponibles sobre el denunciante original, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados. h. los nombres de sus delegados; i. el informe previsto en el artículo 50 de la Convención Americana”.

⁷⁷ Este tema perdería importancia si la víctima pudiera gozar de *jus standi* ante la CIDH para no depender de los criterios de selección de la CIDDHH. Vide críticamente Gómez, Verónica, “Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: New Rules and Recent Cases”, HRLR, 2001, p. 114.

⁷⁸ Dice Feria Tinta: “en la práctica solo un puñado de casos (alrededor de 7) llegan cada año en efecto a ser referidos por la Comisión Interamericana a la Corte. El trasfondo de esto es que la mayoría de casos interpuestos ante la Comisión no llegan a ser procesados en su enteridad, existiendo numerosos casos que quedan en una especie de limbo sin resolución de admisibilidad y por tanto sin posibilidad real de poder llegar alguna vez a la Corte”. Vide Feria Tinta, Mónica, “La víctima ante la Corte Interamericana”, cit., p. 189.

do cualquier obstáculo que obstaculice la investigación y la punición⁷⁹, la CIDDDH en el caso Peirano vs. Uruguay (Caso 12.553 de 2009) declaraba que el sistema procesal penal uruguayo contradice a la CADH y es violatorio de los derechos humanos allí contenidos. El acuerdo entre la CIDDDH y el Uruguay que obligaba a este país a una reforma total de su sistema procesal penal fue incumplido por el estado, pero como dicho acuerdo fue publicado el caso (pese a existir incumplimiento) no puede ser derivado a la CIDH, provocando un grave perjuicio para las víctimas directas y para las víctimas potenciales, en tanto Uruguay posee un sistema procesal penal violatorio de los derechos humanos. Como se puede apreciar en este ejemplo, el sistema interamericano frente a dos denuncias contra el mismo estado, por un lado declara que un sistema penal viola los derechos humanos y por el otro determina no solo la utilización de ese sistema, sino aun limitando todavía más algunos principios y garantías procesales que podrían obstaculizar el castigo penal⁸⁰.

2. Acceso y Participación ante la CIDH

2.1. En el derecho penal internacional existe unanimidad en cuanto a que la víctima tiene que tener una participación activa durante todo el proceso judicial con el objetivo de que pueda ver satisfecho su derecho a la verdad y a la reparación, así como para garantizar la transparencia y legitimidad del procedimiento⁸¹. A diferencia de la CPI que dirime la responsabilidad penal de un individuo, la CIDH no tiene dentro de sus funciones la identificación del autor de la violación de los derechos humanos, sino que su actividad se dirige a analizar la responsabilidad del Estado y a disponer la reparación pertinente⁸². Así, el proceso contencioso ante la Corte se concentra en determinar si hubo una violación y si la misma se produjo con el apoyo, tolerancia o aquiescencia de los órganos del Estado, o si éstos

⁷⁹ Vide Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 254. Sobre el tema, GALAIN PALERMO, PABLO, "Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, de próxima publicación.

⁸⁰ Sobre el tema, Galain Palermo, Pablo, "La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el derecho penal de Uruguay", *cit.*, de próxima publicación.

⁸¹ Vide Forer, Andreas, "Origen y evolución de la participación de las víctimas en procesos penales internacionales", Gómez Gómez (Dr.), *Nuevas Perspectivas del derecho penal. Homenaje a Luis Carlos Pérez*, Ibáñez, Bogotá, 2012, pp. 189 y ss.

⁸² La CIDH tiene una competencia limitada en tanto que solo puede juzgar a los Estados miembros de la OEA que han aceptado su jurisdicción.

han incumplido su obligación de adoptar medidas preventivas o de investigación, sanción y reparación de las violaciones⁸³. Como consecuencia, presentada la demanda por la CIDDHH, la CIDH puede continuar hasta la finalización del proceso aunque no comparezca ni la víctima ni el Estado afectado⁸⁴. Es por esta razón que si bien en el sistema interamericano la presunta víctima tiene la carga de la prueba, esto no impide que ella pueda renunciar a comparecer ante la CIDH y dejar la carga probatoria y la defensa de sus intereses en manos de la CIDDHH (que como se ya dijo cumple una función de garante del interés público, similar a la de un Ministerio Público en el ámbito nacional)⁸⁵.

2.2. Para acceder a la jurisdicción de la CIDH la víctima tiene que peticionar la apertura de su “caso” frente a la CIDDHH. Sólo cuando no se llega a una “solución amistosa” entre la presunta víctima y el Estado demandado, la CIDDHH está en condiciones de habilitar la jurisdicción de la CIDH. Esto significa que la víctima no tiene un acceso directo a la CIDH, pero además, hasta la modificación del RCIDH del año 2000 la víctima sólo podía intervenir ante la CIDH por medio de sus abogados que participaban del proceso como asesores ad hoc de la CIDDHH⁸⁶. Hasta la fecha en cuestión la participación directa de la víctima se limitaba a la etapa contenciosa de la reparación.

⁸³ Vide por todos Godínez Cruz vs. Honduras, Serie C 3, 5, 8, 10, Sentencia de Fondo, párr. 154 y ss.; 183 y ss.

⁸⁴ Art. 27.1 RCIDH: “Cuando una parte no compareciere o se abstuviere de actuar, la Corte, de oficio, impulsará el proceso hasta su finalización”. Sin embargo, para el traslado de pruebas practicadas ante la CIDDHH que permite el Art. 43.2 RCIDH, de modo de evitar la repetición de las mismas ante la jurisdicción de la CIDH, se requiere que ambas partes hayan estado presentes según las pautas de un proceso contradictorio. Según el Art. 43.2. RCIDH: “Las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetir las”.

⁸⁵ Este es también un derecho de la víctima respaldado por la Criminología y la Victimología para evitar la victimización secundaria, porque ella ya ha comparecido ante la CIDDHH para probar la lesión de sus derechos por parte del Estado.

⁸⁶ Vide Méndez, Juan, “La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Nieto Navia (Ed), *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José, 1994, p. 324. Esta situación era denunciada en el voto disidente de Piza Escalante en Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, que lo interpretó como una situación violatoria del derecho de acceso a la justicia. Vide *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 61.

2.3. A partir del nuevo Reglamento se terminó con la falta de autonomía de la víctima en el proceso ante la CIDH⁸⁷. Según dispone el Art. 23 RCIDH: “1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso. 2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. 3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente”.

2.4 De esta manera, si bien la víctima continua vinculada por la base fáctica de la demanda presentada por la CIDDHH, se puede afirmar que la Reforma del Reglamento de la CIDH del 2000 permite la comparecencia de la víctima como una nueva parte procesal, de modo que ahora podrá coadyuvar con la estrategia de la CIDDHH o disentir con ella, arguyendo en forma directa sus intereses y ofreciendo sus medios de prueba en forma independiente. Además, como vimos en la sección anterior, a partir de la reforma reglamentaria del 2000 las víctimas pueden acudir directamente a la CIDH para solicitar medidas cautelares. El ejercicio por las víctimas de esta nueva posición procesal ante la CIDH ha venido acompañada del recurso a medios electrónicos que favorecen su ejercicio⁸⁸.

V. CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD Y LA JUSTICIA Y DE LAS CORRESPONDIENTES OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS A SU SATISFACCIÓN

1. Derecho a la verdad

1.1. La normativa de la CIDDHH hace referencia a un derecho de las víctimas a la información, a saber pormenores de lo sucedido, pero no se

⁸⁷ Art. 1.23. RCIDH: “la expresión ‘partes en el caso’ significa la víctima o la presunta víctima, el Estado y, sólo procesalmente, la Comisión”.

⁸⁸ Art. 24 RCIDH: “1. La demanda, su contestación y los demás escritos dirigidos a la Corte podrán presentarse personalmente, vía courier, facsimilar, télex, correo o cualquier otro medio generalmente utilizado. En el caso del envío por medios electrónicos, deberán presentarse los documentos auténticos en el plazo de 15 días. 2. El Presidente puede, en consulta con la Comisión Permanente, rechazar cualquier escrito de las partes que considere manifiestamente improcedente, el cual ordenará devolver sin trámite alguno al interesado”.

refiere expresamente a un derecho a conocer la verdad⁸⁹. Es la CIDH la que ha interpretado que el derecho de las víctimas y sus familiares a la verdad “exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades”⁹⁰. El contenido del derecho a la verdad tal y como hoy lo conocemos se trata, por tanto, de una “creación jurisprudencial” de la CIDH, que implica conocer la realidad sobre ciertos de hechos, y guarda relación con los derechos a la justicia y a la reparación.

1.2. El derecho a la verdad tiene una vertiente individual (víctima directa)⁹¹, que guarda relación con el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos y las identidades de los responsables a través de la investigación y el juzgamiento (cfr. Arts. 8⁹² y 25 CIDDH⁹³). Además, la verdad en

⁸⁹ El derecho a la verdad surge de los artículos 32 y 33 del Protocolo Adicional I de 1977 a las Convenciones de Ginebra I-IV de 1949 y atañe a toda la comunidad que ha sufrido la comisión de crímenes aberrantes mediante violaciones masivas o sistemáticas contra los derechos humanos, llevadas a cabo por estructuras organizadas de poder. Según Mary Albon hay tres razones principales para establecer la verdad de lo ocurrido: 1) búsqueda de justicia para las víctimas, 2) facilitar la reconciliación nacional, 3) prevenir nuevas violaciones y abusos. Vide Daditos, Haile, “Accountability for crimes of the past and the challenges of criminal prosecution. The case of Ethiopia”, Centre for Advanced Legal Studies, K.U. Leuven University Press, 2000, p. 23. Al Estado incumbe la obligación de conservar la documentación (archivos, etc.) y cualquier prueba de la comisión de tales crímenes, no sólo para garantizar la no repetición de los mismos e individualizar a los autores, sino para que se conozca la verdad sobre los mismos.

⁹⁰ Vide Caso Valle Jaramillo y otros, cit., párr. 102.

⁹¹ El derecho a la verdad tiene un “carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación”. Vide *Bámaca vs. Guatemala*, párr. 197.

⁹² En la Opinión Consultiva OC 9/87 estableció la CIDH: “el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención”.

⁹³ Vide *Bámaca vs. Guatemala*, párr. 201; *Barrios Altos vs. Perú*, párr. 48; *Almonacid Arellano vs. Chile*, párrs. 105 y s. El derecho a la verdad es inseparable de un “derecho a la justicia de contenido más general y que implica obligaciones de parte del Estado”. Vide Méndez, Juan, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, Abregú/Courtis (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 519.

sí misma, su conocimiento, tiene un efecto de reparación para las víctimas que el Estado tiene la obligación de satisfacer⁹⁴.

1.3. El derecho a la verdad tiene también una vertiente colectiva (sociedad)⁹⁵. Así, en el caso de violaciones de los derechos humanos llevadas a cabo por el Estado organizado como aparato ilegal, el fenómeno conocido como “terrorismo de Estado”, el silencio institucional perpetúa la lesión del derecho de las víctimas directas y las potenciales (sociedad) en relación al conocimiento de la verdad⁹⁶.

1.4. En casos de “terrorismo de Estado” como, por ejemplo, los que acontecieron con las dictaduras latinoamericanas que actuaron dentro del Plan Cóndor (vgr. Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay) el Estado de Derecho puede recurrir a tres vías principales para el conocimiento de la verdad: a) una investigación judicial; b) una comisión de la Verdad; c) una investigación administrativa o parlamentaria⁹⁷. Estas múltiples vías han sido avaladas por la jurisprudencia de la CIDH que ha sostenido que la vía judicial no es la única posible para la averiguación de la verdad⁹⁸. Sin embargo, al mismo tiempo, la CIDH ha manifestado también que la vía no judicial difícilmente pueda sustituir sino complementar a la vía judicial (que constituye *per se* una obligación del Estado)⁹⁹. De esto puede deducirse que en opinión de la CIDH la obligación del Estado al

⁹⁴ Vide CIDDHH, caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 2911.2006, serie C, n° 162, párr. 222.

⁹⁵ Vide con mayor detalle Galain Palermo, Pablo/Bernal, Paola, Sudamérica, en Ambos/Malarino/Elsner (Eds.), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, 2008, p. 388, nota de pie 97.

⁹⁶ La desaparición forzada “acarrea una violación del derecho a la verdad, que asiste a los familiares de la víctima y a la sociedad en general...” Este derecho tendría “un carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación”. Vide Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez, Caso Bámaca vs. Guatemala, cit., párr. 17.

⁹⁷ Vide en profundidad sobre esta temática, Ambos/Malarino/Elsner (Eds.), *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, 2009.

⁹⁸ Vide por todos Casos Bámaca Velázquez, cit., párr. 201 y ss.; Barrios Altos, cit., párrs. 48 y ss.; Masacre de Maripán, cit., párr. 297.

⁹⁹ Vide CIDDHH, caso Masacre de la Rochela, párr. 195.

esclarecimiento de los hechos se fundamenta principalmente en la realización de procesos judiciales¹⁰⁰.

1.5. El derecho de las víctimas a conocer la verdad incluye el deber u obligación estatal de investigar y perseguir no sólo a los autores materiales de los crímenes o delitos, sino también a los autores intelectuales. Así, la CIDH sostiene que no basta con perseguir a los autores materiales (agentes públicos) cuando quedan impunes los autores intelectuales. Por el contrario, el Estado afectado “deberá adoptar todas las medidas judiciales y administrativas necesarias con el fin de reabrir la investigación por los hechos del presente caso y localizar, juzgar y sancionar al o los autores intelectuales de los mismos”¹⁰¹.

1.6. Según la CIDH, el derecho a la verdad impide el recurso a disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos¹⁰².

1.7. El problema es que en la jurisprudencia de la CIDH el derecho a conocer la verdad parece derivar del derecho a la justicia (penal), cuando el derecho a la verdad (o a recibir información fidedigna) es mucho más amplio que los objetivos del proceso penal, aún cuando se sostenga que por medio del proceso penal puede descubrirse la verdad material¹⁰³. Además, cuando se interpreta que el derecho a la verdad deriva del derecho a la justicia, la verdad queda supeditada a una acción privada de las víctimas (su reclamo de justicia), a los secretos de la justicia penal (inquisitiva) y a los impedimentos para su ejercicio (por ejemplo, leyes de Amnistía y de Caducidad)¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Vide Caso Almonacid Arellano, cit., párr. 150. Como ha sostenido: “La Corte ha también reconocido la necesidad de hacer justicia, mediante el enjuiciamiento (con las garantías del debido proceso legal) y la sanción de los responsables”. Vide Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, Serie C 80, 01.09.2001, Voto Concurrente Juez Cançado Trindade, párr. 24.

¹⁰¹ Vide Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, cit., párr. 231.

¹⁰² Vide Caso Las Palmeras vs. Colombia, párr. 69; Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 232 y ss.

¹⁰³ Ver Galain Palermo, Pablo, “Relaciones entre el ‘derecho a la verdad’ y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Ambos, Kai/Malarino, Ezequiel/Elsner, Gisela, (Eds.), *Sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Tomo II, Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, 2011, pp. 250 a 282.

¹⁰⁴ Ver Galain Palermo, Pablo/Garraud, Álvaro, “Truth Commissions and the Reconstruction of the Past in the Post-Dictatorial Southern Cone: Concerning the Limitations for Understanding Evil”, Ambos et al (Ed), *Eichmann in Jerusalem —50 Years After. An Interdisciplinary Approach*, Duncker&Humblot, Berlin, 2012, pp. 181 y ss.

2. Derecho a la justicia

2.1. El Art. 25.1 de la CADH refiere a la protección judicial¹⁰⁵, estableciendo que es necesario para brindar protección a las víctimas que los Estados ofrezcan a las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial no sólo formal, sino materialmente efectivo y rápido, pilar básico no solo de la CADH sino del Estado de Derecho¹⁰⁶. Por ello, el derecho de acceso a la justicia está estrechamente ligado al desarrollo de la actividad judicial a través del proceso en un plazo razonable¹⁰⁷.

2.2. La tramitación del proceso en un plazo razonable (cfr. Art. 8.1 CADH)¹⁰⁸ integra el derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales¹⁰⁹. Según la CIDH para la interpretación de esta exigencia y “determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso” es necesario considerar tres elementos: “a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales”¹¹⁰.

2.3. Cuando se trata del derecho a la justicia, la CIDH tiene honda preocupación en el cumplimiento del plazo razonable para la resolución de la actividad judicial a través del proceso en el ámbito nacional, principalmente cuando en el sistema legislativo no existe un plazo máximo para la duración de una investigación penal¹¹¹ o la prisión preventiva, o cuando el tiempo de detención preventiva excede el principio de proporcionalidad

¹⁰⁵ Art. 25: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

¹⁰⁶ Vide Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, Serie C-N. 103, 27.11.2003, párr. 117.

¹⁰⁷ Vide por todos Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Serie C-N. 99, 07.06.2003, párr. 121; Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, cit., párr. 126.

¹⁰⁸ Art. 8: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

¹⁰⁹ Vide Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, cit., párr. 129.

¹¹⁰ Vide Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Serie C-N. 111, 31.08.2004, párr. 141; Caso Tibi vs. Ecuador, cit., párr. 175.

¹¹¹ Vide por todos Caso Perozo y otros vs. Venezuela, cit., párr. 86.

o se aplica sin respetar su naturaleza cautelar como un adelanto de pena o como la única pena¹¹². Además, la CIDDHH también ha hecho hincapié en la reforma de los sistemas procesal penales como el de Uruguay que no cuenta con plazos razonables para el dictado de una sentencia de condena, o para el sometimiento “sin demora” de una persona detenida “ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” a los efectos de ser juzgada en un plazo razonable (cfr. Art. 7.5 CADH)¹¹³.

2.4. El ejercicio del derecho a la justicia tiene tanta importancia que la CIDH se ha opuesto a cualquier disposición constitucional o legal que impida la satisfacción efectiva del mismo. En ese sentido La CIDH ha sostenido también que: “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹¹⁴. La CIDH se ha expresado también en forma contraria a la prohibición de la irretroactividad de la ley menos benigna en perjuicio del reo. Asimismo, ha considerado violatorio del principio de juez natural y del debido proceso y del acceso a la justicia, el sobreesimiento de militares en un procedimiento llevado a cabo ante la jurisdicción militar cuando la competencia es de la justicia civil¹¹⁵.

¹¹² Vide Caso Tibi vs. Ecuador, cit., párr. 180.

¹¹³ Vide Report N° 35/06, Petition 1109-04, Admissibility, Jorge, José and Dante Peirano Basso.

Eastern Republic of Uruguay, March 14, 2006. Dice la CIDDHH: “Que el Estado uruguayo es responsable de la irrazonable prolongación de la prisión preventiva de Jorge, José y Dante Peirano Basso, y que en consecuencia, el Estado uruguayo es responsable de la violación del derecho a la libertad personal [artículo 7(2), 3, 5 y 6], de las garantías del debido proceso [artículo 8(1) y 2] y del compromiso de garantizar que la autoridad competente decida sobre los derechos [artículo 25(1) y 2], en conjunción con las obligaciones genéricas del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de esos derechos [artículo 1(1) 9] y de adoptar medidas legislativas y de otro género que den la necesaria eficacia a esos derechos a nivel nacional (artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Informe N° 35/07 Caso 12.553, Fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 01.05.2007, párr. 191.

¹¹⁴ Vide Caso Barrios Altos, cit., párr. 41; De los 19 Comerciantes, cit. párr. 262; y Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Serie C, 101, 25.11.2003, párr. 276.

¹¹⁵ Vide Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia, Serie C, 109, 05.07.2004, párr. 174.

2.5. Particular mención merece el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, donde la CIDH exige expresamente al Estado dejar sin efecto las disposiciones que impiden la persecución penal “puesto que la declaración de crimen de lesa humanidad en el caso en cuestión trae como consecuencia que el delito contra Almonacid Arellano adquiera naturaleza de imprescriptible y requiera de una nueva consideración, a pesar de la prohibición jurídica de la doble incriminación”¹¹⁶. De esta forma “los tribunales chilenos estarían obligados (o facultados) a reconsiderar aquellos casos de violaciones de derechos humanos archivados por motivo del mero transcurso del tiempo (prescripción), así como volver a calificar aquellos otros que con similares características y cometidos en el mismo contexto que el de Almonacid Arellano fueron originariamente tipificados como homicidios comunes. De la misma manera, deberían investigarse casos sobreesidos en aplicación del decreto ley 2191”, porque esta ley, según la CIDH, no produce efectos jurídicos¹¹⁷.

2.6. En el mismo sentido se puede considerar a la sentencia del Caso *Gelman vs. Uruguay*¹¹⁸ que entre otros obstáculos al castigo penal incluyó dos consultas populares en apoyo de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado que impedía a la justicia la investigación penal sin una autorización previa del Poder Ejecutivo¹¹⁹. Según la CIDH el ejercicio de soberanía directa que impide el castigo penal de los violadores de los derechos humanos acarrea responsabilidad internacional del estado¹²⁰.

¹¹⁶ Vide Galain Palermo, Pablo/Bernal, Paola, *Sudamérica*, cit., p. 377.

¹¹⁷ Vide *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit., párr. 145.

¹¹⁸ “En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”. Caso *Gelman vs. Uruguay*, párr. 254.

¹¹⁹ Caso *Gelman vs. Uruguay*, párr. 232 y ss.

¹²⁰ “El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia —recurso de referéndum— en 1989 y —plebiscito sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley— el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél”. Caso *Gelman vs. Uruguay*, párr. 238. Vide Rincón, Tatiana, “Democracia y derechos humanos: la sentencia de la Corte IDH en el Caso *Gelman Vs. Uruguay*”, en Galain Palermo, Pablo (Ed), *Justicia de Transición*, en vías de publicación.

2.7. A raíz de la implementación a nivel nacional de algunas de las sentencias dictadas por la CIDH en el marco de la defensa del derecho a la justicia de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, ciertos autores se han cuestionado la viabilidad de trasladar decisiones propias de la jurisprudencia relativa a la protección de los derechos humanos al derecho penal y procesal penal, sobre todo en materia de “cosa juzgada” y de *ne bis in idem*¹²¹.

VI. REPARACIONES EN EL ÁMBITO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

1. El derecho a la reparación aparece consagrado en el art. 63 (1) CADH, que establece: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Esta exigencia de reparación de las víctimas que surge del Art. 63.1 de la CADH¹²² generalmente, en cuanto a la determinación de la naturaleza o la cuantía de tales reparaciones la CIDH ha dejado que la CIDDHH y los Estados demandados lleguen a un acuerdo amistoso¹²³.

¹²¹ La CIDH ha reconocido, sin embargo, que para no violar el principio de *ne bis in idem* la “cosa juzgada” tiene que ser declarada “fraudulenta” o “aparente”, de modo que pueda declararse que se ha violado con el principio del debido proceso y de una resolución legítima. Vide Caso La Cantuta, cit., Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, § 13. El principio *ne bis in idem* esta contemplado en el Art. 8.4 CADH “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Al respecto la CIDH ha dicho: “Entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4 de la Convención se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio”. Vide Caso Lori Berenson vs. Perú, Serie C 119, 25.11.2004, párr. 202. Vide Malarino, Ezequiel, Breves Reflexiones sobre la justicia de transición a partir de la experiencia latinoamericana, en Ambos/Malarino/Elsner (Eds.), *Justicia de transición*, cit., p. 419 nota de pie 8, Comentando las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Sentencias Arancibia Clavel de 24.08.2004, Simón de 14.06.2005 y Mazzeo de 13.07.2007.

¹²² La obligación de reparar a las víctimas también está establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (cfr. Arts. 6, 8 y 9).

¹²³ En el primer caso ante la CIDH (caso Velásquez Rodríguez), la CIDH instó al Estado de Honduras y a la CIDDHH a negociar el monto de la reparación (no a los

2. La jurisprudencia de la CIDH ha adoptado repetidamente el concepto de reparación integral, que permite a la CIDH un amplio margen de discreción para determinar las medidas de reparación, atendiendo a la naturaleza y las consecuencias de la violación de los derechos de las víctimas¹²⁴. El primer componente del mismo lo constituye la restitución en los derechos y libertades conculcados por la violación. De ahí que la reparación pueda consistir en (a) la libertad inmediata, definitiva, sin restricciones e inapelable de la víctima¹²⁵, (b) la no ejecución de una multa¹²⁶, (c) la anulación de antecedentes penales¹²⁷, (d) el levantamiento del mecanismo interno de la “censura previa” (en casos de violación del derecho a la libertad de expresión)¹²⁸, o (e) el reintegro de las víctimas a sus antiguos puesto de trabajo, cargo o similar¹²⁹.

abogados de las víctimas, asesores ad hoc de la CIDDHH). En este caso, se produjo el voto disidente del Juez Piza Escalante que propuso limitar la negociación entre el Estado y la CIDDHH a un plazo de seis meses a partir de la sentencia, y sostuvo que la condición de parte en esta negociación no correspondería a la CIDDHH sino a los causahabientes de la víctima. Con posterioridad en otros casos, como en el caso Godínez Cruz contra Honduras, la CIDH fijó directamente plazos para que cada parte estableciera su posición sobre el monto de la reparación y citó a una audiencia (en la que los abogados de las víctimas pudieron argumentar independientemente de los argumentos de la CIDDHH). En cuanto al trámite procesal, el Art. 33 RCIDH, en aras del principio de economía procesal, permite que en el escrito de demanda se incluya aquello que se solicita en concepto de reparación y costas. De esta forma, si la CIDH lo considera oportuno, pueda fallar sobre el fondo del asunto sin necesidad de abrir la etapa de reparaciones. Es decir, en una sola sentencia la CIDH puede resolver todas las cuestiones que se ventilan en su jurisdicción. En caso de allanamiento del Estado demandado “la Corte procederá a determinar, cuando fuere el caso, las reparaciones y costas correspondientes” (cfr. 52.2 CIDH).

¹²⁴ Vide caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 64, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 607.

¹²⁵ Vide Loayza Tamayo vs. Perú, párr. 109.

¹²⁶ Vide Suárez Rosero vs. Ecuador, párr. 76, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 379.

¹²⁷ Ibidem, párrs. 121 y s.

¹²⁸ Vide caso La Última tentación de Cristo vs. Chile, párr. 96, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 731.

¹²⁹ El Estado tiene un determinado plazo para garantizar el goce de los derechos o libertades conculcados haciendo efectiva la ejecución de sentencias de amparo que no fueron cumplidas y retornando a los trabajadores en sus cargos o en puestos similares. Si esto no fuera posible el Estado debe brindar condiciones de empleo similares a las que tenían al momento del despido (salarios, condiciones y remuneraciones). Además el Estado debe pagar una indemnización por despido injustificado. Vide Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 07.02.2006. Informe Anual, 2006, pp. 17 y s.

3. El concepto de reparación integral incluye también la indemnización por los danos sufridos, a la que se refiere el art. 63 (1) CADH con la expresión “justa indemnización”. Esta expresión se limita a la compensación del daño y no extiende a una sanción (indemnización ejemplarizante o disuasiva)¹³⁰. En este sentido, hay que subrayar que La CIDH no reconoce en su jurisprudencia el concepto de “*punitive damages*” tan utilizado en los sistemas de *Common Law* en el entendido de que el artículo 63.1 de la CADH es de naturaleza compensatoria y no afflictiva¹³¹.

4. En sus primeras sentencias, la CIDH se apegó a criterios del derecho civil¹³² para determinar la naturaleza y el monto de las indemnizacio-

¹³⁰ Vide por todos Garrido y Baigorria vs. Argentina, párr. 41 y 44. Es de otra opinión Cançado Trindade en los votos razonados de varias sentencias. Vide Galain Palermo, Pablo/Bernal, Paola, Sudamérica, cit., p. 388, nota de pie 93.

¹³¹ Además, la teoría de los *daños punitivos* riñe con la teoría del enriquecimiento injusto de la víctima, todavía dominante en los países del “*continental law*”. Vide Galain Palermo, Pablo/Bernal, Paola, Sudamérica, en Ambos/Malarino/Elsner, *Jurisprudencia Latinoamericana*, cit., pp. 387 y s. De opinión contraria Cançado Trindade, votos razonados en los casos Blanco Romero y otros vs. Venezuela, Sentencia 2811.2005, Serie C 138; Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia del 2511.2003, serie C 101; Masacre de Plan de Sánchez, Sentencia de reparaciones del 19.11.2004, serie C 105. En su opinión, “los términos del artículo 63(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos efectivamente abren a la Corte Interamericana un horizonte bastante amplio en materia de reparaciones [...] reparaciones con propósitos ejemplarizantes o disuasivos (correspondientes a una responsabilidad agravada) pueden coadyuvar tanto en la lucha contra la impunidad como en la garantía de no-repetición de los hechos lesivos”. Cf. Blanco Romero y otros vs. Venezuela, § 7 (voto razonado).

¹³² En constantes votos razonados de los jueces de la CIDH se hace hincapié en distanciar los conceptos de la reparación por violaciones de los derechos humanos de los conceptos civiles en materia de indemnización. En ese sentido, en el ámbito del daño material antes que referirse al concepto de “pérdida de ingresos” se prefiere el concepto de “proyecto de vida”, por ejemplo, cuando se trata de la ejecución de niños o de menores de edad. “El daño al proyecto de vida involucra tanto aspectos materiales como inmateriales... comprende así no sólo una reparación indemnizatoria por la privación arbitraria de la vida, sino por la afectación y truncamiento al libre desarrollo de la personalidad, la interrupción de las acciones que pudieron realizar ambos niños en lo laboral (pérdida de ingresos) sino también en aspectos espirituales, la realización personal y familiar, la consecución de planes y metas... El reconocimiento de un daño al proyecto de vida, resulta así más integral y consistente desde una perspectiva de protección de derechos humanos, apartándose de corrientes esencialmente patrimonialistas”. Vide Voto Razonado Juez ad hoc Eguiguren, Caso de los Hermanos Gomes Paquiyauri, párr. 3, en Landa, César, *Jurisprudencia de la Corte*, cit., p. 1147. El concepto del “proyecto de vida” en relación a los menores de edad es una obligación del Estado que incluye “la obligación de, inter alia, proveerlos de salud y educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”. Vide Caso “Instituto de reeducación del Menor” vs. Paraguay, cit., párr. 161.

nes¹³³, y fue a partir de los casos Neira Alegría y El Amparo que varió el criterio para utilizar la distinción entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales¹³⁴. Así dentro del concepto amplio de daño manejado por la CIDH se incluye:

- El daño material, referido a “la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima y los gastos efectuados por sus familiares con motivo de los hechos, y fijará una indemnización que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones cometidas”¹³⁵.
- El reembolso de costas por el hecho de litigar en el ámbito internacional para la defensa de los derechos humanos¹³⁶.
- El daño moral infligido a víctimas de padecimientos físicos o psicológicos¹³⁷, que, en ciertos casos de violación de derechos que importan

¹³³ A partir del primer caso contencioso, Velázquez Rodríguez vs. Honduras, la reparación consistió en el cálculo del daño emergente y del lucro cesante (daño material) y la comprobación del sufrimiento y las consecuencias psíquicas (daño moral, en las primeras sentencias, o daño inmaterial, como se refiere la CIDH en las sentencias más actuales). El daño material “supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”. Vide caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, párr. 162. Esto significa que pueden ser beneficiarios de las reparaciones todos aquellos que hayan sufrido daños consecuencia de los hechos, sin que tengan que ser necesariamente familiares de la víctima directa (por ejemplo, amigos íntimos, etc.). Para la comprobación del daño inmaterial cuando se trata de muertes violentas, torturas, desapariciones forzadas de personas, no hace falta ninguna prueba para la comprobación del sufrimiento de los familiares de la víctima. Vide Caso Myrna Mac Chang vs. Guatemala, párr. 264.

¹³⁴ Vide Kawabata, Alejandro, “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Abregú/Courtis (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 367.

¹³⁵ Vide Caso Tibi vs. Ecuador, cit., párr. 234.

¹³⁶ Vide por todos Cantos vs. Argentina, párr. 72 y ss., 77.5, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 808. Para el cálculo de costas y gastos la CIDH recurre al criterio de la equidad tomando en cuenta los gastos realizados por las partes, pero, siempre que estos sean razonables. Vide Caso Cantos vs. Argentina, Serie C 85, 07.09.2001, párr. 72. La razonabilidad de la CIDH es criticada en cuanto a la determinación de las costas que “al final del proceso no permite la recuperación de los gastos en que efectivamente se incurren en la litigación ante ésta en los casos en que de una manera u otra la víctima logra llegar al final del proceso. Los montos conferidos por la Corte por concepto de costas son mínimos e irrealistas no cubriendo ni el 50 por ciento de los gastos comprobadamente incurridos”. Vide Feria Tinta, Mónica, “La víctima ante la Corte Interamericana”, cit., p. 191.

¹³⁷ Vide Casos Aloeboetoe y otros, cit. párr. 52, El Amparo vs. Venezuela, cit. párr. 36

a toda la comunidad internacional y se recogen en normas de *ius cogens*, como la desaparición forzosa, no necesita ser probado¹³⁸.

- El denominado “daño al proyecto de vida”, que “se trata de una noción distinta del ‘daño emergente’ y el ‘lucro cesante’¹³⁹, y que atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”¹⁴⁰.

5. Además, de la restitución y la indemnización, el concepto de reparación integral adoptado por la CIDH tiene la potencialidad de reparar no solo la situación de la víctima directa (individual o colectiva) sino también la situación estructural o sistémica para que todo el ordenamiento se adecue al estándar básico de protección de los derechos humanos contenido en la CADH¹⁴¹. Esto lo ha llevado a cabo la CIDH mediante la condena a los Estados infractores a llevar a cabo conjunta o indistintamente obligacio-

¹³⁸ En jurisprudencia constante de la CIDH se sostiene que “resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a desaparición forzada experimente un profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad, por lo que este daño no requiere pruebas”. Vide por todos Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas de 27.11.2008, párr. 133. El daño inmaterial abarca también el dolor causado por presentar a las víctimas como “terroristas” o delincuentes abatidos en un enfrentamiento armado, como estrategia estatal para cubrir o brindar impunidad a sus funcionarios policiales o agentes públicos. Vide Caso de los Hermanos Gomes Paquiyauri vs. Perú, Serie C-N. 10, 08.07.2004, 216.

¹³⁹ No se corresponde ni con la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos (como sucede en el “daño emergente”), ni con la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos (como ocurre con el “lucro cesante”).

¹⁴⁰ Vide Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Serie C 33, Sentencia 17.09.1997, párr. 147. Véase que este concepto de daño se asocia a un proyecto de realización personal y al libre ejercicio de los derechos inherentes al ser humano. En particular la desaparición forzada de personas es un crimen que lesiona directamente estos derechos, con mayor gravedad en cuanto que es el Estado quien provoca o tolera esta pérdida o menoscabo de las oportunidades de desarrollo o desenvolvimiento personal, cuando el ejercicio monopólico del poder público le obliga como contrapartida el aseguramiento del ejercicio individual de los derechos e intereses legítimos. Vide Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Serie C 33, Sentencia 17.09.1997, párr. 150.

¹⁴¹ Según la CIDH, esto es posible debido al compromiso asumido por los Estados parte de la CADH que implica que ellos tienen que evitar emprender acciones para que puedan violar los derechos humanos (obligaciones de no hacer) y acciones para protegerlos (obligaciones de hacer).

nes de “no hacer” y obligaciones de “hacer”¹⁴². Así, en varios casos la reparación consistió en exigir el cumplimiento de la obligación estatal de investigar y sancionar, esto es, el inicio o la continuación de los procedimientos judiciales para la averiguación de la situación de los desaparecidos¹⁴³ y la sanción correspondiente a los responsables¹⁴⁴. En alguna oportunidad la CIDH otorgó a una Fundación con el nombre de la víctima dinero para solventar los gastos judiciales de los procesos para llevar adelante procesos penales para la sanción de los responsables¹⁴⁵. En otros, se exigió a los Estados adoptar medidas legislativas¹⁴⁶ (por ejemplo, crear el tipo penal de los delitos de desaparición forzada o de tortura, etc.) o adecuar la normativa interna a la normativa de la CIDDHH¹⁴⁷.

6. Finalmente, dentro del concepto de reparación integral, la CIDH incluye también la propia emisión de la sentencia en cuanto que la determinación de lo ocurrido y la reprobación por la CIDH de la violación sufrida es considerada como una forma de reparación para víctima y sus

¹⁴² Como ejemplo de obligaciones de hacer se puede condenar a los Estados a modificar su sistema jurídico interno para garantizar el goce de los derechos humanos (cfe. Arts. 1.1, 2 CIDDHH), o para garantizar a las víctimas el acceso a medios impugnativos idóneos para su reparación. Vide CIDH, Opinión Consultiva OC-9/87 de 06.10.1987, numeral 24. Estas obligaciones también comprenden a la investigación de los hechos, la *restitutio in integrum* cuando ello sea posible, la identificación y la sanción de los autores. Vide por todos, Caso Godínez Cruz y otros vs. Honduras, párr. 175.

¹⁴³ La investigación tiene que conducir a encontrar los restos de los desaparecidos, considerando “la entrega de los restos mortales” como un acto de reparación. Vide por todos caso El caracazo (Aguilera La Rosa y otros) vs. Venezuela, párr. 123.

¹⁴⁴ Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, párr. 69; El Amparo vs. Venezuela, párr. 61; “Paniel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, párr. 198; Castillo Páez vs. Perú, párr. 90; Blake vs. Guatemala, párr. 121; El caracazo (Aguilera La Rosa y otros) vs. Venezuela, párr. 119; Bámaca vs. Guatemala, párr. 73 y ss., De los 19 Comerciantes vs. Colombia, párr. 251; Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, párr. 184, vide *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., pp. 145, 164, 221, 241, 313, 574, 713, 840, 907.

¹⁴⁵ Vide caso Myrna Mac Chang vs. Guatemala, párr. 292.

¹⁴⁶ Vide por todos caso “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, párr. 98.

¹⁴⁷ Vide caso Bulacio vs. Argentina, párr. 139 y ss. En reciente resolución de la CIDDHH se ha obligado al Estado uruguayo a reformar su procedimiento penal que no contempla la exigencia del Art. 8 en relación al “derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas”, que puede interpretarse como una exigencia de juzgar a los individuos en un plazo razonable. Vide caso 12.553 CIDDHH Peirano vs. Uruguay, cit. Sobre la exigencia de resolver un caso en un tiempo razonable, vide Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N°. 179, párr. 59.

familiares de las víctimas¹⁴⁸ que se encuentra estrechamente vinculada con el derecho a conocer la verdad en una dimensión social¹⁴⁹. Asimismo, la CIDH incluye también en su concepto de reparación integral, la adopción por el Estado afectado de medidas de carácter simbólico a través de las cuales se reconozca la comisión de la violación y se ofrezcan garantías de no repetición a la víctimas. En este sentido, la CIDH ha exigido que el Estado afectado reconozca públicamente su responsabilidad¹⁵⁰, se disculpe públicamente con los familiares de las víctimas¹⁵¹ y con la sociedad¹⁵², financie al colegio que lleva el nombre de la víctima¹⁵³, erija un monumento recordatorio¹⁵⁴, ponga el nombre de la víctima a una calle¹⁵⁵, o cree una beca para defensores de los derechos humanos¹⁵⁶. Se ha llegado a exigir como reparación dentro de la garantía de no repetición de los hechos¹⁵⁷, la prohibición de utilizar la jurisdicción militar para casos relacionados con agentes estatales¹⁵⁸ y la capacitación de los funcionarios estatales para la protección de los derechos humanos¹⁵⁹.

7. Las medidas de reparación generalmente son solicitadas por víctimas individuales y en mucho menor número por víctimas colectivas (grupos

¹⁴⁸ Vide Velázquez Rodríguez vs. Honduras, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 65; caso Neyra Alegría y otros vs. Perú, párr. 56.

¹⁴⁹ Quinteros Almeida vs. Uruguay, comunicación n° 107/1981, 2003, relacionado con la desaparición forzada de personas y la negativa a brindar información subsiguiente acerca de su paradero. Vide Galain/Bernal, Sudamérica, cit., p. 388.

¹⁵⁰ Vide Castillo Páez vs. Perú, párr. 96 y ss.

¹⁵¹ Vide De los 19 Comerciantes vs. Colombia, párr. 274.

¹⁵² Vide Bámaca vs. Guatemala, párr. 84, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 716.

¹⁵³ Ibidem, p. 153.

¹⁵⁴ Vide De los 19 Comerciantes vs. Colombia, párr. 273.

¹⁵⁵ Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 12 de agosto de 2008, párr. 250 y ss.

¹⁵⁶ Vide Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, párr. 230.

¹⁵⁷ Vide Cantoral Benavides vs. Perú, párr. 79. Incluso ha sostenido la CIDH que esta garantía es más importante que cualquier otro tipo de compensación a las víctimas. Vide caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, párr. 93.

¹⁵⁸ Con esta prohibición la CIDH ha defendido el principio de juez natural y del debido proceso. Vide Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 26.11.2008, párr. 118 y ss.; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30.05.1999. Serie C N°. 52, párr. 128; Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22.11.2005. Serie C N°. 135, párr. 143; y Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 131.

¹⁵⁹ Vide El caracazo (Aguilera La Rosa y otros) vs. Venezuela, párr. 127, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 576.

o comunidades)¹⁶⁰. Estas reparaciones han consistido en compensaciones o pensiones a las víctimas directas o a sus familiares. La reparación de la víctima individual, sin embargo, no ha impedido que se produzcan reparaciones colectivas (construcciones de memoriales, parques, clínicas comunales, escuelas, fundaciones, solicitud de perdón, reconocimiento público de los hechos, etc.)¹⁶¹.

VII. PRIMER ACERCAMIENTO A LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CPI

1. Como señalamos en la introducción al presente trabajo, el tratamiento de la víctima en el ER constituye, sin duda, uno de sus avances más significativos¹⁶².

¹⁶⁰ Vide Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, en el que se petitionó en ocasión de la violación de los derechos de un grupo compuesto por cientos de trabajadores privados de sus puestos de trabajo; Caso de la Comunidad de Moiwana vs. Suriname.

¹⁶¹ Vide Lean Sharon, "Is Truth Enough?", cit., pp. 177 y ss. En algunos casos relacionados con poblaciones nativas, se ha presentado la posibilidad de reclamación de víctimas colectivas (grupos o comunidades), en los que la CIDH ha exigido como reparación la entrega física de las tierras ancestrales, la clara delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, la implementación de un fondo de desarrollo comunitario y el pago de una indemnización por concepto de daño inmaterial y costas y gastos. Vide caso Comunidad Mayagna vs. Nicaragua, párr. 164, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 640. La CIDH ha determinado reparaciones a ser llevadas a cabo sin un tiempo determinado, por ejemplo, durante el tiempo en que una comunidad indígena se encuentre sin sus tierras ancestrales, el Estado debe suministrarle los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia (entre ellos, crear accesos para que puedan contactarse con centros de salud). Vide Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. El día 29.03.2006. Vide Informe Anual, 2006, p. 21.

¹⁶² Vide a este respecto Fernández de Gurmendi, Sylvia, *Definition of Victims and General Principles*, en *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, Lee, R.S. (ed.), pp. 427 y ss.; Brady, Helen, *Protective and Special Measures for Victims and Witnesses*, en *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (ed.), 2001, pp. 434 y ss.; Bitti, Gilbert/Friman, Hakan, *Participation of Victims in the Proceedings*, en *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Ed.) 2001, pp. 459 y ss.; Jones, R.W.D, *Protection of Victims and Witnesses*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (eds.), 2002, Vol. II, pp. 1357 y ss.; Jorda, Claude/ De Hemptinne, Jerome, *The Status and Role of the Victim*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (eds.), 2002, Vol. II, pp. 1390 y ss.; Donat-Cattin, David, *Article 68. Protection of Victims and Witnesses and*

2. A pesar de su asistematicidad, numerosas disposiciones contenidas en el ER, en las RPP y en el RegC regulan en detalle el contenido y ejercicio de los derechos de las víctimas a acceder a la CPI, a participar en las distintas fases de su procedimiento y a obtener una reparación¹⁶³.

3. En particular, el art. 15(3) ER y las reglas 50, 92(3), 93, 107 y 109 RPP regulan la intervención de las víctimas en el proceso de activación de la jurisdicción latente de la Corte (también conocido como de apertura de la investigación) sobre una determinada situación de crisis, definida mediante parámetros territoriales, temporales y personales [por ejemplo, la situación de crisis en el territorio de la República Democrática del Congo (“RDC”) desde el 1 de julio de 2002]¹⁶⁴.

4. En relación con las actuaciones que siguen a la finalización del proceso de activación (o de apertura de la investigación) y que preceden a la apertura del proceso penal o caso propiamente dicho¹⁶⁵ —conocidas como

their Participation in the Proceedings, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, Otto (ed.), 1999, pp. 869 y ss., y Stahn, Karsten/Olásulo, H./Gibson, Kate, *Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, Vol. 4, Num. 2, pp. 218-239, p. 219.

¹⁶³ Vide los Arts. 15(3), 19(3), 68(3) y 75(3) ER, las reglas 50, 59, 89 a 93, 94 a 99, 103, 107 y 109 RPP y las normas 86 y 88 RegC. Vide también lo señalado por Bitti, Gilbert/Friman, Hakan, *Participation of Victims in the Proceedings*, en *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Ed.) 2001, pp. 456 y 474.

¹⁶⁴ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17.01.2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párr. 65; Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc. Núm. ICC-02/04-101, párr. 9. Vide también, Olásulo, Héctor, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Brill Publishers, 2005, pp. 39-47.

¹⁶⁵ Por ejemplo la regla 92(2) RPP prevé que, a los efectos de facilitar la personación de las víctimas en las actuaciones en la manera prevista en la regla 89 RPP, la decisión de la Fiscalía de cerrar la investigación de una situación sin proceder a enjuiciamiento alguno conforme al Art. 53(2) ER, deberá ser notificada a quienes hayan participado en las actuaciones en calidad de víctimas (o a sus representantes legales) y, en la medida de lo posible, a quienes se hayan puesto en contacto con la Corte alegando ser víctimas en relación con la situación de que se trate. Vide a este respecto, Bitti, Gilbert/Friman, Hakan, *Participation of Victims in the Proceedings*, en *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Ed.) 2001, p. 470.

fase de investigación de una situación¹⁶⁶— la Sala de Apelaciones (“SA”), en sus decisiones de 19 de diciembre de 2008 y de 2 de febrero de 2009, ha señalado que se tratan éstas de actuaciones llevadas a cabo por la Fiscalía con carácter previo al inicio del proceso penal propiamente dicho. Por lo tanto, según la SA, la participación de las víctimas, conforme al artículo 68 (3) del ER y a las reglas 91 a 93 de las RPP, en dichas actuaciones sólo sería posible en el marco de aquellas actividades puntuales que con carácter excepcional se llevan a cabo ante la SCP¹⁶⁷.

5. El artículo 68 (3) ER, y las reglas 91 a 93 RPP, regulan la intervención de las víctimas en el proceso penal ante la CPI¹⁶⁸ —cuyo objeto son casos (en lugar de situaciones) definidos por incidentes específicos y sospechosos identificados, y que se inician mediante la emisión de una orden de

¹⁶⁶ Estas actuaciones pueden ser en cierta medida equiparadas con las diligencias preliminares que desarrolla la Fiscalía española en el procedimiento abreviado conforme al art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Vide Olásolo, Héctor, *La Posición Procesal de las Víctimas en el Proceso de Activación ante la Corte Penal Internacional*, en *La Ley*, octubre 2005.

¹⁶⁷ Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007, dictada por la SA el 19.12.2008, ICC-01/04-556 OA4, OA5, OA6, párrs. 45-59; y Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 3 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 6 December 2007, dictada por la SA el 02.02.2009, ICC-01/05-177 OA OA2 OA3, párr. 7. Estas dos decisiones de la SA son, sin duda, más restrictivas que las decisiones adoptadas con anterioridad por las SCP I y la SCP II. Vide en particular Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17.01.2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafo 54; y Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10 de agosto de 2007, Doc. Núm. ICC-01/02-101, párrs. 88 a 104.

¹⁶⁸ En este sentido resultan significativos los comentarios al señalar que como resultado del temor de una buena parte de los negociadores a que el elevado número de víctimas hiciera impracticable la intervención de las mismas en las actuaciones, se dejó en manos de la Sala competente la definición de su posición procesal en el proceso penal ante la Corte. Vide Bitti, Gilbert/Friman, Hakan, *Participation of Victims in the Proceedings*, en *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Ed.) 2001, p. 457. En el mismo sentido, Donat-Cattin, David, *Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, Otto (ed.), 1999, pp. 880-882.

arresto o de comparecencia conforme al art. 58 ER¹⁶⁹— por ejemplo, el caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui por su presunta responsabilidad penal por los delitos cometidos por los miembros de las milicias bajo su mando durante el ataque a la localidad de Bogoro (Ituri, RDC) el 24 de febrero de 2009. Es importante distinguir a estos efectos entre: (i) la intervención de las víctimas durante las actuaciones relativas a la preparación y desarrollo de la audiencia de confirmación de cargos que tienen lugar ante la SCP; y (ii) la intervención de las víctimas en las actuaciones relativas a la preparación y desarrollo del juicio oral que tienen lugar ante la SPI¹⁷⁰.

6. Finalmente, la intervención de las víctimas en las actuaciones de reparación ante la CPI se regula en el art. 75 (3) ER, las reglas 94 a 99 RPP y la norma 88 RegC¹⁷¹. Sin embargo, conviene subrayar que en el primer caso que ha llegado a la fase de reparaciones ante la CPI, la SPI I, en su decisión de 7 de agosto de 2012, ha establecido un sistema por el que corresponde al Fondo Fiduciario para las Víctimas determinar las medidas concretas de reparación y proceder a su ejecución, limitándose la actuación de la SPI a la supervisión de la actividad del Fondo Fiduciario y a la resolución de las controversias surgidas ante el mismo¹⁷².

VIII. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH EN LA INTERPRETACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE VÍCTIMA CONTENIDA EN LA REGLA 85 DE LAS RPP

1. El ER no ofrece ninguna definición del concepto de víctima. La misma se contiene únicamente en la regla 85 de las RPP, que dispone lo si-

¹⁶⁹ Vide Olásulo, Héctor, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 108.

¹⁷⁰ Vide a este respecto, Olásulo, Héctor/Kiss, Alejandro, “El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas” en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Criminet), núm. 12-13, pp. 13:1-13:37; Reimpreso en Olásulo, Héctor., *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch/Instituto Ibero-Americano de la Haya (IIH), Valencia, 2011, pp. 267 y ss.

¹⁷¹ Vide Lewis, Peter/Friman, Hakan, *Reparations to Victims*, en *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Ed.) 2001, pp. 474-492, p. 474.

¹⁷² Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904 07-08-2012, párrs. 260-262 y 281-288.

guiente: “Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas: a) Por ‘víctimas’ se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”.

2. El contenido de esta definición ha sido interpretado por las tres Salas de Cuestiones Preliminares, la SPI I y la SA. En la jurisprudencia de las distintas Salas se pueden apreciar hasta el momento varios elementos comunes. En primer lugar, la consideración de la expresión “personas naturales” como personas humanas (en contraposición a personas jurídicas)¹⁷³. En segundo lugar, la interpretación literal adoptada por las distintas Salas en relación con la expresión “organizaciones o instituciones”¹⁷⁴. En tercer

¹⁷³ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17.01.2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párr. 80. Vide también Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10.08.2007, Doc. Núm. ICC-02/04-101, párr. 105; y Decision on Victim’s Applications, dictada por la SPI en el caso The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo el 18.01.2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párr. 87. A este respecto, es importante señalar que la SCP I ha afirmado recientemente que no cabe otorgar el estatuto procesal de víctima a quienes hayan fallecido, y que dicho estatuto deberá ser, en su caso atribuido a quienes se hayan visto perjudicados por su fallecimiento. Vide Décision sur les demandes de participation à la procédure déposées dans le cadre de l’enquête en République démocratique du Congo par a/0004/06 à a/0009/06, a/0016/06 à a/0063/06, a/0071/06 à a/0080/06 et a/0105/06 à a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 à a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 à a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 à a/0230/06, a/0234/06 à a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 à a/0233/06, a/0237/06 à a/0239/06 et a/0241/06 à a/0250/06, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 24.12.2007, Doc. Núm. ICC-01/04-423, párr. 24.

¹⁷⁴ Vide Décision sur les demandes de participation à la procédure déposées dans le cadre de l’enquête en République démocratique du Congo par a/0004/06 à a/0009/06, a/0016/06 à a/0063/06, a/0071/06 à a/0080/06 et a/0105/06 à a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 à a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 à a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 à a/0230/06, a/0234/06 à a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 à a/0233/06, a/0237/06 à a/0239/06 et a/0241/06 à a/0250/06, Doc. Núm. ICC-01/04-423, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 24.12.2007, párrs. 137 y ss. Vide también, Decision on Victim’s Applications, dictada por la SPI en el caso The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo el 18.01.2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párr. 87.

lugar, la inclusión de las pérdidas económicas y del daño psicológico, además del daño físico, en el concepto de daño previsto en la regla 85 RPP. Finalmente, la jurisprudencia de la CPI ha requerido también de manera constante la necesidad de un vínculo de causalidad entre el daño alegado y la existencia de un delito que se encuentre incluido dentro de los ámbitos personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción de la CPI¹⁷⁵.

3. La jurisprudencia de la CIDH ha jugado un papel ciertamente importante en la elaboración de estos elementos comunes, particularmente en lo que se refiere a la adopción de un concepto amplio de “daño”, que, además del daño material, incluye también el daño moral. Así lo demuestra las reiteradas menciones en varias de las decisiones de la SCP I¹⁷⁶ y de la SPI I¹⁷⁷ a las sentencias dictadas por la CIDH en los casos *El Amparo vs. Venezuela*¹⁷⁸, *Aloeboetoe et al. vs. Suriname*¹⁷⁹, y *Neira Alegría y otros vs. Perú*¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17.01.2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafos 115-117, párr. 94; Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10.08.2007, Doc Num. ICC-02/04-101, párr. 12; y Decision on Victim’s Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* el 18.01.2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párr. 92.

¹⁷⁶ Vide Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en la RDC el 17.01.2006, Doc. Núm. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrs. 115-117.

¹⁷⁷ Decision on Victim’s Applications, dictada por la SPI en el caso *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* el 18.01.2008, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1119, párr. 92.

¹⁷⁸ Vide caso *El Amparo vs. Venezuela*, CIDH, “Sentencia/Reparaciones [Art. 63 (1)]”, 14.109.996, Serie C N°. 28, párrs. 28 a 63. Esta sentencia ha tenido particular importancia en relación con el alcance de la inclusión de las pérdidas económicas dentro del concepto de daño recogido en la definición de víctima recogida en la regla 85 de las RPP. La SCP I y la SPI I también se han referido también a la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Ayder and Others vs. Turkey*, “Sentencia”, 8 January 2004, Aplicación N°. 23656/94, párrs. 141 y ss.

¹⁷⁹ Vide caso *Aloeboetoe et al. vs. Suriname*, CIDH, “Sentencia/Reparaciones [Art. 63(1)]”, 10.09.1993, Serie C N°. 15, párr. 52. Esta sentencia ha tenido particular importancia en relación con la inclusión del daño psicológico dentro del concepto de daño recogido en la definición de víctima prevista en la regla 85 RPP.

¹⁸⁰ Vide caso *Neira Alegría et al. vs. Perú*, CIDH, “Sentencia/Reparaciones [Art. 63(1)]”, 19.09.1996, Serie C N°. 29, párrafo. 57. Esta sentencia de la CIDH, al igual que la dictada en el caso *Aloeboetoe et al. vs. Suriname*, ha tenido particular importancia en relación con la inclusión del daño psicológico dentro del concepto de daño recogido en la definición de víctima prevista en la regla 85 RPP. La SCP I y la SPI I también se han referido también a las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en los

4. Existen asimismo ciertos aspectos de la definición del concepto de víctima previsto en la regla 85 de las RPP que han sido objeto de diversas interpretaciones por las distintas Salas de la CPI, destacando en particular las cuestiones relativas a la necesaria vinculación del daño a los delitos específicos que forman parte del caso¹⁸¹, y a la extensión del mismo al llamado daño indirecto¹⁸².

casos: Aksoy vs. Turkey, 18.12.1996, Aplicación N°. 21987/93, párrafo 113; y Selmouni vs. France, 28.07.1999, Aplicación N°. 25803/94, párrafo 123.

¹⁸¹ La SA ha resuelto esta cuestión en su decisión de 11 de julio de 2008, ha subrayado que víctimas de un caso son únicamente aquellas que demuestren *prima facie* haber sufrido un daño derivado de alguno de los delitos que formen específicamente parte del caso de que se trate. Vide Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, dictada por la SA el 11.07.2008, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, párrs. 53-65. Vide también sobre esta cuestión Olásolo, Héctor/Kiss, Alejandro, "El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas" en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Criminet), núm. 12-13, pp. 13:1-13:37; Reimpreso en Olásolo, Héctor, *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch/Instituto Ibero-Americano de la Haya (IIH), Valencia, 2011, pp. 267 y ss.

¹⁸² Un segundo elemento del concepto de víctima que ha generado controversia entre las distintas Salas de la CPI es el relativo a si el "daño indirecto" sufrido por las personas físicas puede incluirse dentro del concepto de daño previsto en la regla 85 de las RPP. En su decisión de 11 de julio de 2008, la SA decidió esta cuestión afirmando que, si bien el daño sufrido debe encontrarse vinculado con los delitos que formen parte del caso de que se trate, dicho daño no tiene porqué derivarse directamente de tales delitos, en cuanto que el requisito del daño directo sólo es aplicable para las personas jurídicas conforme al apartado (b) de la regla 85 de las RPP. Vide Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, dictada por la SA el 11 de julio de 2008, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, párrs. 29-39. Posteriormente, en su decisión de 8 de abril de 2009, la SPI I ha realizado una interpretación restrictiva de la decisión de la Sala de Apelaciones de 11 de julio de 2008, conforme a la cual en un caso como el seguido contra Thomas Lubanga Dyilo, la condición de víctima podría ser, en principio, reconocida: (i) aquellos niños menores de quince años que fueron efectivamente alistados, reclutados y/o utilizados para participar activamente en las hostilidades; (ii) sus familiares más cercanos; y (iii) dependiendo de las circunstancias, quienes fueron heridos al intentar asistir a las víctimas directas de tales delitos o al intentar prevenir o poner fin a los mismos. Vide Redacted version of "Decision on 'indirect victims'", ICC-01/04-01/06-1813, dictada por la SPI I el 8 de abril de 2009, párrs. 77 y 78; y Olásolo, Héctor/Kiss, Alejandro, "El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas" en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Criminet), núm. 12-13, pp. 13:1-13:37; Reimpreso en Olásolo, Héctor, *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch/Instituto Ibero-Americano de la Haya (IIH), Valencia, 2011, pp. 267 y ss.

5. Si bien la jurisprudencia de la CIDH ha jugado un papel importante en la adopción de un concepto amplio de daño en la definición de víctima, no se puede decir que, por el momento, su impacto haya sido el mismo en la resolución de estas otras cuestiones. En este sentido es particularmente relevante el hecho de que la decisión de la SA de 11 de julio de 2009 en la que se abordan las mismas no contenga referencia alguna ni a la jurisprudencia de la CIDH, ni a las resoluciones de la CIDDH¹⁸³. Si bien, en lo relativo al daño indirecto, se observa que la decisión sobre principios y procedimientos de reparación dictada el 7 de agosto de 2012 por la SPI I en el caso Lubanga¹⁸⁴ se apoya expresamente en los casos Aloeboetoe et al vs. Suriname¹⁸⁵ y Velásquez Rodríguez vs. Honduras¹⁸⁶.

IX. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH EN RELACIÓN CON EL ACCESO Y PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LAS ACTUACIONES ANTE LA CPI

1. La jurisprudencia de la CIDH ha jugado un papel particularmente relevante en materia de acceso de las víctimas a la CPI, sobre todo en lo que se refiere al análisis de fondo realizado por la SCP I sobre si ciertas fases procesales constituyen, conforme al artículo 68 (3) del ER, “fases convenientes” para que las víctimas puedan participar en las actuaciones¹⁸⁷.

2. Merece, a este respecto, particular atención, la decisión dictada el 13 de mayo de 2008 por la SCP I en el caso Katanga y Ngudjolo¹⁸⁸, en la que se examina la cuestión de si, tal y como requiere el artículo 68 (3) del ER, los

¹⁸³ Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, dictada por la SA el 11.07.2008, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, párrafos 53-65.

¹⁸⁴ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 195, nota al pie 386.

¹⁸⁵ Vide caso Aloeboetoe et al vs. Suriname, CIDH, “Sentencia/Reparaciones [Art. 63(1)]”, de 10 de septiembre de 1993, Serie C N°. 15, párr. 62.

¹⁸⁶ Vide caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, Series C, N°. 7, párrs. 13.

¹⁸⁷ Vide a este respecto Fronza, Emanuela, Human Rights and Criminal Law: Reference to Case Law of Human Rights Bodies by International Criminal Tribunals, en Kolb, R. & Scalia D. (coord.), Droit International Pénal, Helbing Lichtenhan Verlag, Précis, Munchen, 2012, pp. 384-385.

¹⁸⁸ Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, dictada por la SCP I el 13 de mayo de 2008, ICC-01/04-01/07-474.

intereses de las víctimas se ven afectados por las actuaciones desarrolladas durante la fase preliminar preliminares del caso relativa a la audiencia de confirmación de los cargos.

3. En esta decisión, la SCP I se refiere reiteradamente a la jurisprudencia de la CIDH sobre los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia —tal y como ha sido desarrollada en particular en los casos Velásquez-Rodríguez vs. Honduras¹⁸⁹, Bàmaca-Velásquez vs. Guatemala¹⁹⁰, Barrios Altos vs. Perú¹⁹¹, Comunidad Moiwana vs. Suriname¹⁹², Masacre de Mapiripán vs. Colombia¹⁹³, Almonacid-Arellano et al. vs. Chile¹⁹⁴, Vargas-Areco vs. Paraguay¹⁹⁵ y La Cantuta vs. Perú¹⁹⁶— para rechazar las alegaciones de la Fiscalía de que las víctimas no tienen interés alguno en la determinación de la culpabilidad o inocencia de las personas imputadas ante la CPI.

4. Según la SCP I, dicha determinación afecta directamente a los intereses personales de las víctimas en cuanto que se encuentra íntimamente vinculada con la satisfacción de sus derechos a la verdad¹⁹⁷ y a la justicia¹⁹⁸ — que, por otra parte, deben ser distinguidos del derecho a la reparación¹⁹⁹. Para la SCP I, el interés central de la víctima en el esclarecimiento de la verdad sólo se satisface si: (i) quienes son responsables por los delitos sufridos son declarados culpables; y (ii) quienes no son responsables por los

¹⁸⁹ Vide caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N.º 7, párrs. 162-166 y 174.

¹⁹⁰ Vide caso Bàmaca-Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, N.º 70, párr. 201.

¹⁹¹ Vide caso Barrios Altos vs. Peru, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, N.º 75, párr. 48.

¹⁹² Vide caso Comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, N.º 124, paras. 204.

¹⁹³ Vide caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, N.º 13, para 297.

¹⁹⁴ Vide caso Almonacid-Arellano et al. vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N.º 154, párrs. 148 y ss.

¹⁹⁵ Vide caso Vargas-Areco vs. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N.º 155, párrs. 153 y ss.

¹⁹⁶ Vide caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, N.º 162, párr. 222.

¹⁹⁷ Decision on the Set of Procedural Rights Attached to the Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of a Case, dictada por la SCP I en el caso Katanga el 13 de mayo de 2008, ICC-01/04-01/07-474, párrs. 32-35.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, párrs. 37-42.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, párr. 40.

mismos son absueltos, de manera que la búsqueda de quienes son penalmente responsables pueda continuar²⁰⁰.

5. La SCP I señala también que, más allá de la determinación de lo que ocurrió, y de la identificación de los presuntos responsables, el derecho de las víctimas a la justicia se extiende a su vez a la persecución y castigo de los autores de los delitos, de manera que se evite su impunidad²⁰¹.

6. En consecuencia, dejando a un lado la cuestión relativa a si los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad y a la justicia podrían ser, en ocasiones, satisfechos a través de mecanismos alternativos al proceso penal, la SCP I señala que, cuando estos derechos se pretenden satisfacer a través del proceso penal, las víctimas tienen un interés central en que el mismo conduzca a la identificación, enjuiciamiento y castigo de los autores de los delitos²⁰².

7. Finalmente, en esta misma decisión de 13 de mayo de 2008, la SCP I, refiriéndose de nuevo a la jurisprudencia arriba mencionada de la CIDH, así como a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos, reitera el deber de los Estados, previsto también en el Estatuto de Roma, de ejercitar su jurisdicción penal sobre los presuntos responsables de delitos internacionales²⁰³.

8. En cuanto al impacto de la jurisprudencia de la CIDH y de las resoluciones de la CIDDHH en la determinación del conjunto de cargas y expectativas procesales que corresponden a la posición procesal de la víctima, esta ha sido mucho menor hasta el momento.

9. Esta situación se explica en gran medida por las particularidades del procedimiento en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Así, si bien el sistema interamericano ofrece un alto nivel de apertura en términos de acceso y participación de las víctimas en las actuaciones, el mismo se dirige a dirimir realmente a dirimir a determinar la presunta responsabilidad de un Estado por la violación de las obligaciones contraídas conforme a la CADH²⁰⁴. Asimismo, no debemos olvidar, que en

²⁰⁰ *Ibíd.*, párr. 36.

²⁰¹ *Ibíd.*, párr. 39.

²⁰² *Ibid.*, párr. 42.

²⁰³ *Ibíd.*, párr. 40.

²⁰⁴ Hasta la modificación del RCIDH del año 2000 la víctima sólo podía intervenir ante la CIDH por medio de sus abogados que actuaban como asesores ad hoc de la CIDDHH, con lo que la participación directa de la víctima se limitaba realmente a la etapa contenciosa de la reparación. Vide sobre esta cuestión Méndez, Juan, "La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Nieto Navia (Ed), *La*

la fase preliminar ante la CIDDHH, ésta, a diferencia de la CPI, cumple un importante papel de mediación entre las víctimas y el Estado afectado.

X. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH EN RELACIÓN CON EL CONTENIDO DEL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A LA REPARACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 75 DEL ER

1. La amplia jurisprudencia de la CIDH en materia de reparaciones ha tenido un panel notablemente relevante en la decisión de la SPI I de 7 de agosto de 2012 en la que se determina por primera vez el contenido del derecho de las víctimas a la reparación recogido en el artículo 75 del ER²⁰⁵.

2. La relevancia de la jurisprudencia de la CIDH se observa desde un primer momento en las alegaciones realizadas por el Fondo Fiduciario para las Víctimas y la Oficina de Defensa Pública de las Víctimas en las actuaciones ante la SPI I. Así, el Fondo ha subrayado que “la Sala tiene la facultad para aplicar el derecho internacional y los estándares que han sido establecidos en la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos, ‘particularmente por la Corte Inter-Americana de los Derechos Humanos [...]’”²⁰⁶.

3. Por su parte, la Oficina de Defensa Pública para las Víctimas ha afirmado que “la indemnización individual para cada uno de los niños soldados debería estar basada en el concepto de ‘proyecto de vida’ desarrollado por la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos”²⁰⁷. Para esta Oficina,

Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos, Corte IDH, San José, 1994, p. 324. Esta situación era denunciada en el voto disidente de Piza Escalante en Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, que lo interpretó como una situación violatoria del derecho de acceso a la justicia. Vide *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 61.

²⁰⁵ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904 07-08-2012.

²⁰⁶ Observations on Reparations in Response to the Scheduling Order of 14 March 2012, presentadas por el Fondo Fiduciario para las víctimas el 25.04. 2012, ICC-01/04-01/06-2872, párrs. 10-11. Vide también a este respecto, Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 21.

²⁰⁷ Observaciones sobre temas relacionados con la reparación presentadas por la Oficina de Defensa Pública para las Víctimas el 18.04.2012, ICC-01/04-01/06-2863, párrs. 47-60. Vide también a este respecto, Decision establishing the principles and procedures

la jurisprudencia de la CIDH es también relevante con respecto a las siguientes cuestiones: (i) la necesidad de compensar a los familiares de las víctimas por los daños inmateriales sufridos, ya sea a título de sucesores de las víctimas o por derecho propio²⁰⁸; (ii) el establecimiento de un estándar de prueba “flexible” para la prueba del daño alegado, que permita el recurso a presunciones e inferencias derivadas de la prueba circunstancial²⁰⁹; y (iii) la definición de las medidas de satisfacción con carácter simbólico²¹⁰.

4. Sin embargo, es en la propia decisión de la SPI I de 7 de agosto de 2012, donde mejor se aprecia el significativo impacto de la jurisprudencia de la CIDH en esta materia. La SPI I, se refiere en primer lugar a la jurisprudencia de la CIDH al afirmar que “a pesar de que los tribunales de derechos humanos, tales como la Corte Inter-americana de Derechos Humanos o la Corte Europea de Derechos Humanos, tienen el poder de emitir órdenes de reparaciones contra estados, y no contra individuos, los conceptos generales sobre reparaciones establecidos en su jurisprudencia pueden ser una guía útil para la CPI”²¹¹.

5. La SPI I recurre a continuación a los casos *Aloeboetoe et al vs. Suriname*²¹² y *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*²¹³ para analizar el concepto de familia a los efectos de determinar qué familiares deben ser considerados

to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 86.

²⁰⁸ Observaciones sobre temas relacionados con la reparación presentadas por la Oficina de Defensa Pública para las Víctimas el 18.04.2012, ICC-01/04-01/06-2863, párrs. 47-60. Vide también a este respecto, Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 87.

²⁰⁹ Observaciones sobre temas relacionados con la reparación presentadas por la Oficina de Defensa Pública para las Víctimas el 18.04.2012, ICC-01/04-01/06-2863, párrs. 40-42. Vide también a este respecto, Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 98.

²¹⁰ Observations on issues concerning reparations, presentadas por la Oficina de Defensa Pública para las Víctimas el 18.04.2012, ICC-01/04-01/06-2863, párrs. 108-110. Vide también a este respecto, Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 107.

²¹¹ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 186, nota al pie 377.

²¹² Vide caso *Aloeboetoe et al vs. Suriname*, sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 62.

²¹³ Vide caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 13.

como víctimas indirectas y ser objeto de reparación. En particular la SPI I, utiliza la jurisprudencia de la CIDH para aceptar la presunción de que el esposo o la esposa, junto con los hijos, suceden a la víctima fallecida en el derecho a recibir reparaciones por el daño sufrido²¹⁴.

6. La SPI I se refiere también a los artículos 44 y 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos para afirmar que, además de individuos concretos, grupos de personas y entidades no gubernamentales se encuentran también legitimados para presentar solicitudes de reparación²¹⁵. Así mismo, cita el caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname para afirmar el principio de que las reparaciones individuales y colectivas no son mutuamente excluyentes²¹⁶, y el caso Aloeboetoe et al. vs. Suriname²¹⁷ a la hora de determinar tanto el contenido del vínculo de causalidad entre el delito objeto del a condena y el daño sufrido por la víctima, como el estándar de prueba del mismo²¹⁸.

7. Pero sin duda, donde mayor impacto ha tenido la jurisprudencia de la CIDH ha sido en la determinación realizada por la SPI I del contenido de los distintos elementos incluidos en el concepto de reparación (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición). Así, la SPI I utiliza los siguientes precedentes de la CIDH para definir dichos elementos:

- (i) Caso González et al vs. México²¹⁹, en lo relativo a la definición del concepto de *restitutio in integrum*²²⁰;

²¹⁴ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 195, nota al pie 386.

²¹⁵ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 217, nota al pie 404.

²¹⁶ Vide caso de la Comunidad Moiwana vs Suriname, sentencia de 15 de junio de 2005, párrs. 194 y 201. Vide también Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 220, nota al pie 406.

²¹⁷ Vide Aloeboetoe et al. vs Suriname, sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 49.

²¹⁸ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párrs 447 y 448, notas al pie 433 y 434.

²¹⁹ Vide caso González et al vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 450.

²²⁰ Vide Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 223, nota al pie 407.

- (ii) Caso de la Masacre de “Las Dos Erres” vs. Guatemala²²¹, para afirmar que el concepto de indemnización debe incluir todas las formas de daño y pérdida posibles, incluyendo los daños materiales, físicos y psicológicos²²²;
- (iii) Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras²²³, con respecto a la definición del daño físico a los efectos de cuantificar la indemnización²²⁴;
- (iv) Casos Garrido y Baigorria vs. Argentina²²⁵, Masacre del Plan de Sánchez Massacre vs. Guatemala²²⁶, e Institución de Re-educación Juvenil vs. Paraguay²²⁷, para afirmar la inclusión dentro del concepto de indemnización de los daños inmateriales que resulten en un sufrimiento físico, mental y emocional²²⁸;
- (v) Caso del Amparo vs. Venezuela²²⁹, con respecto a los daños materiales (incluyendo la pérdida de ingresos y oportunidades de trabajar, los salarios no percibidos, y otras formas de injerencia en la capacidad individual para trabajar y la pérdida de ahorros)²³⁰;
- (vi) Casos Loayza Tamayo²³¹ y Cantoral Benavides²³² vs. Perú, en relación con la pérdida de oportunidades, incluyendo aquellas relati-

²²¹ Vide caso de la Masacre de “Las Dos Erres” vs. Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 226.

²²² Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 229, nota al pie 412.

²²³ Vide caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 156, 175, 187.

²²⁴ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 230 (a), nota al pie 414.

²²⁵ Vide caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 49).

²²⁶ Vide caso de la Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 2004, párrs. 80-89 y 117.

²²⁷ Vide caso de la “Institución de Reeducación Juvenil” vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 295).

²²⁸ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 230 (b), nota al pie 415.

²²⁹ Vide caso El Amparo vs. Venezuela, sentencia de 14 de septiembre de 1996, párrs. 28-30.

²³⁰ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 230 (c), nota al pie 416.

²³¹ Vide caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 1998, párrs. 147-148.

²³² Vide caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia de 3 de diciembre de 2001, párr. 80.

vas al empleo, a la educación y a los beneficios sociales, así como la pérdida de posición social y la injerencia con derechos individuales (sin que ello haya de redundar en el mantenimiento de prácticas tradicionales discriminatorias)²³³;

- (vii) Casos Loayza Tamayo²³⁴ y Barrios Altos²³⁵ vs. Perú, con respecto con a las costas legales y otros gastos periciales, así como los relativos a servicios médicos, psicológicos y asistencia social (incluyendo cuando sea relevante la ayuda para jóvenes con respecto al virus HIV y el sida)²³⁶;
- (viii) Casos de la Masacres de Mapiripan²³⁷ y La Rochela²³⁸ vs. Colombia, y la Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala²³⁹, para afirmar que el concepto de rehabilitación debe incluir la prestación de servicios y tratamientos médicos (sobre todo para tratar el virus VIH y el sida)²⁴⁰;
- (ix) Caso Barrios Altos vs. Perú²⁴¹, para subrayar la necesidad de que las medidas para la rehabilitación y reintegración en la sociedad de antiguos niños soldados tienen que incluir a las comunidades a las que pertenecen en la medida en que los programas de reparación se desarrollen en dichas comunidades²⁴²;

²³³ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 230 (d), nota al pie 418.

²³⁴ Vide caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 129 (d).

²³⁵ Vide caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia de 30 de noviembre de 2001, párr. 42.

²³⁶ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 230 (e), nota al pie 419.

²³⁷ Vide caso de la Masacre de Mapiripan vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 312.

²³⁸ Vide caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 302.

²³⁹ Vide caso de la Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 110.

²⁴⁰ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 233, nota al pie 422.

²⁴¹ Vide caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia de 30 de noviembre de 2001, párr. 42.

²⁴² Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 236, nota al pie 424.

- (x) Casos Velásquez Rodríguez²⁴³ y Juan Humberto Sánchez²⁴⁴ vs. Honduras, Tibi vs. Ecuador²⁴⁵, y Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala²⁴⁶, para afirmar que la condena y la pena (particularmente de un tribunal internacional) constituyen ejemplos de reparación debido al significado que tienen para las víctimas, las familias y las comunidades²⁴⁷.
- (xi) Caso Radilla-Pacheco vs. México²⁴⁸, para subrayar que la amplia publicación de la sentencia de condena puede servir también a llamar la atención de la opinión pública sobre el fenómeno delictivo de que se trate, y con ello constituir un paso importante para su prevención²⁴⁹.

8. En consecuencia, se puede concluir que la jurisprudencia de la CIDH ha tenido un impacto muy significativo en la manera en la que la CPI ha configurado por primera vez el contenido del derecho de las víctimas a la reparación previsto en el artículo 75 del ER. Esto es particularmente relevante si se tiene en cuenta que la jurisprudencia de la CIDH ha atribuido al derecho de las víctimas a la reparación un contenido significativamente más amplio que la jurisprudencia de la CEDH²⁵⁰.

XI. CONCLUSIÓN

1. Como hemos visto en las secciones anteriores, el artículo 21 (3) del ER impone la obligación de interpretar el ER, las RPP y los EC de manera compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Esto se ha traducido, hasta el momento, en un impacto notable de las de-

²⁴³ Vide caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 36.

²⁴⁴ Vide caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 172.

²⁴⁵ Vide caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 243.

²⁴⁶ Vide caso de la Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 81.

²⁴⁷ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 237, nota al pie 426.

²⁴⁸ Vide caso Radilla-Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrs. 345-347.

²⁴⁹ Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 238, nota al pie 427.

²⁵⁰ Vide notas de pie de página 118 y ss.

cisiones de CIDH en ciertos ámbitos de la jurisprudencia de la CPI, tales como la adopción de un concepto amplio de daño (que además del daño material, incluye también el daño moral), a los efectos de la interpretación de la definición de víctima prevista en la regla 85 RPP, o la inclusión dentro de la misma de las llamadas “víctimas indirectas”.

2. Así mismo, la jurisprudencia de la CIDH relativa a los derechos de la víctimas a la verdad y a la justicia ha tenido un papel muy notable en materia de acceso de las víctimas a la CPI, sobre todo en lo que se refiere al análisis de fondo realizado por la SCP I sobre si, tal y como requiere el artículo 68 (3) del ER, ciertas fases procesales constituyen “fases convenientes” para la participación de las víctimas.

3. Pero, sin duda, donde más se ha dejado notar la influencia de las decisiones de la CIDH ha sido en la forma en la que la CPI ha configurado por primera vez el contenido del derecho de las víctimas a la reparación previsto en el artículo 75 del ER.

4. En consecuencia, si bien existen ámbitos donde el impacto de las decisiones de la CIDH ha sido menor (como por ejemplo el relativo a la determinación del conjunto de cargas y expectativas procesales que corresponden a la posición procesal de la víctima), no cabe sino afirmar que la jurisprudencia de la CPI se ha alineado hasta el momento con aquel sector de la doctrina que favorece una mayor impacto de las decisiones de la CIDH.

5. Entre estos autores, algunos ven en el impacto de la jurisprudencia de la CIDH y de la CEDH un vehículo de legitimidad para la aplicación de un derecho penal internacional que busca la protección de derechos fundamentales²⁵¹, mientras que otros afirman que la jurisprudencia en materia de reparación de las víctimas por las violaciones a los derechos humanos (por ejemplo, cometidas por el “terrorismo de Estado” o por otros actores con la aquiescencia del Estado, como los grupos paramilitares) se ha convertido incluso en una nueva vía para el logro de los procesos de reconciliación²⁵².

²⁵¹ Vide Fronza, Emanuela, *Human Rights and Criminal Law: Reference to Case Law of Human Rights Bodies by International Criminal Tribunals*, en Kolb, Robert/Scalia Damien (coord.), *Droit International Pénal*, Helbing Lichtenhan Verlag, Précis, Munchen, 2012, p. 396.

²⁵² Vide Lean, Sharon, “Is Truth Enough? Reparations and Reconciliation in Latin America”, en John Torpey (Ed.) *Politics and the Past. On Repairing Historical Injustices*, Rowman & Littlefield Publishers, UK-USA, 2003, p. 171.

6. Por su parte, la opción acogida por la jurisprudencia de la CPI en aplicación del artículo 21 (3) del ER, se ha desligado hasta el momento de aquel otro sector de la doctrina que propugna la limitación de la influencia de las decisiones de la CIDH en esta materia, porque a su entender constituye una amenaza para el debilitamiento de los principios orientadores del Estado de Derecho, especialmente, cuando se está inmerso en un proceso de transición²⁵³.

²⁵³ Vide Malarino, Ezequiel, Breves Reflexiones sobre la justicia de transición a partir de la experiencia latinoamericana, en Ambos/Malarino/Elsner (Eds.), *Justicia de transición*, cit., pp. 415 y ss., 422.

La múltiple faceta de la tortura y los ‘otros tratos’ en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales Penales Internacionales¹

ELIZABETH SANTALLA VARGAS²

SUMARIO: I. Introducción. II. La Metamorfosis del Concepto y la Prohibición de Tortura en el Derecho Convencional. III. Responsabilidad Internacional por Violaciones a la Prohibición de Tortura y Otros Tratos en el Marco del Sistema Interamericano. 1. Desaparición forzada de personas. 2. Privaciones de Libertad Física. 3. Ejecuciones Extrajudiciales. 4. Distinción entre Tortura y Otros Tratos. IV. La Calificación de la Tortura en el Derecho Penal Internacional. 1. Alcance de la Tortura en la Jurisprudencia de los Tribunales *Ad Hoc*. 1.1. ¿Tortura solamente si se comete por agentes estatales o en relación con ellos? 1.2. Apreciación Particular de los ‘Otros Tratos’. 2. Algunas Consideraciones sobre el Alcance de la Prohibición de Tortura y *Non-Refoulement*. 3.

¹ La versión original de este artículo fue publicada en K. Ambos et al. (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (2010), Konrad Adenauer Stiftung: Montevideo, 229-62. Reeditado por Temis: Bogotá. Esta versión contiene algunas actualizaciones.

² Licenciada en Derecho por la Universidad Católica Boliviana. Master en Derecho por la Universidad de San Francisco, EE.UU. Diplomada en el Centro Erik Castrén de Derecho Internacional, de la Universidad de Helsinki, Finlandia y en la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Cursos de especialización, *inter alia*, en el Grotius Centre de la Universidad de Leiden, Países Bajos; la Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos; la Academia de La Haya de Derecho Internacional.

Ha efectuado consultorías para, *inter alia*, el CICR, el ACNUDH-Bolivia, el proyecto GTZ-Defensoría del Pueblo. Ha sido asesora jurídica de la Agencia Implementadora del ACNUR en Bolivia, oficial legal asociada en el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, visitante profesional en la Corte Penal Internacional, autora de los módulos escritos sobre derecho penal internacional para, *inter alia*, Educatis University (Universidad suiza de educación a la distancia). Es miembro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional desde el 2002 y de Peace and Justice Initiative, organización con la que recientemente ha efectuado una consultoría sobre recomendaciones frescas para el actual proceso de implementación del ECPI en Bolivia.

La Tortura y los Otros Tratos en el Marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El caso de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (de aquí en adelante: ‘otros tratos’), es emblemático respecto de las convergencias y divergencias subyacentes en las relaciones entre los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. La reconocida influencia recíproca entre dichas áreas del derecho internacional presenta en el caso de la tortura y los otros tratos importantes fisuras que devienen, en parte, de la diversidad de las nociones de tortura y del alcance de su prohibición en los ámbitos en cuestión. Dicha variedad de nociones podría tener un impacto en la prohibición categórica en el derecho internacional³ de la tortura y de los otros tratos —reconocida al presente como una norma de *jus cogens*, tanto en el ámbito del derecho penal internacional como de los derechos humanos.

En efecto, en el marco del derecho penal internacional, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (de aquí en adelante: ‘TPIY’), reconoció de manera inicial el carácter de *jus cogens* de la prohibición de tortura⁴. Dicho reconocimiento ha calado también en la jurisprudencia de

³ Paradójicamente, a diferencia del derecho a la vida, la prohibición de tortura y de los otros tratos no admite excepciones, ni siquiera en situaciones extremas de emergencia o de conflicto armado. En el caso *Tibi v. Ecuador*, la Corte Interamericana estableció: ‘La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas’. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 143 (citando jurisprudencia anterior de la Corte Interamericana al respecto). Dicha interpretación es un necesario corolario de la propia Convención Americana que en su Art. 27 —que regula la suspensión de derechos en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que suponga una amenaza para la independencia o seguridad del Estado parte— prevé expresamente la inderogabilidad del derecho a la integridad personal, garantizado por el Art. 5.

⁴ A. Cullen, ‘Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights’ (2003) 34 *California Western International Law Journal*, 30-1, citando la sentencia del TPIY en *Furundžija*, Sala de Primera Instancia (IT-95-17/I-T), de 10 de diciembre de 1998, párrs. 144 y 153 que de manera inicial estableció el carácter de *jus cogens* de la prohibición de tortura.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de aquí en adelante: ‘Corte Interamericana’)⁵. El análisis del mencionado impacto en la prohibición categórica de tortura y los otros tratos, a tiempo de su aplicación práctica, resulta ciertamente relevante, teniendo en cuenta que la razón de ser de dicha prohibición categórica y su categorización como norma de *jus cogens* deviene de la protección del valor fundamental de la dignidad humana⁶.

El presente análisis parte del alcance de la prohibición que emana del derecho convencional y jurisprudencial en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, centrándose en una muestra selectiva de distintas sentencias de la Corte Interamericana⁷ que, a juicio de la autora resultan relevantes para el objeto de estudio, por un lado y, por otro, considerando someramente el abordaje en el marco de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*. Posteriormente analiza el desarrollo convencional en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (de aquí en adelante: ‘ECPI’) y el emergente desarrollo jurisprudencial de la Corte Penal Internacional (de aquí en adelante: ‘CPI’).

II. LA METAMORFOSIS DEL CONCEPTO Y LA PROHIBICIÓN DE TORTURA EN EL DERECHO CONVENCIONAL

La definición y prohibición de la tortura (del latín *torquere* = ejercer torsión) y otros tratos prohibidos en el ámbito de los derechos humanos se acuñó inicialmente en el *soft law*. En efecto, ya la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) plasmó la prohibición de la tortura y de las

⁵ Por ejemplo, en los casos *Tibi v. Ecuador*, nota *supra* 1, párr. 143; *Maritza Urrutia v. Guatemala*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 92; *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Sentencia de 29 de abril de 2004, Voto Razonado del Juez Cañado Trindado, párr. 29; *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 112. Cabe notar que la referencia al *jus cogens*, se efectúa en estos casos sólo en relación a la tortura, mas no a los otros tratos. Al respecto, Galdámez Zelada apunta que no existe aún consenso a nivel de la doctrina acerca de la pertenencia de los otros tratos a la categoría de *jus cogens*, nota *infra* 65, 691. Sin embargo, en *Caesar v. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 100, la Corte Interamericana estableció el carácter de *jus cogens* también respecto de los otros tratos.

⁶ K. Ambos, ‘May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?’ (2008) 6 *Journal of International Criminal Justice*, 268-9, con citas respecto al concepto de valor universal de la dignidad humana como fundamento de la prohibición categórica de tortura.

⁷ Para un detallado análisis de la práctica de la Comisión Interamericana con relación a la determinación de tortura y otros tratos, así como de la Corte Interamericana, véase Martín y Rodríguez-Pinzón, nota *infra* 76.

penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en su artículo 5. Por su parte, la definición que plantea la Convención de la ONU Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984)⁸, piedra angular del derecho convencional de los derechos humanos, se formuló sobre la base de la definición incluida en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁹, que consideró la tortura contraria a los propósitos de la Carta de la ONU (Artículo 2). Con sutiles diferencias, en particular en lo que concierne al alcance de las penas prohibidas en la definición¹⁰, la Convención de la ONU confinó la prohibición respecto de los funcionarios públicos (u otra persona en el ejercicio de funciones públicas) y de los móviles de su comisión, i.e.: la obtención de información o confesión, el castigo por un hecho cometido o supuestamente cometido, la intimidación o coacción, o en razón de cualquier tipo de discriminación¹¹. Dicha caracterización de la tortura, en particular el requerimiento de móviles y de un sujeto activo calificado, devino de la edad media cuando los fiscales torturaban a los sospechosos y testigos a fin de obtener confesiones y testimonios, incluso de manera autorizada por la propia legislación¹². En ese contexto, la tortura constituía una forma de asegurar la prueba en los sistemas inquisitivos, lo que habría dado lugar a tratar de manera aislada la prohibición de otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Posteriormente, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985) amplió la definición omitiendo la referencia específica a la gravedad del daño, considerando la posibilidad de cualquier

⁸ 'A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas'.

⁹ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 3452, de 9 de diciembre de 1975.

¹⁰ Mientras que la Declaración excluyó de la prohibición los sufrimientos inherentes a la imposición de una pena privativa de libertad, la Convención plasmó una fórmula más amplia al referirse a sanciones legítimas en general.

¹¹ Las causales de discriminación son añadidas con relación a la definición de la Declaración.

¹² Al respecto: C. Burchard, 'Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. A Critical Assessment', *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), p. 160.

móvil e incluyendo los ‘[...] métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica’ (Artículo 2). Asimismo, el sujeto activo del delito de tortura —nótese que la Convención Interamericana hace referencia explícita al carácter delictivo de la prohibición— queda ampliado a cualquier persona siempre que actúe por instigación de un funcionario o empleado público (artículo 3). De esta manera, la Convención Interamericana amplía tímidamente el alcance de la prohibición de tortura respecto de cualquier individuo siempre y cuando éste actúe en relación con un funcionario público e incorpora la inexistencia de órdenes superiores como un eximente de responsabilidad penal —entre otros aspectos de carácter penal, como las bases jurisdiccionales. Así, puede considerarse que la Convención Interamericana sobre Tortura es un claro ejemplo de un instrumento de derechos humanos con directa influencia del derecho penal internacional.

Pero, curiosamente, la prohibición de tortura en el derecho convencional se plasmó inicialmente en el derecho internacional humanitario —derecho considerado de excepción aplicable respecto de los conflictos armados, a diferencia de los derechos humanos aplicables en todo momento y circunstancia. En efecto, en el derecho convencional contemporáneo¹³ la tortura quedó prohibida por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 respecto de las personas protegidas por los mismos, i.e.: combatientes heridos y enfermos en terreno¹⁴; combatientes heridos, enfermos y náufragos en el mar¹⁵; prisioneros de guerra¹⁶ y civiles en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante de la que no son nacionales¹⁷. Adicionalmente, el Protocolo Adicional I (1977) refrendó la prohibición en el ámbito del conflicto armado internacional (Artículo 75). Sin embargo, la amplia prohibición de la tortura en el derecho internacional humanitario convencional —alcanzando también de manera expresa el ámbito del conflicto armado no internacional con relación a quienes no participan directamente en las hostilidades (incluyendo los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas o aquéllos puestos fuera de combate

¹³ Cabe apuntar que la prohibición de tortura es ciertamente contraria al principio de trato humano a los prisioneros de guerra y a los civiles, ya recogida en la Convención de la Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907.

¹⁴ Convenio I, art. 12.

¹⁵ Convenio II, art. 12.

¹⁶ Convenio III, arts. 13-14.

¹⁷ Convenio IV, arts. 27, 32.

[*hors de combat*] por heridas, enfermedad, detención u otra causa)—¹⁸, no se formuló a la par de una definición del concepto de tortura¹⁹, el cual empezaría a perfilarse posteriormente, a partir del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos convencional.

Es así que no resulta sorprendente que el crucial proceso de criminalización de la tortura como una infracción grave a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y una violación grave (en el ámbito del conflicto armado no internacional) implicara dificultades particulares para dicho proceso respecto de otras violaciones al derecho internacional humanitario, aspecto que se aborda colateralmente más adelante.

III. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR VIOLACIONES A LA PROHIBICIÓN DE TORTURA Y OTROS TRATOS EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO

No obstante la diversidad que presenta el régimen general de prohibición de la tortura en el derecho internacional, puede considerarse que los estados latinoamericanos parte de las convenciones sobre la materia mencionadas anteriormente, asumen principalmente las obligaciones convencionales de prohibición, sanción y prevención de la comisión de tortura y otros tratos. Este amplio espectro de obligaciones genera, *vis-à-vis* el bagaje conceptual que presenta la tortura en las distintas áreas del derecho internacional, problemáticas particulares al momento de criminalizarla, aspecto que, no obstante, cae fuera del alcance de este artículo.

Lo que interesa aquí es resaltar los aspectos salientes de la jurisprudencia²⁰ de la Corte Interamericana en los casos emblemáticos que ameritaron la determinación de responsabilidad del Estado por casos de tortura

¹⁸ Véase el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II, art. 4.

¹⁹ Al respecto, R. Lord, 'The Liability of Non-State Actors for Torture in Violation of International Humanitarian Law: An Assessment of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia', *Melbourne Journal of International Law* 4:1 (2003).

²⁰ Para una síntesis general de la jurisprudencia saliente de la Corte Interamericana, véase O. Huertas Díaz et al. (compiladores), (2005) *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y Jurisprudencia 1980-2005*, Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá: Ibáñez.

y otros tratos en lo que concierne a la interpretación del artículo 5²¹ de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) (de aquí en adelante: ‘Convención Americana’), que en su segundo numeral recoge la prohibición de sometimiento a torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes como parte del derecho a la integridad personal que, de manera global, abarca la integridad física, psíquica y moral (párrafo 1). Al interpretar ambos componentes del artículo 5 en correlación, el espectro de protección resulta bastante amplio, pudiendo abarcar cualquier forma de tortura²². En general, en los casos de tortura y de los otros tratos, la Corte Interamericana no sólo ha determinado la violación al artículo 5(2) de la Convención Americana, sino también al derecho a la integridad física y moral²³, asumiendo una perspectiva más global desde el espectro del bien jurídicamente tutelado en la Convención Americana.

Como apunta Canosa Usera, la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de tortura sigue en gran parte la elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de aquí en adelante: ‘Tribunal Europeo’), y ha sido particularmente innovadora en materia de privaciones de libertad y de desaparición forzada de personas²⁴. Adicionalmente, las determinaciones en los casos que entrañaban amenazas de tortura y los relacionados a ejecuciones extrajudiciales, resultan también notorios en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

²¹ Art. 5 (Derecho a la Integridad Personal):

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible para su tratamiento.
6. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

²² J. Lantrip, ‘Torture and Cruel, Inhumane and Degrading Treatment in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights’, *ILSA Journal of International & Comparative Law* Vol. 5:55, pp. 554-55.

²³ R. Canosa Usera, *El Derecho a la Integridad Personal* (2006), Edit. Lex Nova, 25.

²⁴ Canosa Usera, *ibíd.*, 24.

1. *Desaparición forzada de personas*

En la etapa inicial de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre casos de desaparición forzada de personas, la interpretación del artículo 5 dio lugar a determinar una *presunta violación* a partir de la constatación del hecho de la desaparición, incluso sin ninguna evidencia directa de violación a la integridad física, bajo el racional de los efectos psicológicos y morales que emanan de la incomunicación y de aislamientos prolongados, tratos que resultan inherentes al caso de desaparición forzada de personas. El primer caso adjudicado por la Corte Interamericana sobre desapariciones forzadas, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, fue elocuente al respecto:

La desaparición de Manfredo Velásquez es violatoria del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención. En primer lugar porque el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad, en contradicción con los párrafos 1 y 2 del citado artículo²⁵.

Así también, en *Godínez-Cruz* la Corte Interamericana, siguiendo el mismo racional, determinó la existencia de una violación a la integridad psíquica y moral. Adicionalmente, estableció que en los casos de desaparición forzada de personas es común que las víctimas que recuperan su libertad sean sometidas a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes constituyendo también, en consecuencia, una violación al derecho a la integridad física²⁶.

Sin embargo, como apunta Lantrip²⁷, en otros casos posteriores de desaparición forzada la Corte Interamericana no determinó la existencia de trato cruel, inhumano y degradante²⁸, apartándose de la formulación inicial del *test* de presunción de violación del artículo 5 en casos que entrañan aislamiento prolongado e incomunicación²⁹. Es más, la existencia comprobada de aislamiento y maltrato de detenidos no ameritó la aplicación del *test* de presunción; más bien la Corte Interamericana se basó en

²⁵ CIDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 187.

²⁶ CIDH, *Godínez Cruz v. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 164.

²⁷ Lantrip, nota *supra* 20, p. 556.

²⁸ Véase por ejemplo, CIDH *Caballero-Delgado y Santana v. Colombia*, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, donde la CIDH no consideró la existencia de violación al Art. 5 al no haberse probado que el desaparecido hubiera sido sometido a torturas u otros tratos, determinando sin embargo la violación al derecho a la vida. Así también, *Castillo Páez v. Perú*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997.

²⁹ CIDH, *Paniagua Morales v. Guatemala*, Sentencia de 8 de marzo de 1998.

la evidencia médica, estrategia problemática si se tiene en cuenta que no en todos los casos de tortura, inclusive los físicos, es posible contar con ese tipo de pruebas³⁰. En efecto, como excepcionales pueden considerarse los casos de desaparición forzada en que los restos mortales de la víctima son hallados. Dicha situación se presentó en *Humberto Sánchez v. Honduras*, caso en el cual la condición en que se encontraron los restos mortales del desaparecido, ameritaron la calificación de tortura por parte de la Corte Interamericana³¹. Probablemente, el caso *Gangaram Panday* ejerció cierta influencia en dicho viraje al determinar que la naturaleza arbitraria de la detención, por sí sola, no ameritaba la presunción de violación de los artículos 5(1) y 5(2)³².

Esta línea más “estricta” de interpretación en los casos de desaparición forzada habría repercutido en el Tribunal Europeo que, en *Kurt v. Turquía* no consideró que la desaparición del hijo de la demandante constituyera una violación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (de aquí en adelante: “CEDH”) con relación al desaparecido, al no haberse aportado prueba específica de que este hubiese sido sujeto a tortura u otros tratos; ni tampoco respecto a la existencia de una práctica de desaparición forzada tolerada por el gobierno y de tratos inhumanos en detención³³. Es más, el Tribunal Europeo juzgó innecesario, tratándose de un caso de presunta desaparición y ante la inexistencia de prueba de tortura y otros tratos, considerar la violación al artículo 3 de la CEDH de manera autónoma (al igual que al Art. 2: derecho a la vida), quedando subsumido en el análisis de la violación al derecho a la libertad y seguridad personal (artículo 5 CEDH)³⁴. Sin embargo, el Tribunal Europeo admitió la existencia de violación al artículo 3 de la CEDH respecto de la demandante —la madre del desaparecido—, considerando que la prolongada situación de incertidumbre sobre la suerte y el paradero de su hijo constituía trato inhumano de suficiente gravedad como para alcanzar el umbral del artículo 3 de la CEDH³⁵. Esta forma de violación, si bien no mencionada en la sentencia del Tribunal Europeo, había sido anteriormente determinada

³⁰ Lantrip, nota *supra* 20, p. 557.

³¹ CIDH, *Humberto Sánchez v. Honduras*, Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 100.

³² CIDH, *Gangaram Panday v. Suriname*, Sentencia de 21 de enero de 1994. El caso implicó el suicidio del demandante mientras permanecía en detención considerada ilegal y arbitraria por la propia Corte Interamericana.

³³ TEDH, *Kurt v. Turquía*, Sentencia de 25 de mayo de 1998, párr. 116.

³⁴ TEDH, *ibíd.*, párr. 117.

³⁵ TEDH, *ibíd.*, párr. 133-4. La demandante había invocado la decisión del Comité de la ONU de Derechos Humanos en *Quinteros v. Uruguay*, decisión de 21 de julio de 1983

por la Corte Interamericana en el caso *Blake v. Guatemala*, donde estableció que la desaparición y la quema del cuerpo de la víctima causó sufrimiento directo a los familiares, afectando sus vidas y constituyendo así una violación del derecho a la integridad personal³⁶.

No obstante, en casos “ordinarios” de incomunicación y aislamiento en la detención, que agravan la vulnerabilidad de la víctima, la Corte Interamericana consideró la existencia de trato cruel, inhumano y degradante³⁷. Es más, en *Suárez Rosero v. Ecuador*, habiendo comprobado la detención en aislamiento e incomunicación y la consiguiente violación a la prohibición de otros tratos, la Corte Interamericana invirtió la carga de la prueba de modo que el Estado demostrara que las alegaciones de otras violaciones al Art. 5 de la Convención Americana resultaban infundadas³⁸. Dicha inversión en la carga de la prueba a partir de la determinación del aislamiento, resulta en consonancia con la presunción de violación al Art. 5 establecida en los primeros casos sobre desapariciones³⁹.

El giro en la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta, en consecuencia, cuestionable teniendo en cuenta que los casos de desaparición forzada de personas entrañan, necesariamente, incomunicación y aislamiento en la privación (arbitraria) de la libertad física del desaparecido, casos en los que la recolección de evidencia es, por la naturaleza del ilícito, particularmente difícil de obtener, cobrando así sentido la presunción inicialmente trazada por la propia Corte Interamericana.

2. Privaciones de libertad física

En lo que concierne a los casos sobre detenciones, una de las situaciones salientes constitutiva de tratos crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha sido el fenómeno denominado *corredor de la muerte* (*death row phenomenon*) —angustia mental provocada por un periodo de detención prolongado en espera de la ejecución de

que estableció que los familiares allegados al desaparecido deben ser considerados también víctimas, *inter alia*, de trato inhumano, párr. 130.

³⁶ CIDH, *Blake v. Guatemala*, Sentencia de 24 de enero de 1998, párrs. 115-6.

³⁷ Véase, CIDH, *Loayza Tamayo v. Perú*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 57. *Suárez Rosero v. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 91. También, *Villagrán Morales et al. v. Guatemala (caso de los ‘Niños de la Calle’)*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 164.

³⁸ CIDH, *Suárez Rosero v. Ecuador*, *ibíd.*, párr. 33.

³⁹ Lantrip nota *supra* 20, 558.

la pena de muerte—⁴⁰, siguiendo la línea trazada por el Tribunal Europeo en *Soering v. Reino Unido*⁴¹.

Por otro lado, las condiciones de detención deterioradas o que se encuentran por debajo de los estándares mínimos del trato a detenidos dieron lugar, en el caso *Lori Berenson Mejía* a la determinación de *pena cruel*. En efecto, la Corte Interamericana estableció que:

[...] las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de *pena cruel* cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención⁴².

Como se mencionó en la sección precedente, la Corte Interamericana ha considerado que la incomunicación en la detención puede constituir trato inhumano, toda vez que entraña un acto contrario a la dignidad humana que ‘[...] puede generar una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral para el detenido’⁴³.

[...] el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles⁴⁴.

En otro caso emblemático de detención ilegal y arbitraria, *Maritza Urrutia v. Guatemala*, la Corte determinó la existencia de *tortura psíquica* en vio-

⁴⁰ CICH, *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros v. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 167. En un caso anterior también *v. Trinidad y Tobago*, la Corte Interamericana, a tiempo de pronunciarse sobre la solicitud de medidas provisionales en un caso que involucraba el fenómeno del corredor de la muerte, como apunta Lantrip, nota *supra* 20, 564, la Corte Interamericana omitió pronunciarse sobre el argumento del Estado en el sentido que la demora de la ejecución implicaba la contravención de límites temporales establecidos internamente para evitar una ‘penal cruel’ que constituiría la propia espera de la ejecución. Véase, *James et al.*, Orden de 29 de agosto de 1998, Medidas Provisionales adoptadas por la Corte Interamericana en el asunto de la República de Trinidad y Tobago.

⁴¹ TEDH, *Soering v. UK*, Sentencia de 7 de julio de 1989. El TEDH sostuvo que los presos condenados a muerte sufren ansiedad mental grave debido a una variedad de circunstancias, entre las que se incluyen: la manera en la que se impuso la condena, la falta de consideración de las características personales del acusado, la desproporción entre el castigo y el delito cometido, las condiciones de detención mientras espera la ejecución otros factores. (Traducción libre de Martín y Rodríguez-Pinzón, nota *infra* 76, 133).

⁴² CIDH, *Lori Berenson Mejía v. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 101 (el resaltado es propio).

⁴³ CIDH, *De la Cruz Flores v. Perú*, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 127.

⁴⁴ CIDH, *ibíd.*, párr. 129.

laciones al principio *nemo-tenetur* (prohibición de auto incriminación) y en la confesión forzosa de determinadas conductas delictivas⁴⁵. Asimismo, consideró que la angustia moral producida por las amenazas y el peligro real de sometimiento a lesiones físicas, puede en ciertos casos considerarse como tortura psicológica o psíquica⁴⁶. En síntesis, la Corte consideró que los actos denunciados habían sido ‘[...] preparados e infligidos deliberadamente para *anular la personalidad y desmoralizar a la víctima*, lo que constituye una forma de tortura psicológica [...]’⁴⁷.

3. Ejecuciones extrajudiciales

La presunción de la veracidad de las denuncias de tortura u otros tratos se aplicó en los casos de ejecuciones extrajudiciales en los que se había probado la detención ilegal de la víctima por agentes del Estado, así como la existencia de signos de graves malos tratos en sus restos mortales⁴⁸. La inversión de la carga probatoria en estos casos se fundamenta en el control absoluto que ejercen los funcionarios estatales sobre la víctima, aún más contundente cuando puede demostrarse la existencia de una línea de conducta estatal de tortura a detenidos⁴⁹.

4. Distinción entre tortura y otros tratos

Siguiendo la tendencia del Tribunal Europeo, iniciada con la controvertida⁵⁰ decisión en *Irlanda v. Reino Unido* que atribuyó a la tortura un ‘estigma’ especial para los casos que intencionalmente infligen un sufrimiento muy grave y cruel⁵¹, la Corte Interamericana aplicó el *test* de la gravedad para distinguir entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes⁵². Sin embargo, los criterios de valoración desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana no parecen ser constantes. En los casos que entrañan una situación amenazante o de amenazas de tortu-

⁴⁵ CIDH, *Maritza Urrutia v. Guatemala*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 93.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 92.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 94 (el resaltado es propio).

⁴⁸ CIDH, *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, Sentencia de 7 de junio de 2003, párrs. 98 y 102. También en *Niños de la Calle*, nota *supra* 35, párrs. 157-160, 166 y 168.

⁴⁹ CIDH, *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, *ibíd.*, párr. 97; *Niños de la Calle*, *ibíd.*, párrs. 167 y 170.

⁵⁰ Por ejemplo, Cullen, nota *supra* 2.

⁵¹ TEDH, *Ireland v. UK*, Sentencia de 1978, párr. 167.

⁵² Lantrip, nota *supra* 20, p. 563.

ra, la aplicación del criterio de gravedad condujo a calificaciones disímiles. Así por ejemplo, en *Niños de la Calle*, la Corte Interamericana determinó:

Durante el tiempo de su retención los cuatro jóvenes permanecieron aislados del mundo exterior y seguramente estaban conscientes de que sus vidas corrían grave peligro. Es razonable inferir que durante esas horas pasaron, por esa sola circunstancia, por una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral⁵³.

En consecuencia, declaró la existencia de tortura psicológica. Asimismo, en *Cantoral Benavides v. Perú*⁵⁴, *Maritza Urrutia v. Guatemala*⁵⁵, y *Tibi v. Ecuador*⁵⁶, la Corte Interamericana consideró que las amenazas o riesgo real e inminente de maltrato físico habían causado una angustia tan intensa que constituían tortura psicológica. No obstante, en el caso *19 Comerciantes*, en el que la Corte Interamericana determinó que era razonable inferir que el trato que recibieron las víctimas antes de su muerte había sido ‘[...] agresivo en extremo [...]’ teniendo en cuenta el contexto —que los paramilitares consideraban a los comerciantes como colaboradores de la guerrilla, lo que dado el contexto de violencia en la zona podía interpretarse como una seria amenaza a la vida— y en atención a la brutalidad con que los restos mortales de las víctimas habían sido tratados, considerando así que las víctimas ‘[...] pudieron temer y prever que serían privados de su vida de manera arbitraria y violenta [...]’, determinó la existencia de trato cruel, inhumano y degradante⁵⁷.

Otro parangón de la aplicación del criterio de gravedad constituye la constatación de sufrimiento prolongado. En *Paniagua Morales* la Corte Interamericana determinó la existencia de tortura respecto de las víctimas que habían sido muertas por sus captores, sobre la base de informes de autopsia que revelaban el trato recibido por las víctimas antes de su muerte⁵⁸, destilando un criterio de *sufrimiento prolongado* en la interpretación de los tratos prohibidos por el artículo 5⁵⁹. Sin embargo, dicho criterio de *sufrimiento prolongado* habría servido también de fundamento para la determinación de trato cruel e inhumano en *Suárez Rosero v. Ecuador* que, como se mencionara anteriormente, involucró un caso de detención en inco-

⁵³ CIDH, *Niños de la Calle*, nota *supra* 35, párr. 163; también 157.

⁵⁴ CIDH, *Cantoral Benavides v. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 102.

⁵⁵ CIDH, *Maritza Urrutia v. Guatemala*, nota *supra* 43, párr. 92.

⁵⁶ CIDH, *Tibi v. Ecuador*, nota *supra* 1, párr. 147.

⁵⁷ CIDH, *19 Comerciantes v. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 150.

⁵⁸ CIDH, *Paniagua Morales*, nota *supra* 27.

⁵⁹ Lantrip, nota *supra* 20, p. 565.

municación que se prolongó por 36 días⁶⁰. En consecuencia, la existencia de sufrimiento prolongado es un elemento común en los casos que ameritaron la determinación de tortura y, por su parte, de otros tratos. Siendo un factor común en ambos casos, la pregunta sobre cuáles resultan ser los estándares de distinción entre tortura y otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana se revierte al análisis (casuístico) de la gravedad de los hechos, que se valoraría conforme la sana crítica de la Corte Interamericana según los factores endógenos y exógenos demostrados en cada situación en concreto⁶¹.

El caso de las penas corporales por flagelación, ameritó la determinación de tortura física, en atención a la extrema gravedad y el grado de intensidad del sufrimiento físico y mental provocado por la pena misma y las circunstancias que rodearon su imposición: angustia, estrés, miedo durante la espera previa, observancia del sufrimiento de otros prisioneros que habían sido flagelados, etcétera⁶². En términos generales, la Corte Interamericana estableció:

[...] las penas corporales por medio de flagelación constituyen una forma de tortura y, en consecuencia, una violación per se del derecho de cualquier persona sometida a la misma a que se respete su integridad física, psíquica y mental, en los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención⁶³.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en el caso *Loayza Tamayo v. Perú*, la Corte Interamericana distinguió entre trato inhumano y degradante. Correspondientes a la primera categoría consideró los interrogatorios acompañados de perturbaciones psíquicas y a la segunda los actos capaces de infundir '[...] un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima'⁶⁴. Esta distinción, sin embargo, no se habría replicado en *Castillo Petruzzi v. Perú*, donde las condiciones de detención impuestas como consecuencia de la legislación antiterrorista del Perú, ameritó la determinación (genérica) de tratos crueles, inhumanos o degradantes⁶⁵. Lo propio ocurre en *Cantoral Benavides v. Perú*, donde la Corte Interamericana reitera que las condiciones de reclusión deben ser compatibles con la dignidad personal, y citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo reconoce que se '[...] ha

⁶⁰ CIDH, *Suárez Rosero v. Ecuador*, nota *supra* 35, párr. 37.

⁶¹ CIDH, *Loayza Tamayo v. Perú*, nota *supra* 35, párr. 57.

⁶² CIDH, *Caesar v. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 88.

⁶³ CIDH, *ibíd.*, párr. 73.

⁶⁴ CIDH, *Loayza Tamayo v. Perú*, nota *supra* 35, párr. 57.

⁶⁵ CIDH, *Castrillo Petruzzi v. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 198.

conformado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura⁶⁶, resultando absolutamente prohibida cualquier violación a la integridad personal⁶⁷. Este enfoque parecería tornar superflua la distinción entre los tratos prohibidos. Sin embargo, en la misma sentencia, la Corte Interamericana, concordando con el Tribunal Europeo, estableció:

[...] ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas⁶⁸.

Denotando la importancia de distinguir entre la tortura y los otros tratos, en *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, más allá de ratificar la absoluta prohibición (en cualquier circunstancia) tanto de la tortura como de los otros tratos, la Corte Interamericana se abocó a analizar la calificación de los hechos probados durante el proceso a fin de determinar si los abusos demandados constituían tortura u otros tratos⁶⁹. En ese cometido, determinó la existencia de tortura física y psicológica con relación a la víctima y de trato inhumano respecto de sus familiares directos, al haber sido víctimas de la desaparición forzada de Bámaca Velásquez. La determinación de tortura se basó en la consideración que los actos de violencia perpetrados contra la víctima se habían cometido con la finalidad de extraer información relevante para el ejército y de la existencia de sufrimiento prolongado en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso⁷⁰, es decir teniendo en cuenta, además de la duración y finalidad, la gravedad o intensidad del sufrimiento.

Sin embargo, como se mencionara anteriormente, los casos que involucraron condiciones de detención capaces de producir el deterioro de la integridad física, psíquica y moral, tales como: el confinamiento prolongado en aislamiento, la detención en celdas en condiciones de hacinamien-

⁶⁶ CIDH, *Cantoral Benavides v. Perú*, nota *supra* 52, párr. 103.

⁶⁷ L. Galdámez Zelada, ‘Alcance de la Prohibición de la Tortura y los Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’, en Centro de Estudios Constitucionales (2006) *Estudios Constitucionales* 4(2), Santiago, 676.

⁶⁸ CIDH, *Cantoral Benavides v. Perú*, nota *supra* 52, párr. 99 (citando a *Selmouni v. Francia*, Sentencia del TEDH de 28 de julio de 1999, párr. 100-1).

⁶⁹ CIDH, *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 154.

⁷⁰ CIDH, *ibíd.*, párr. 158.

to, sin luz natural, ventilación insuficiente, falta de un lugar apropiado para dormir, alimentos escasos y horarios de visita restrictivos, ameritaron la determinación de trato cruel, inhumano y degradante⁷¹. Resulta por lo menos argumentable que la existencia de sufrimiento prolongado y la gravedad de este en dichas circunstancias, sea tan grave como el derivado de los casos inherentes a las desapariciones forzadas, tornando muy frágil el estándar de distinción, sino inexistente.

En un caso más reciente, *Campo Algodonero v. México* concerniente a la desaparición y ejecución de mujeres en el contexto de una política generalizada y sistemática de violencia y discriminación contra mujeres, la Corte Interamericana calificó como trato degradante el sufrimiento de los familiares (particularmente de las madres) de las víctimas debido a la repentina desaparición de sus hijas, al desconocimiento de su paradero durante un periodo considerable, a la falta de investigación y al tratamiento indiferente y hasta hostil brindado por las autoridades⁷². Dicha calificación ameritó, sin embargo, la opinión vertida en el voto concurrente de la Jueza Medina de desacuerdo con la calificación. La jueza consideró que dicho sufrimiento ameritaba la calificación de tortura⁷³ —la misma que hubiera alimentado la ‘[...] tendencia en cuanto a la responsabilidad de los Estados por actos de tortura cometidos por agentes no estatales [...]’⁷⁴, teniendo en cuenta que:

[...] la Corte no ha vacilado en otros casos en calificar una conducta como tortura, a menudo sin mencionar las razones por las cuales lo ha hecho y se advierte que el elemento principal es el de la severidad de la acción y cómo la misma afecta a la víctima. Es la conducta, en general, la que determina la distinción entre tortura y otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. La razón de calificar un acto como tortura obedece al mayor estigma que se asigna a éste en relación con otros también incompatibles con el artículo 5.2 de la Convención⁷⁵.

Curiosamente, para definir el concepto de tortura la Corte Interamericana se ha basado, en ciertas ocasiones, en la definición del artículo 2 de

⁷¹ Por ejemplo, *Suárez Rosero v. Ecuador*, nota *supra* 35, párr. 91; *Lori Berenson Mejía v. Perú*, nota *supra* 40, párr. 106; *Cantoral Benavides v. Perú*, nota *supra* 52, párr. 85.

⁷² *González y Otras (“Campo Algodonero”) v. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 424 y 413.

⁷³ Voto Concurrente de la Jueza Cecilia Medina Quiroga en Relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *González y Otras (“Campo Algodonero”) v. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 1.

⁷⁴ Medina, *ibíd.*, párr. 20.

⁷⁵ Medina, *ibíd.*, párr. 2.

la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁷⁶ que, sin embargo, no considera la gravedad del dolor o sufrimiento (físico o mental) como elemento de la definición⁷⁷. De modo general, sin embargo, siguiendo a Martín y Rodríguez-Pinzón, puede considerarse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana considera los siguientes tres elementos como constitutivos o inherentes al concepto de tortura:

- (i) que se trate de una acción deliberada o acto intencional;
- (ii) que la víctima sufra dolor o angustia físicos o psicológicos severos;
- (iii) que exista una finalidad por la que aplicar la tortura⁷⁸.

Dichos elementos constitutivos fueron ratificados en casos más recientes, como *Bueno Alves v. Argentina* —donde se estableció que la finalidad o el propósito de los malos tratos había sido forzar la confesión de la víctima⁷⁹. Así también en *Bayarri v. Argentina*, donde la Corte Interamericana subrayó que el fin o propósito puede ser cualquiera (como utilizar tortura para la investigación de delitos), siguiendo su jurisprudencia⁸⁰.

Por su parte, para definir los otros tratos, la Corte Interamericana recurrió en *Caesar v. Trinidad y Tobago* al derecho penal internacional, basándose en la definición de trato cruel o inhumano que el TPIY había vertido en *Čelibići*:

⁷⁶ Por ejemplo, en los casos *Tibi v. Ecuador*, nota *supra* 1, párr. 145; *Gómez Paquiyari v. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 105.

⁷⁷ Art. 2: Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tend[i]entes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

⁷⁸ C. Martín y D. Rodríguez-Pinzón, (2006) *La Prohibición de la Tortura y los Malos Tratos en el Sistema Interamericano. Manual para Víctimas y sus Defensores* (traducción de L. Vilás Costa), Serie de Manuales de la OMCT, Vol. 2, 103.

⁷⁹ CIDH, *Bueno Alves v. Argentina*, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párrs. 79 (citando mayor jurisprudencia de la Corte Interamericana al respecto) y 82.

⁸⁰ CIDH, *Bayarri v. Argentina*, Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 81.

[...] toda acción u omisión intencional, deliberada y no accidental, que cause serios sufrimientos físicos o mentales o daños o que constituya un grave ataque contra la dignidad humana [...] ⁸¹.

Al margen de las diferencias sutiles y lingüísticas, al adoptar la definición de *Celibići* de trato cruel o inhumano, parecería que la Corte Interamericana asume la distinción entre tortura y otros tratos según la existencia de una finalidad o propósito del acto u omisión en cuestión. Dicha interpretación puede colegirse si se considera que no existe una diferencia sustancial entre *gravedad* y *seriedad*, y en atención a que el ultraje a la dignidad humana existe en cualquier atentado contra la integridad personal, probablemente con diferente intensidad.

Como puede advertirse, resulta difícil colegir parámetros constantes de interpretación del umbral que hace a la determinación de tortura y otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana que, no obstante, ha determinado responsabilidades internacionales con relación a una amplia gama de violaciones al derecho a la integridad personal. En todo caso, parecería una constante el elemento subjetivo de gravedad en dicho cometido, siguiendo la línea del Tribunal Europeo. No obstante, la jurisprudencia no ha definido el alcance de la gravedad en uno y otro caso ⁸².

De las sentencias someramente analizadas cabe destacar la particular importancia que reviste la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana respecto de la tortura psicológica, aquélla en relación a los casos de desaparición forzada —al margen de la disparidad de estándares entre sus distintos casos— y de las condiciones de detención ilegales; casos, por cierto, característicos del contexto latinoamericano.

IV. LA CALIFICACIÓN DE LA TORTURA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. Alcance de la tortura en la Jurisprudencia de los Tribunales ad hoc

La persecución penal internacional contemporánea de la tortura como un crimen de guerra y de lesa humanidad se inicia con los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (de aquí en adelan-

⁸¹ CIDH, *Caesar v. Trinidad y Tobago*, párr. 68, traducción libre de Martin y Rodríguez-Pinzón, nota *supra* 76, 105.

⁸² En la misma línea, Martin y Rodríguez-Pinzón, nota *supra* 76, 103.

te: “TPIY”) y Ruanda (de aquí en adelante: “TPIR”), cuya jurisprudencia resulta por demás relevante teniendo presente que los Estatutos de ambos tribunales no consignaron una definición del crimen en ninguna de ambas esferas⁸³. En el caso del TPIY se incorporó de manera expresa la tortura o el trato inhumano —incluyendo los experimentos biológicos— como una de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 [artículo 2(b)], i.e. en el ámbito del conflicto armado internacional y la tortura como crimen de lesa humanidad. Los otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad fueron incorporados como una cláusula residual [artículo 5(f) (e) (i), respectivamente]. En el caso del TPIR la formulación de la tortura y los otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad se recogieron de manera similar que en el Estatuto del TPIY [artículo 3(f) (e) (i), respectivamente]. Por el contrario, la tortura y los otros tratos como crímenes de guerra en el ámbito del conflicto armado no internacional se formularon de una manera particular, recogiendo esencialmente el lenguaje del derecho humanitario: ‘Atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor’ [artículo 3(e)].

En una primera etapa jurisprudencial los tribunales *ad hoc* adoptaron la definición de la Convención de la ONU de 1984 considerando que ella reflejaba costumbre internacional. Esta tendencia fue iniciada por el TPIR en *Akayesu*⁸⁴. Posteriormente, el TPIY en *Čelebići*⁸⁵ (campo de detención) restringiría el carácter consuetudinario de la definición de tortura de la Convención de la ONU al ámbito de los derechos humanos, es decir, no vinculante en el ámbito del derecho humanitario:

[...] En el contexto del derecho humanitario este requerimiento debe interpretarse en el sentido de incluir actores armados no estatales partes de un conflicto, de modo que la prohibición (de tortura) mantenga su relevancia en situaciones de conflictos armados no internacionales o en conflictos armados internacionales que involucren la participación de actores no estatales⁸⁶.

Esta tendencia fue seguida en *Furundžija*. Unos años después, en *Kunarac et al.*, el TPIY daría un viraje hacia la criminalización de la tortura en un

⁸³ En realidad los Estatutos de los Tribunales *ad-hoc* consignaron un listado de las ofensas que podrían constituir crímenes de guerra o de lesa humanidad, sin establecer definiciones de las mismas en general, i.e. no sólo en el caso de la tortura y los otros tratos.

⁸⁴ TPIR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Caso No. TPIR-96-4-T, Sentencia de Primera Instancia de 2 de septiembre de 1998, párr. 681.

⁸⁵ Para un análisis más detallado de la discusión en este caso, véase Wauters, nota *infra* 98.

⁸⁶ TPIY, *Delalić et al.*, Sentencia de 16 de noviembre de 1998, párr. 473.

sendero independiente de la Convención de la ONU, considerando que el carácter consuetudinario de la definición de la Convención sólo alcanzaba el terreno de la responsabilidad internacional de los estados en razón de la naturaleza de la Convención⁸⁷. Así, *Kunarac* consideró que la determinación de tortura radica en la naturaleza del acto más que en la calidad del sujeto activo⁸⁸, pudiendo éste alcanzar a miembros de grupos armados no estatales, contratistas militares privados, mercenarios e incluso individuos en su capacidad privada, o sea, sin ninguna afiliación⁸⁹. Esta nueva tendencia empezaría a expandirse a subsiguientes casos, principalmente *Kvoka*⁹⁰, *Krnjelac*⁹¹, *Simic*⁹², y *Brdanin*⁹³.

Con relación a los elementos constitutivos, que conforme a la jurisprudencia de los tribunales resultan comunes a la tortura como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, pueden identificarse los siguientes aportes en cuanto a la interpretación de la definición de la Convención de la ONU y más allá de ella. A saber, respectivamente: (i) la existencia de daño físico como no indispensable, toda vez que se acepta ampliamente la posibilidad de que “únicamente” se produzca daño mental; (ii) la posibilidad de comisión por omisión de la tortura. En consecuencia el *actus reus* radica, conforme a la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, en infligir —por acción u omisión— dolores o sufrimientos *graves*, ya sean físicos o mentales⁹⁴.

En cuanto a la carga de la prueba, el umbral anterior ha sido interpretado en el sentido de existir *ipso facto* una vez que se ha probado la existencia de la conducta que por si misma implica dolores o sufrimientos graves. En ese sentido, casos que implican la mutilación de partes corporales o la violación, por ejemplo, constituyen conductas de tortura *per se*, no siendo necesario en consecuencia la existencia de certificados médicos que demuestren la naturaleza del daño⁹⁵ —requerimiento que normalmente se presenta en los sistemas nacionales—. En efecto, la consideración de la violación como un acto que automáticamente alcanza el espectro de seve-

⁸⁷ TPIY, *Kunarac et al.*, Sentencia de 22 d febrero de 2001, párr. 482.

⁸⁸ *Kunarac et al.*, *ibid.*, párr. 495.

⁸⁹ S. Sivakumaran, ‘Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: The Actor and the Ad Hoc Tribunals’, *Leiden Journal of International Law* 18 (2005), p. 545.

⁹⁰ TPIY, *Kvocka et al.*, Sentencia de 2 de noviembre de 2001, párr. 139.

⁹¹ TPIY, *Krnjelac*, Sentencia de 15 de marzo de 2002, párr. 187.

⁹² TPIY, *Simic et al.*, Sentencia de 17 de octubre de 2003, párr. 82.

⁹³ TPIY, *Brdanin*, Sentencia de 1 de septiembre de 2004, párrs. 488-9.

⁹⁴ Burchard, nota *supra* 10, pp.163-64.

⁹⁵ *Kunarac*, nota *supra* 85.

ridad de la tortura ha constituido uno de los aportes jurisprudenciales más importantes del TPIY⁹⁶.

Otros actos, sin embargo, son capaces de constituir tortura si presentan *suficiente gravedad* conforme a las circunstancias de su comisión, consideración que se desprende de un análisis casuístico sobre la base de factores objetivos y subjetivos. Burchard sintetiza dichos factores en la discusión emergente de diversos casos: la naturaleza, la consistencia y el contexto del dolor o sufrimiento, incluyendo el periodo de tiempo del tratamiento; la condición física y mental de la víctima, incluyendo factores tales como la edad, el sexo, estado de salud, así como la posición de inferioridad de la víctima⁹⁷. En ese marco, se ha determinado que el daño permanente no es un requerimiento para la existencia de tortura siendo suficiente la existencia de daño temporal, así como tampoco resulta necesaria la existencia de huellas visibles del daño, ni de una duración considerable del este.

Por su parte, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha considerado que la *mens rea* de la tortura implica que el acto u omisión sean intencionales, siendo irrelevante el motivo⁹⁸ que conduzca a infligir (intencionalmente) los dolores o sufrimientos graves⁹⁹. Esto implica la necesaria consideración, por parte del sujeto activo, de las condiciones físicas de la víctima en el momento de la comisión de la conducta, su edad, sexo, estado mental¹⁰⁰.

1.1. ¿Tortura solamente si se comete por agentes estatales o en relación con ellos?

La tradicional caracterización de la tortura como un delito propio cometido por funcionarios públicos o agentes estatales —o a instigación de éstos— se remonta a la definición planteada por la Convención de la ONU de 1984 y la Convención Interamericana de 1985, respectivamente. No obstante que la misma sirviera de base para la construcción del tipo en el

⁹⁶ Dicha postura fue esencialmente adoptada en *Kunarac et al.*, Sentencia de Apelación de 20 de junio de 2002 y posteriormente en *Brdanin*, Sentencia de la Sala de Juicio I de 1 de septiembre de 2004.

⁹⁷ Burchard, nota *supra* 10, pp.165.

⁹⁸ Cabe distinguir entre motivo y propósito.

⁹⁹ Burchard, nota *supra* 10, pp. 167-68, citando principalmente *Kunarac et al.*, Sentencia de Apelación de 20 de junio de 2002.

¹⁰⁰ J. Wauters, ‘Torture and Related Crimes – A Discussion of the Crimes Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’, *Leiden Journal of International Law* 11 (1998), p. 159.

ámbito de los Tribunales *ad hoc*, dicho requerimiento fue paulatinamente abandonado por su jurisprudencia, como se mencionara anteriormente.

Así, en *Čelebići*, partiendo de nociones del derecho internacional humanitario —y apartándose de la proposición del fiscal que consideraba necesario el requerimiento del agente estatal—, se optó por la consideración delictiva de agentes no estatales de modo que la prohibición de tortura persistiera en situaciones de conflicto armado no internacional y de conflictos armados internacionales que involucran la actuación de actores no estatales¹⁰¹. Sin embargo, en *Furundžija* el TPIY consideró que la definición de tortura requería la comisión por parte de un funcionario público o al menos la participación en capacidad *no* privada¹⁰². Posteriormente, *Kunarac et al.* retomaría y ampliaría la línea de *Čelebići* considerando que la Convención contra la Tortura tenía una aplicación sólo interestatal y que la definición establecida en ella había sido concebida sólo para su aplicación en el contexto de la Convención. En consecuencia, *Kunarac* confirmó la innecesaria existencia de agentes estatales para la determinación de tortura desde la perspectiva del derecho internacional humanitario¹⁰³, lo que dio lugar a la consideración de la tortura sobre la base de la conducta, independientemente de la calidad del sujeto activo en el marco de un conflicto armado y denotó una importante fisura en la definición de tortura en el derecho internacional humanitario y los derechos humanos¹⁰⁴. Dicha interpretación fue posteriormente adoptada en *Krnojelac*, válida tanto para crímenes de guerra como de lesa humanidad¹⁰⁵.

Como apunta Lord¹⁰⁶, la aparente disparidad de interpretaciones que trasluce de los casos anteriores, fue opacada por la Sala de Apelaciones que explicó que *Furundžija* había actuado como miembro de las fuerzas armadas involucradas en el conflicto y no en una capacidad privada. Sin embargo, puede concluirse que los tres casos aceptan la posibilidad de tortura con agentes no estatales con ciertos matices. En tanto que en *Delalić* y *Furundžija* se requiere que los agentes no estatales actúen ‘con capacidad oficial’, es decir, para una entidad que presente ciertas características similares a las de un estado, en *Kunarac* se acepta que la tortura pueda

¹⁰¹ TPIY, *Delalić et al.* (*Čelebići*), Sentencia de la Sala de Juicio de 16 de noviembre de 1998.

¹⁰² TPIY, *Furundžija*, Sentencia de la Sala de Juicio de 10 de diciembre de 1998.

¹⁰³ TPIY, *Kunarac et al.*, Sentencia de la Sala de Juicio de 22 de febrero de 2001.

¹⁰⁴ Para una crítica sobre dicha interpretación jurisprudencial, véase Burchard, nota *supra* 10.

¹⁰⁵ TPIY, *Krnojelac*, Sentencia de la Sala de Juicio de 15 de marzo de 2002.

¹⁰⁶ Lord, nota *supra* 17.

cometerse por individuos privados en violación al derecho humanitario, al margen de cualquier capacidad oficial¹⁰⁷. Esta interpretación encuentra su correlato en la misma formulación y espíritu del derecho humanitario convencional. Así por ejemplo, el comentario oficial al artículo 4 del Protocolo Adicional II (1977) estableció: “[...] el acto de tortura es reprochable en sí mismo, al margen del sujeto activo, y no puede justificarse bajo ninguna circunstancia”¹⁰⁸.

1.2. Apreciación particular de los ‘otros tratos’

La distinción por parte de los tribunales *ad hoc* entre la tortura y los otros tratos inhumanos o degradantes constituye un claro ejemplo respecto de la influencia que el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido en la jurisprudencia del derecho penal internacional. En efecto, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el TPIY en *Krnjelac* estableció que la tortura constituye una forma de maltrato agravado¹⁰⁹. La transposición de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, emanada en el marco de los derechos humanos, al ámbito del derecho humanitario se justificó desde el punto de vista que ambos cuerpos del derecho internacional comparten bases comunes respecto del grado de intensidad del dolor o sufrimiento¹¹⁰. Siguiendo esa línea, la Sala de Juicio en *Martić* confirmó que el dolor o sufrimiento en el crimen de *trato cruel* no requiere la misma intensidad que el que conlleva la tortura¹¹¹. Esta posición, sin embargo, ha provocado la crítica precisamente desde el ángulo de los derechos humanos¹¹², resultando difícil trazar una clara demarcación, más aún si se considera que todos los métodos de tortura implican un trato cruel, inhumano y degradante¹¹³.

Otro aspecto de la jurisprudencia que ha marcado la distinción entre la tortura y los otros tratos es la caracterización de la tortura como un *crimen de intención*, bajo la consideración de que tal requerimiento emana

¹⁰⁷ Lord, *ibíd.*

¹⁰⁸ CICR, Comentarios a los Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977, p. 1373.

¹⁰⁹ TPIY, *Krnjelac*, Sentencia de la Sala de Juicio de 15 de marzo de 2002. De manera similar, *Brdanin*, Sentencia de la Sala de Juicio de 1 de septiembre de 2004.

¹¹⁰ Burchard, nota *supra* 10, p. 166.

¹¹¹ TPIY, *Martić*, Sentencia de la Sala de Juicio de 12 de junio de 2007.

¹¹² Burchard, nota *supra* 10, p. 167.

¹¹³ En este sentido, J.M. Ddamulira ‘The History of Torture Jurisprudence in the Inter-American Regional Human Rights System: 1948-2005’, *East African Journal of Peace & Human Rights* 13:1, p. 157-158.

del derecho internacional consuetudinario, principalmente recogido en la Convención de la ONU de 1984¹¹⁴. En consecuencia, solamente la conducta dirigida a conseguir los fines enunciados en la definición de tortura de la Convención de la ONU de 1984 —la obtención de información o de confesión, o como forma de castigo, intimidación o coacción de la víctima o de una tercera persona, o por razones discriminatorias— constituye tortura conforme al derecho consuetudinario. Ésta fue precisamente, la visión recogida en *Akayesu*¹¹⁵. Esta postura se ampliaría posteriormente hacia la inclusión de otros fines —distintos a los explícitamente enunciados en la Convención de la ONU—. Al respecto, resulta de particular relevancia el caso *Furundžija* que introdujo dentro de los posibles propósitos de la tortura la humillación de la víctima, sobre la base del derecho internacional humanitario y de la consideración de constituir una forma de intimidación¹¹⁶. Sin embargo, dicho desarrollo, como apunta Burchard, no quedó consolidado en la jurisprudencia del TPIY por cuanto posteriormente, en *Krnjelac*, este tribunal despojaría del umbral consuetudinario al propósito de causar humillación. Habiendo sido ambos fallos confirmados en apelación, la jurisprudencia resulta contradictoria sobre este aspecto¹¹⁷.

Probablemente es el *trato cruel* que ofrece una definición jurisprudencial de mayor consenso. Su tratamiento fue parte precisamente del primer caso ante el TPIY —*Tadić*—, que lo caracterizó como violencia intencional contra la vida, la salud, o la integridad física o mental, entre otros¹¹⁸.

2. Algunas consideraciones sobre el alcance de la prohibición de tortura y *non-refoulement*

Como ya se mencionara, conforme la Convención de la ONU de 1984, sólo existe tortura cuando la conducta puede generar la responsabilidad de las autoridades por acción u omisión. Dicho requerimiento —que la tortura sea efectuada, instigada o consentida por un funcionario público u otra persona que actúe en capacidad oficial— ha sido considerado una

¹¹⁴ TPIY, *Kunarac et al.*, Sentencia de la Sala de Juicio de 22 de febrero de 2001. También *Krnjelac*, Sentencia de la Sala de Juicio de 15 de marzo de 2002.

¹¹⁵ TPIR, *Akayesu*, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, de 2 de septiembre de 1998, párr. 681.

¹¹⁶ TPIY, *Furundžija*, Sentencia de Primera Instancia de 10 de diciembre de 1998.

¹¹⁷ Burchard, nota *supra* 10, p. 170.

¹¹⁸ TPIY, *Tadić*, Sentencia de la Sala de Juicio de 7 de mayo de 1997.

significante limitación *vis-à-vis* la prohibición absoluta de tortura¹¹⁹. Al respecto resulta interesante el desarrollo gestado a partir de una amplia interpretación del principio de no devolución (*non-refoulement*) recogido, *inter alia*, en la misma Convención contra la Tortura (artículo 3), por el que los estados parte asumen la obligación convencional de no devolver, de ninguna manera (incluyendo expresamente la extradición), a una persona a un estado donde se considere por motivos fundados que pueda verse sometida a tortura.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo fue pionera en extender la prohibición de devolución —también recogida en el artículo 3 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales— cuando la tortura o la amenaza de tortura emana de actores no estatales. Así por ejemplo, en *HLR v. Francia* donde el demandante, de nacionalidad colombiana, había sido arrestado por cargos de narcotráfico, fundamentó su petición de no devolución en razón a su temor a ser torturado por los carteles colombianos. El Tribunal Europeo se pronunció reconociendo la aplicación del artículo 3 de la Convención Europea a personas o actores no estatales, en los casos en que no existe adecuada protección por parte del estado¹²⁰. Dicho racional se aplicó también en *A v. Reino Unido*, en el cual el Tribunal Europeo estableció la obligación de los estados de asegurar la vigencia de la prohibición de la tortura también proveniente de individuos en su capacidad privada¹²¹.

Asimismo, *Elmi v. Australia* constituyó la primera ocasión en la que el Comité contra la Tortura consideró que la protección de no devolución se extendía al temor a agentes no estatales pertenecientes a estructuras cuasi estatales¹²².

Dichas interpretaciones dan pie a considerar la existencia de tortura por comisión de agentes no estatales en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (más allá del ámbito específico del derecho internacional del asilo). En efecto, este enfoque trasciende el espectro del principio de no devolución y resulta congruente con la tendencia de expandir la interpretación de los sujetos del derecho internacional de los

¹¹⁹ K. Wouters, ‘Editorial: How Absolute is the Prohibition of Torture?’, *European Journal of Migration and Law*’8: 1-8 (2006), p. 4.

¹²⁰ TEDH, Fallo de 1998.

¹²¹ TEDH, Fallo de 23 de septiembre de 1998.

¹²² Comité Contra la Tortura, Comunicación No. 120/1998, UN Doc. CAT/C/22/D/120/1998. Para un comentario detallado del caso, véase Sivakumaran, nota *supra* 87, 549-553.

derechos humanos, más allá de la tradicional consideración exclusiva de los estados en una dimensión de protección horizontal y privada de los derechos humanos¹²³.

Curiosamente, el argumento a partir de la interpretación amplia del principio de no devolución elucubrada por los órganos de protección de derechos humanos no caló en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que probablemente hubiera contribuido a desterrar la necesidad del requerimiento del agente estatal, también respecto de los crímenes de lesa humanidad.

Por su parte, recientemente se ha remitido a competencia de la Corte Interamericana el primer caso que involucra el principio de no devolución —en el marco de un procedimiento de solicitud del estatuto de refugiado en el Estado boliviano. La devolución tuvo lugar a consecuencia del rechazo inmediato a la solicitud. Entre los derechos vulnerados, la Comisión alega la violación al derecho a la integridad psíquica y moral por parte del Estado boliviano¹²⁴. En el hipotético escenario que se presentara un caso de no devolución por tortura respecto de agentes no estatales, no sólo quedaría en la palestra de discusión la noción tradicional de tortura, sino también el tradicional sistema de responsabilidad internacional por violaciones a derechos humanos.

3. La tortura y los otros tratos en el marco del estatuto de la Corte Penal Internacional

La tortura como crimen de lesa humanidad en el ECPI presenta dos principales diferencias respecto de su formulación en la Convención contra la Tortura de 1984: la eliminación de los fines o propósitos para cometer tortura y la relación con el agente estatal. La definición incorpora más bien un elemento de custodia o control de la víctima por parte del acusado [artículo 7(2)(e)].

En el caso de la tortura como crimen de guerra tampoco se hace referencia alguna a la calidad del sujeto activo, pero si se mantienen los fines o propósitos de la Convención contra la Tortura y el umbral de gravedad,

¹²³ También en esta línea, P. Gaeta, 'When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?', *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), p. 191.

¹²⁴ *Familia Pacheco Tineo*, Caso 12474, Bolivia, nota de remisión de la Comisión Interamericana, de 21 de febrero de 2012. Informe de Fondo No. 136/11, de 31 de octubre de 2011, p. 44 (conclusión quinta).

que no queda definido. Podría considerarse que la definición —aplicable tanto en el conflicto armado internacional como no internacional¹²⁵— deviene de *Kunarac* (TPIY) que definió los elementos del crimen, como se mencionara anteriormente, en el sentido de infligir intencionalmente, por acción u omisión, graves dolores o sufrimientos, sean físicos o mentales con la finalidad de obtener información o confesión, como castigo, intimidación o coerción a la víctima o un tercero, o por cualquier razón discriminatoria¹²⁶.

Los otros tratos presentan una disparidad terminológica en la definición como crimen de guerra en el conflicto armado internacional y no internacional. En el primer caso, se emplea *tratos inhumanos*, incluidos los experimentos biológicos [artículo 8(2)(a)(ii)]. En el segundo, se emplea *tratos crueles*, además de los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio y las mutilaciones [artículo 8(2)(c)(i)]. En ambos casos los Elementos de los Crímenes se refieren a dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales (al margen de las consideraciones terminológicas de los sujetos pasivos en razón del tipo de conflicto armado). En consecuencia, parece que el ECPI se apartó de la tendencia de los cortes regionales de protección de derechos humanos, para diferenciar la tortura de los otros tratos en razón al criterio de gravedad. Así, el elemento diferenciador es el propósito o finalidad de la conducta, en cuanto crimen de guerra¹²⁷.

En el caso *Bemba*, parte de la situación concerniente a la República Centroafricana, la Sala de Cuestiones Preliminares II —a tiempo de la confirmación de los cargos—, declinó confirmar la imputación de la tortura como crimen de guerra [Art. 8(2)(c)(i)] precisamente en atención a que el elemento de finalidad, considerándolo como una intencionalidad específica en la *mens rea* del tipo, debe ser probado por el fiscal. No habiéndose demostrado la finalidad o el propósito por el que los malos tratos alegados hubieran sido infligidos, la Sala concordó con la defensa respecto a que el fiscal incumplió con su obligación de presentar prueba respecto de cada elemento constitutivo del crimen¹²⁸.

¹²⁵ Los Elementos de los Crímenes de los artículos 8(2)(a)(ii) y 8(2)(c)(i) son comunes con relación a la tortura.

¹²⁶ TPIY, *Kunarac et al.*, nota *supra* 85, párr. 50.

¹²⁷ En este sentido, K. Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, ICRC, UK: Cambridge, 2003, 63.

¹²⁸ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión Conforme al Art. 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los Cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, de 15 de junio de 2009, ICC-01/05-01/08, párrs. 294, 298-300.

Si bien el análisis de la Sala de Cuestiones Preliminares II se ajusta a la formulación del crimen en el ECPI, no deja de ser relevante la disyuntiva sobre la coherencia del elemento de propósito o finalidad —propio del derecho internacional de los derechos humanos en su desarrollo inicial— como parte de la definición de los crímenes de guerra, cuando la tortura como crimen de lesa humanidad se aparta del mismo en el ECPI¹²⁹.

El caso *Bemba* también resulta interesante para el tema que nos ocupa, respecto de la relación entre la tortura como crimen de lesa humanidad y la violación, cuando el acto de violación u otras formas de violencia sexual son los hechos sobre los que se asienta la imputación de tortura. Es decir, tortura cometida a través de violación u otras formas de violencia sexual.

La Sala de Cuestiones Preliminares II declinó también la confirmación del cargo de tortura como crimen de lesa humanidad por considerarlo subsumido en el crimen de violación¹³⁰, interpretando que los elementos constitutivos de la tortura como crimen de lesa humanidad —la gravedad del daño o el sufrimiento causado y el control ejercido por el torturador respecto de su víctima— son también comunes a los elementos constitutivos del crimen de violación, que se distingue por el elemento adicional de la penetración¹³¹. No habiéndose aportado prueba respecto de otros hechos —además de la violación— que llevaran a determinar la existencia de tortura, la Sala confirmó el cargo de violación y consideró innecesaria, y más bien en detrimento del acusado, la acumulación de cargos¹³².

La controvertida interpretación ameritó un *amicus curiae*¹³³ interpuesto por ‘Iniciativa de Mujeres para la Justicia de Género’, de conformidad con la Regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. El *amicus curiae* esencialmente observó la situación de víctimas en particular, que caería fuera de la alegada simbiosis de cargos, toda vez que constituirían tortura *per se*.

¹²⁹ Dörmann comenta que a tiempo de las deliberaciones en la PrepCom (Comisión de Preparación del ECPI), algunas delegaciones consideraron que, o bien el elemento de finalidad o el de capacidad oficial (comisión por un agente estatal) o ambos, era necesario para distinguir la tortura del crimen de guerra de trato inhumano. Otras delegaciones se inclinaron por el elemento de gravedad o intensidad para dicho cometido. Sin embargo, y siguiendo la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, se optó por la inclusión del elemento de finalidad o propósito, nota *supra* 125, 45.

¹³⁰ CPI, nota *supra* 126, párr. 205.

¹³¹ *Ibid.*, párr. 204.

¹³² *Ibid.*, párr. 202.

¹³³ Refrendado por el Fiscal de la CPI, en su documento “*Prosecution’s Response to Amicus Curiae Observations of the Women’s Initiatives for Gender Justice pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*”, de 6 de agosto de 2009, ICC-01/05-01/08-469.

De entre ellos, resulta de particular interés aquí el caso de un hermano que, mientras era azotado, observaba la violación de su hermana¹³⁴. Como apunta el *amicus curiae*, los casos de personas obligadas a presenciar la violación de sus familiares supera el espectro del crimen de violación, aun en el supuesto de su propia violación —antes o después— constituyendo tortura. Presenciar violaciones de familiares involucra humillación, degradación y violación a la dignidad, distintos del acto de violación *per se*¹³⁵. Dicho racional fue inicialmente adoptado en el marco del derecho penal internacional —por ejemplo, en *Furundžija* (TPIY)— donde se calificó como tortura el ser forzado a observar la violación repetida de un allegado¹³⁶.

Cabe apuntar que en el ámbito del sistema interamericano, el voto concurrente de la jueza Medina en el caso *Campo Algodonero*¹³⁷, se decanta por la calificación como tortura —a diferencia de la mayoría, que estableció la existencia de trato degradante— con relación al sufrimiento experimentado por los familiares (madres) de las víctimas que habían sido repentinamente desaparecidas, desconociendo su paradero durante un periodo considerable, en un contexto de violencia y discriminación generalizada y sistemática contra la mujer. Adicionalmente, por la falta de investigación y la actitud indiferente y hostil de las autoridades. En *Bemba*, habiendo la Sala de Cuestiones Preliminares II rechazado la solicitud de permiso de apelación del fiscal respecto de la decisión en cuestión (de confirmación de los cargos)¹³⁸, la interpretación en el sentido de que el cargo de violación subsume al de tortura —en tanto la evidencia aportada verse sobre los mismos hechos— resulta prevaleciente al presente.

Por otro lado, corresponderá observar la interpretación que se consolide sobre el alcance de la cláusula residual de los crímenes de lesa humanidad: “[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente

¹³⁴ Women’s Initiatives for Gender Justice, *Amicus Curiae Observations of the Women’s Initiatives for Gender Justice pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*, de 31 de julio de 2009, párr. 27.

¹³⁵ *Ibíd.*, párr. 30, citando a TPIY, *Prosecutor v. Furundžija*, Sala de Juicio, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, IT-95-171, párr. 267.

¹³⁶ *Ibíd.*, párr. 28.

¹³⁷ Voto Concurrente de la Jueza Cecilia Medina Quiroga en Relación con la Sentencia de la CIDH en el caso *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, de 16 de noviembre de 2009.

¹³⁸ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal the “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”*, de 18 de septiembre de 2009, ICC-01/05-01/08.

grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” [artículo 7(1)(k)]. Una primera interpretación jurisprudencial de esta controvertida cláusula se ha formulado en la decisión de confirmación de los cargos en *Katanga*, parte de la situación del Congo, caso en el que el fiscal imputó también el crimen de ‘otros actos inhumanos’¹³⁹. La Sala de Cuestiones Preliminares I vertió una primera interpretación del contenido de dicho crimen, sobre la base de *Blaškić* (TPIY)¹⁴⁰:

[...] por actos inhumanos han de entenderse las violaciones graves al derecho internacional consuetudinario y a los derechos fundamentales de los seres humanos, derivados de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, de naturaleza y gravedad similar a los actos mencionados en el artículo 7(1) del Estatuto¹⁴¹.

La Sala señala la diferencia del alcance y propósito de esta cláusula residual cuya formulación inicial se remonta a la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y posteriormente a los Estatutos del TPIY y del TPIR, en cuyo caso sirvió como una cláusula abierta orientada a recoger precisamente *otros actos inhumanos* no enunciados expresamente en el listado de ofensas constitutivas de los crímenes de lesa humanidad. En el caso del ECPI, la cláusula contiene ciertas limitaciones, respecto de la acción constitutiva de un acto inhumano y de sus consecuencias, por lo que resulta distinta de las otras conductas enunciadas como crímenes de lesa humanidad¹⁴². Sobre la base de los Elementos de los Crímenes, la Sala apunta que el sufrimiento o daño grave a la integridad física, mental o psicológica debe ser consecuencia del acto inhumano¹⁴³.

En *Katanga* el voto mayoritario de la Sala desestimó la imputación por otros actos inhumanos, en razón a considerar que la evidencia no apuntaba a verificar la intención de causar sufrimientos o daños graves; sino más bien a un intento no consumado de homicidio —de la población civil de Bogoro— como crimen de lesa humanidad, independientemente recogido en el artículo 7(1)(a). Esta interpretación da pie a considerar que el crimen de otros actos inhumanos constituye el complemento del crimen de tortura, probablemente asimilable en el sentido de los otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. De corroborarse dicha interpretación,

¹³⁹ CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decisión sobre la Confirmación de los Cargos, Sala de Cuestiones Preliminares I, de 30 de septiembre de 2008, párr. 22.

¹⁴⁰ TPIY, *The Prosecutor v. Blaškić*, Sentencia de 3 de marzo de 2000, párr. 239.

¹⁴¹ *Ibíd.*, párr. 448.

¹⁴² CPI, *Katanga*, nota *supra* 136, párr. 450-52.

¹⁴³ *Ibíd.*, párr. 453.

quedarán por determinarse los parámetros de distinción entre la tortura y los otros actos inhumanos teniendo en cuenta que el elemento de gravedad es común a ambos y que el elemento de propósito desaparece en el caso de la tortura como crimen de lesa humanidad en el ECPI. En consecuencia, cabe preguntarse si el elemento de control del crimen de tortura resulta suficiente para diferenciar la tortura de los otros tratos como actos inhumanos en el ECPI. Este es uno de los aspectos a ser dilucidados por el desarrollo jurisprudencial de la CPI, cuyo debate tampoco tuvo lugar en *Mbarushimana*, parte de la situación de la República Democrática del Congo, donde los mencionados crímenes en cuestión fueron imputados; a saber: tortura, violación y otros actos inhumanos, *inter alia*, como crímenes de lesa humanidad; y tortura, violación y trato inhumano, *inter alia*, como crímenes de guerra, al no haberse confirmado los cargos y, en consecuencia, haberse dispuesto la libertad del acusado¹⁴⁴. En efecto, la Sala consideró inexistente el elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad, considerando en consecuencia innecesario pronunciarse respecto de los elementos constitutivos de los crímenes en particular¹⁴⁵.

V. CONCLUSIONES

El caso de la tortura resulta emblemático de la interpretación de los crímenes del derecho internacional a la luz de los derechos humanos y del derecho humanitario (por lo menos en su etapa inicial), así como de los instrumentos de derechos humanos que incorporan nociones típicas del derecho penal internacional. Ésta última podría reputarse una justificación de la aplicación del derecho penal internacional por el sistema interamericano de derechos humanos, aunque el análisis sobre si dicha práctica se ha desarrollado más allá de los supuestos inherentes a las formulaciones convencionales, cae fuera del alcance de este trabajo. Así también, el caso de la tortura y los otros tratos es emblemático de las paradojas del derecho internacional. En tanto que su prohibición es categórica y absoluta, su definición continúa siendo un desafío importante tanto en la esfera de la responsabilidad internacional como de la responsabilidad penal individual.

Si bien los estándares de diferenciación entre tortura y otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana no resultan del todo nítidos, su

¹⁴⁴ El acusado fue puesto en libertad el 23 de diciembre de 2011.

¹⁴⁵ CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, decisión de confirmación de los cargos, Sala de Cuestiones Preliminares I, de 16 de diciembre de 2011, párr. 266.

jurisprudencia destila varios aspectos interesantes de interpretación, como la adopción de presunciones en casos de comprobada custodia o control (por parte de agentes estatales) que entrañan privaciones ilegales de la libertad física en aislamiento y/o incomunicación. Esto podría resultar de particular interés *vis-à-vis* la definición de la tortura como crimen de lesa humanidad en el ECPI, que incorpora el elemento de custodia o control.

Teniendo en cuenta la importante metamorfosis que ha experimentado el concepto de tortura en el derecho penal internacional, plasmada en el ECPI, la jurisprudencia que desarrolle la CPI en materia de tortura y otros tratos será de gran importancia *vis-à-vis* una nueva interpretación de estos crímenes y de su coherencia en cuanto a una concepción diferenciada de la tortura como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra (más allá de los elementos contextuales).

La eliminación del requerimiento ‘oficial’ del sujeto activo en la tipificación del ECPI, no sólo con relación a los crímenes de guerra sino también a los crímenes de lesa humanidad, es un avance importante cuya influencia en el derecho internacional de los derechos humanos no puede quedar indiferente, más aun cuando la tradicional visión de responsabilidad estatal exclusiva por violaciones a derechos humanos va perdiendo fundamento *vis-à-vis* la creciente participación activa de sujetos de carácter no estatal en el escenario internacional (también en tiempos de paz).

La recíproca influencia entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, reflejo de la cual el caso de la tortura (y los otros tratos) es por demás elocuente —como puede haberse advertido—, suscita la interrogante respecto a la pertinencia y coherencia de mantener el concepto de tortura dependiente del contexto particular de su comisión. Esta es una interrogante de dimensiones particulares en el ámbito de criminalización de la tortura y de cara a los procesos de implementación del ECPI, en particular respecto a la pertinencia de homogeneizar, al margen de los elementos contextuales, los elementos constitutivos de la tortura como crimen de lesa humanidad, de guerra y delito ordinario y, en última instancia, la noción de tortura.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Ambos, Kai ‘May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?’, (2008) 6 *Journal of International Criminal Justice*

- Anderson, Kirsten ‘How Effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?’, (2006) 7 *Melbourne Journal of International Law*
- Burchard, Christoph ‘Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. A Critical Assessment’, (2008) 6 *Journal of International Criminal Justice*
- Canosa Usera, Raúl *El Derecho a la Integridad Personal* (2006), Edit. Lex Nova.
- Cullen, Anthony ‘Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights’, (2003) 34 *California Western International Law Journal*
- Ddamulira, Jamil Mujuzi ‘The History of Torture Jurisprudence in the Inter-American Regional Human Rights System: 1948-2005’, (2007) 13(1) *East African Journal of Peace & Human Rights*
- Dörmann, Knut *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary* (2003) ICRC, UK: Cambridge
- Gaeta, Paola ‘When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?’, (2008) 6 *Journal of International Criminal Justice*
- Galdámez Zelada, Liliana ‘Alcance de la Prohibición de la Tortura y los Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’, en Centro de Estudios Constitucionales, (2006) 4(2) *Estudios Constitucionales*.
- Huertas Díaz, Omar et al. (compiladores), *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y Jurisprudencia 1980-2005*, (2005) Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá: Ibáñez.
- Lantrip, Julie ‘Torture and Cruel, Inhumane and Degrading Treatment in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights’, (1999) 5(55) *ILSA Journal of International & Comparative Law*
- Lord, Rachel ‘The Liability of Non-State Actors for Torture in Violation of International Humanitarian Law: An Assessment of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’, (2003) 4(1) *Melbourne Journal of International Law*
- Martin, Claudia y Rodríguez-Pinzón, Diego (2006) *La Prohibición de la Tortura y los Malos Tratos en el Sistema Interamericano. Manual para Víctimas y sus Defensores* (traducción de L. Vilás Costa), Serie de Manuales de la OMCT, Vol. 2.
- Sivakumaran, Sandesh ‘Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: the Actor and the Ad Hoc Tribunals’, (2005) 18 *Leiden Journal of International Law*.
- Wauters, Jasper ‘Torture and Related Crimes – A Discussion of the Crimes Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’, (1998) 11 *Leiden Journal of International Law*
- Wouters, Kees ‘Editorial: How Absolute is the Prohibition of Torture?’, (2006) 8(1) *European Journal of Migration and Law*

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Bámaca Velásquez v. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, CIDH (Serie C No. 70)

Bayarri v. Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008, CIDH (Serie C No. 187)

Blake v. Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998, CIDH (Serie C No. 36)

Bueno Alves v. Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007, CIDH (Serie C No. 164)

Caballero-Delgado y Santana v. Colombia, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, CIDH (Serie C No. 22)

Caesar v. Trinidad y Tobago, Sentencia de 11 de marzo de 2005, CIDH (Serie C No. 123)

Cantoral Benavides v. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, CIDH (Serie C No. 69)

Castillo Páez v. Perú, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, CIDH (Serie C No. 34)

Castillo Petruzzi y Otros v. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, CIDH (Serie C No. 52)

De la Cruz Flores v. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, CIDH (Serie C No. 115)

Gangaram Panday v. Suriname, Sentencia de 21 de enero de 1994, CIDH (Serie C No. 16)

Godínez Cruz v. Honduras, Sentencia de 20 de enero de 1989, CIDH (Serie C No. 5)

Gómez Paquiyari v. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004, CIDH (Serie C No. 110)

González y Otras ("Campo Algodonero") v. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, CIDH

Hilaire, Constantine y Benjamín y otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002, CIDH (Serie C No. 94)

Humberto Sánchez v. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, CIDH (Serie C No. 99)

Loayza Tamayo v. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, CIDH (Serie C No. 33)

Lori Berenson Mejía v. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, CIDH (Serie C No. 119)

Maritza Urrutia v. Guatemala, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, CIDH (Serie C No. 103)

Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, Sentencia de 29 de abril de 2004, CIDH (Serie C No. 105)

Paniagua Morales y Otros v. Guatemala, Sentencia de 8 de marzo de 1998, CIDH (Serie C No. 37)

Suárez Rosero v. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, CIDH (Serie C No. 35)

Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, CIDH (Serie C No. 114)

Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, CIDH (Serie C No. 4)

Villagrán Morales et al. v. Guatemala (“Niños de la Calle”), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, CIDH (Serie C No. 63)

19 Comerciantes v. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, CIDH (Serie C No. 109)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Familia Pacheco Tineo, Caso 12474, Bolivia, nota de remisión de la Comisión Interamericana, de 21 de febrero de 2012. Informe de Fondo No. 136/11, de 31 de octubre de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A v. Reino Unido, Sentencia de 23 de septiembre de 1998, Appl. No. 2559994

HLR v. Francia, Sentencia de 29 de abril de 1997, Appl. No. 2457393

Irlanda v. Reino Unido, Sentencia de 18 de enero de 1978, Appl. No. 531071

Kurt v. Turquía, Sentencia de 25 de mayo de 1998, Appl. No. 2427694

Selmouni v. Francia, Sentencia de 28 de julio de 1999, Appl. No. 2580394

Soering v. Reino Unido, Sentencia de 7 de julio de 1989, Appl. No. 1403888

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići), Sentencia de Primera Instancia, Caso No. IT-96-21-T, de 16 de noviembre de 1998.

Prosecutor v. Blaškić, Sentencia de Primera Instancia, Caso No. IT-95-14-T, de 3 de marzo de 2000.

Prosecutor v. Brdanin, Sentencia de Primera Instancia, Caso No. IT-99-36-T, de 1 de septiembre de 2004.

Prosecutor v. Furundžija, Sentencia de Primera Instancia, Caso No. IT-95-17/T-T, 10 de diciembre de 1998.

Prosecutor v. Krnojelac, Sentencia de Primera Instancia, Caso No. IT-97-25-T, de 15 de febrero de 2002.

Prosecutor v. Kunarac et al., Sentencia de Apelación, Caso No. IT-96-23 – IT-96-23/A, de 20 de junio de 2002.

Prosecutor v. Kunarac et al., Sentencia de Primera Instancia, Caso No. IT-96-23-T – IT-96-23/A-T, de 22 de febrero de 2001.

Prosecutor v. Kvočka et al., Sentencia de Primera Instancia, Caso No. IT-98-30/T-T, de 2 de noviembre de 2001.

Prosecutor v. Martić, Sentencia de Primera Instancia, Caso No. IT-95-11-T, de 12 de junio de 2007.

Prosecutor v. Simić et al., Sentencia de Primera Instancia, Caso No. IT-95-9-T, de 17 de octubre de 2003.

Prosecutor v. Tadić, Sentencia de Primera Instancia, Caso No. IT-94-1-T, de 7 de mayo de 1997.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Sentencia de Primera Instancia, Caso No. TPIR-96-4-T, de 2 de septiembre de 1998.

Corte Penal Internacional

Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decisión de Confirmación de los Cargos, Caso No. ICC-01/04-01/07, Sala de Cuestiones Preliminares I, 26 de septiembre de 2008.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decisión de Confirmación de los Cargos, Caso No. ICC-01/05-01/08, Sala de Cuestiones Preliminares II, 15 de junio de 2009.

Prosecutor v. Calliste Mbarushimana, Decisión de Confirmación de los Cargos, Caso No. ICC-01/04-01/10, Sala de Cuestiones Preliminares I, 16 de diciembre de 2011.

La búsqueda de la realización de la justicia en la era de los Tribunales Internacionales

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE¹

SUMARIO: I. La Búsqueda de la Realización del Ideal de la Justicia Internacional. II. La Subjectividad Internacional de los Individuos. 1. Subjectividad activa: Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. 2. Subjectividad pasiva: Tribunales Penales Internacionales. III. Crímenes de Estado y responsabilidad internacional agravada. IV. El *Jus Naecessarium*: la Concepción Anti-Voluntarista de la Jurisdicción Internacional Obligatoria. V. La Integridad de las Bases de Jurisdicción de los Tribunales Internacionales. 1. Una experiencia histórica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. Facultades inherentes de los Tribunales Internacionales en el Ejercicio de su Jurisdicción. 3. El fiel cumplimiento de las Sentencias Internacionales: posición principista. VI. La Construcción Jurisprudencial del *Jus Cogens* y la Ampliación de su Contenido Material. VII. Las Dimensiones Horizontal y Vertical de las Obligaciones *Erga Omnes* de Protección. VIII. La Justicia Internacional desde la Perspectiva de los Justiciables. IX. El Advenimiento de las Convergencias Jurisprudenciales en la Labor de los Tribunales Internacionales Contemporáneos. X. Consideraciones Finales: Los Avances en la Realización del Ideal de la Justicia Internacional. 1. La relevancia de los principios generales del Derecho. 2. La unidad del Derecho en la realización de la Justicia. 3. La Jurisdicción Internacional como co-partícipe de la Jurisdicción Nacional en la realización de la Justicia.

I. LA BÚSQUEDA DE LA REALIZACIÓN DEL IDEAL DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL

La realización del antiguo ideal de la justicia a nivel internacional ha venido revitalizándose, en los últimos años, con la operación de los múltiples tribunales internacionales contemporáneos. Fue necesario esperar mucho tiempo para que este proceso histórico se desencadenase. Desde las ideas y

¹ Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasilia; Juez de la Corte Internacional de Justicia (La Haya); Ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Honorario de la Universidad de Utrecht; *Honorary Fellow* de la Universidad de Cambridge; Miembro del *Institut de Droit International*, del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, y de la Academia Brasileña de Letras Jurídicas.

los escritos visionarios de B.C.J. Loder, N. Politis, J. Spiropoulos, Alejandro Álvarez, A. Mandelstam, Raul Fernandes, René Cassin, G. Scelle, H. Lauterpacht, J. Humphrey, entre otros, fue necesario esperar por décadas por los actuales desarrollos en la realización de la justicia internacional, hoy enriqueciendo y no “fragmentando” el Derecho Internacional, fortaleciendo y no minando el Derecho Internacional.

La expansión alentadora de los tribunales internacionales es una señal de nuestros nuevos tiempos —y pienso que tenemos que situarnos a la altura de los desafíos de nuestros tiempos—, de modo a asegurar que cada uno de aquellos tribunales de su contribución efectiva a la continua evolución del Derecho Internacional en la búsqueda de la realización de la justicia internacional. Uno de los aspectos más importantes de esta lucha reside en la afirmación y el reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del individuo, para vindicar los derechos que le son inherentes como ser humano, inclusive *vis-à-vis* su propio Estado. La subjetividad internacional del individuo es no sólo activa, sino también pasiva, con la expansión de la jurisdicción internacional.

La temática de la multiplicidad de los tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización de la justicia a nivel internacional ha asumido en definitivo un lugar de destaque en la agenda internacional en esta segunda década del siglo XXI. Es, además, un tema que viene se expandiendo, y que amerita la más cuidadosa atención por parte de los jusinternacionalistas de las nuevas generaciones, en sus múltiples aspectos. Dentre éstos, cabe destacar los crímenes de Estado y la responsabilidad internacional agravada, así como el *jus naecessarium*, a partir de la concepción anti-voluntarista de la jurisdicción internacional obligatoria.

Otros aspectos a requerir atención especial son, a mi juicio: a) la integridad de las bases de jurisdicción de los tribunales internacionales; b) la construcción jurisprudencial del *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes* de protección; c) la justicia internacional desde la perspectiva de los justiciables; y d) las convergencias jurisprudenciales en la labor de los tribunales internacionales contemporáneos. A partir de ahí, el campo estará abierto para la presentación de mis consideraciones finales, sobre los avances en la realización del ideal de la justicia internacional. Como abordaré el tema con base también en mi experiencia, es natural que sean frecuentes mis referencias, en particular, a los aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Internacional de Justicia en los últimos años.

II. LA SUBJECTIVIDAD INTERNACIONAL DE LOS INDIVIDUOS

1. *Subjectividad activa: Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*

Es esta una materia a la cual he dedicado mis reflexiones a lo largo de los años². Permítome aquí, de inicio, tan sólo referirme a algunos de mis pronunciamientos en importantes foros internacionales³, en defensa del *acceso directo de los individuos* a los tribunales internacionales de derechos humanos (Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos), como sujetos del Derecho Internacional, dotados de plenas personalidad y capacidad jurídicas internacionales⁴. Hechas estas referencias para un estudio más amplio sobre la materia, me permito a continuación abordar tan sólo algunos desarrollos en los cuales tuve la ocasión de participar directamente.

En efecto, una cuestión a la cual he dedicado la mayor parte de mi tiempo como Juez y Presidente de la CtIADH fue precisamente la del *acceso directo de la persona humana a la justicia internacional*⁵. Considero las dispo-

² A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, cap. XX, pp. 447-497; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, cap. VII, pp. 317-374; A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2ª. ed., Brasília, Edit. Universidade de Brasília, 1997, pp. 19-327; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 1-421.

³ Como en las conferencias de conmemoración de los cincuentenarios de la Corte Europea de Derechos Humanos, en Roma en 1999, y de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, en Luxemburgo en 2002, así como en los plenarios de la Asamblea General y del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en 2000-2002.

⁴ Cf. los seis Anexos Documentales, in: A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 4ª. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2009, pp. 587-607. Y cf. también, al respecto, A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, Santiago de Chile, CECO/ Librotecnia, 2008, pp. 61-407; A.A. Cançado Trindade, "The Right of Access to Justice in the Inter-American System of Human Rights Protection", *17 Italian Yearbook of International Law* (2007) pp. 7-24.

⁵ En efecto, he sostenido, expresa y consistentemente, mi firme defensa del derecho de acceso directo del individuo a la jurisdicción internacional, no sólo en mis libros y escritos, sino también en numerosos de mis Votos en el seno de la Corte Interamericana (v.g., en la década de 1996 a 2007, casos *Castillo Páez y Loayza Tamayo versus Perú* [Excepciones Preliminares], *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú* [Excepciones Preliminares], *Blake versus Guatemala*, *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y Otros*) *versus Guatemala*, *Cinco Pensionistas versus Perú*, *Hermanos Gómez Paqui-*

siciones relevantes al respecto, del cuarto Reglamento de la CtIADH (del 24.11.2000, que entró en vigor el 01.06.2001) el más relevante avance de la operación del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 desde su entrada en vigor en 1978.

Dicho Reglamento resultó de providencias, y de un mandato de la Asamblea General de la OEA confiado a la CtIADH —en la línea de una iniciativa de la propia Corte—, que examino en detalles en otros estudios, no siendo mi propósito en esta ocasión aquí reiterarlos, sino a ellos tan sólo referirme⁶.

En cumplimiento del encargo que me fue confiado por mis colegas los Jueces de la Corte, elaboré las *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*⁷ (que presenté a la Asamblea General de la OEA en 2001), y desarrollé, como Juez *rappporteur*, a partir de entonces, una serie de actividades y estudios, que incluyeron la coordinación del Seminario sobre “*El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*” (23-24 de noviembre de 1999)⁸, y la presidencia de cuatro Reuniones de Expertos convocadas por la Corte⁹.

yauri versus Perú, Instituto de Rehabilitación del Menor versus Paraguay, Yátama versus Nicaragua, Ximenes Lopes versus Brasil, Masacre de Pueblo Bello versus Colombia, López Álvarez versus Honduras, Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay, Baldeón García versus Perú, Masacres de Ituango versus Colombia, Goiburú y Otros versus Paraguay, Trabajadores Cesados del Congreso versus Perú [fondo y reparaciones, e interpretación de Sentencia], *Mery Naranjo y Otros versus Colombia, García Prieto y Otros versus El Salvador, Penitenciaría de Araraquara versus Brasil*, y Opinión Consultiva n. 17 sobre la *Condición Jurídica y Derechos del Niño*).

⁶ A.A. Cançado Trindade, “El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y Su Proyección Hacia el Futuro: La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional”, in *XXVIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - OEA* (2001) pp. 33-92; A.A. Cançado Trindade, “Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne”, 14 *Revue québécoise de droit international* (2001) n. 2, pp. 207-239.

⁷ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, tomo II, 2ª. ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 3-64.

⁸ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario* (Noviembre de 1999), tomo I, 1ª. ed., San José de Costa Rica, CtIADH, 2001, pp. 3-750.

⁹ Para un relato detallado, cf., recientemente, A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2011, cap. XIII, pp. 109-126.

Como Juez relator de la CtIADH, sostuve la posición, que siempre defendí, en el sentido de que existe una verdadera línea de evolución que ha rescatado la posición de los individuos como *verdaderos sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, así como del Derecho Internacional Público, dotados de plena capacidad jurídica para actuar (*legitimatío ad causam*) en el plano internacional. Al respecto, observé que al reconocimiento de derechos debe corresponder la capacidad procesal de vindicarlos, debiendo el individuo peticionario estar dotado de *locus standi in iudicio* en todas las etapas del procedimiento ante el Tribunal, seguido del *jus standi*¹⁰. Fue lo que sostuve en mi presentación del *Informe Anual* de labores de la Corte a la Asamblea General de la OEA, realizada en Windsor, Canadá (2000)¹¹.

El día 05.04.2001, presenté formalmente a la CAJP del Consejo Permanente de la OEA mi *Informe* conteniendo lo que denominé las “*Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección*” —un Protocolo de Enmiendas (y no Facultativo)—, fruto de una intensa y prolongada reflexión personal sobre los medios de fortalecer el mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹². El documento fue elevado a la consideración de la Asamblea General de la OEA (de junio de 2001, en San José de Costa Rica), ante la cual, en mi discurso del 04.06.2001, destacué la importancia de haber el nuevo Reglamento de la Corte otorgado del *locus standi in iudicio* a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales, en *todas* las etapas del proceso ante la CtIADH, como verdaderos sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹³.

Y agregué, ante la misma Asamblea General de la OEA, acerca del fortalecimiento de la capacidad procesal internacional de los individuos bajo

¹⁰ Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104.

¹¹ Cf. texto reproducido in: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 2000*, Anexo LI, pp. 785-790, esp. pp. 789-790.

¹² Cf. OEA, *Informe y Propuestas del Presidente y Relator de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en el Marco del Diálogo sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección* (05 de abril de 2001), OEA documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1781/01, de 10.04.2001, pp. 01-37 (también disponible en portugués, inglés y francés).

¹³ In: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 2001*, tomo II, San José de Costa Rica, CtIADH, 2002, pp. 1250-1251.

la CADH, que algunos artículos (44, 48(1) (f), 57, 61, 63(1)) de la CADH, sumados al artículo 28 del Estatuto de la Corte, se prestan claramente a la interpretación en favor de los individuos peticionarios como parte demandante; y agregué que

“En cuanto a las *Medidas Provisionales de Protección* (bajo el artículo 63(2) de la Convención), desarrollos recientes han fortalecido la posición de los individuos en búsqueda de protección: en dos ocasiones, en el curso del año 2000, en relación con dos casos pendientes ante la Corte [casos del *Tribunal Constitucional* y de *Loayza Tamayo versus Perú*], por primera vez en la historia del Tribunal, por solicitud directa de las víctimas, el Presidente de la Corte adoptó medidas urgentes *ex officio*, las cuales fueron ratificadas por la Corte en pleno al adoptar las correspondientes Medidas Provisionales de Protección. Estos dos episodios recientes, que no pueden pasar desapercibidos, demuestran no sólo la viabilidad, sino también la importancia, del *acceso directo* del individuo, sin intermediarios, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún más en una situación de extrema gravedad y urgencia.

En cuanto a las *Opiniones Consultivas*, no hay que pasar desapercibida la participación, en el procedimiento ante la Corte, de individuos, sea como personas físicas o como representantes de organizaciones no-gubernamentales (ONGs). Si bien en la mayoría de los procedimientos consultivos hasta la fecha no se contó con dicha participación, en algunos de ellos los individuos marcaron presencia [Opiniones Consultivas ns. 16 y 18]”¹⁴.

En fin, en el mismo discurso del 04.06.2001 ante la Asamblea General de la OEA, observé que, además de las propuestas de enmiendas a los artículos 50(2), 51(1), 59, 61, 62, 65, 68, 75 y 77 de la Convención Americana, y las correspondientes modificaciones en el Estatuto de la Corte¹⁵. Y concluí mi intervención en la Asamblea General de la OEA de 2001 enfatizando la importancia de la *jurisdiccionalización* de los procedimientos bajo la Convención Americana, “por constituir la vía judicial la forma más perfeccionada de protección de los derechos de la persona humana”¹⁶.

Además, recomendé que el artículo 62 de la CADH fuera enmendado para tornar la jurisdicción de la CtIADH *automáticamente* obligatoria para todos los Estados Partes en la Convención, no admitiendo cualquier tipo de restricciones, y sin necesidad de manifestación adicional de consentimiento, posteriormente a la ratificación of the Convención¹⁷. La jurisdic-

¹⁴ In: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 2001*, tomo II, San José de Costa Rica, CtIADH, 2002, pp. 1251-1252.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 1252-1253.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 1255-1257.

¹⁷ Anteriormente, había yo destacado la necesidad de la jurisdicción obligatoria de la CtIADH en mi Voto Concurrente en el caso de *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú* (Sentencia sobre excepciones preliminares, del 04.09.1998), párrs. 40-46.

ción obligatoria de la CtIADH, a mi juicio, es el complemento indispensable del derecho de petición individual bajo la Convención Americana: ambos constituyen los pilares básicos de la protección internacional, del mecanismo de emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado¹⁸. Por consiguiente, me permití caracterizar los artículos 44 y 62 de la CADH, que sobre ambos disponen, como verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección de la persona humana bajo la CADH¹⁹.

2. *Subjectividad pasiva: Tribunales Penales Internacionales*

Otro aspecto de la materia en aprecio reside en las incursiones de las Naciones Unidas en el dominio del derecho penal internacional. Aquí el individuo también irrumpe como sujeto del Derecho Internacional, en su subjetividad ya no *activa* (como ante los tribunales internacionales de derechos humanos), sino también *pasiva* (ante los tribunales penales internacionales contemporáneos). El cuadro general de este desarrollo es revelador de la búsqueda de la realización del antiguo ideal de la justicia internacional. Recuerdese que, aún antes del establecimiento del Tribunal Penal Internacional (TPI), la creación de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia (en 1993)²⁰ y para Ruanda (en 1994)²¹,

¹⁸ Como divisado por los llamados “fundadores” del derecho de gentes; cf. A.A. Cançado Trindade, “The Emancipation of the Individual from His Own State - The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations”, in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law - Liber Amicorum L. Wildhaber* (eds. S. Breitenmoser et alii), Zürich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, pp. 151-171.

¹⁹ Cf. CtIADH, caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú* (excepciones preliminares, Sentencia del 04.09.1998), Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 36-38; y CtIADH, Opinión Consultiva n. 16, sobre *El Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (del 01.10.1999), Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 30. Y cf. A.A. Cançado Trindade, “Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, in *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario* (November 1999), vol. I, 2ª. ed., San José de Costa Rica, CtIADH, 2003, pp. 3-68.

²⁰ Resoluciones 808(1993) y 827(1993), del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

²¹ Resolución 955(1994), del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Cf. B. Boutros-Ghali, “Introduction”, in *Les Nations Unies et les droits de l'homme - 1945-1995*, N.Y., U.N., 1995, pp. 119-133. El Tribunal *ad hoc* para la ex-Yugoslavia fue creado para juzgar las personas responsables por violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en la ex-Yugoslavia (a partir de 1991), y el Tribunal *ad hoc* para Ruanda fue

por decisión del Consejo de Seguridad, a la luz del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, vino no sólo atender a las presiones públicas ante las atrocidades cometidas en la ex-Yugoslavia y en Ruanda, sino también contribuir a preservar la creencia en un ordenamiento jurídico internacional en que los responsables por violaciones *graves* de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario sean juzgados y sancionados, previniendo así crímenes futuros.

Aunque la respuesta de la comunidad internacional —en la forma de la creación de los dos referidos Tribunales *ad hoc*— a las atrocidades cometidas haya sido considerada lenta, de efecto retardado, insuficiente y limitada, sobre todo en relación con el genocidio de Ruanda²², el hecho es que ambos Tribunales pasaron prontamente a mostrar resultados concretos²³. El Tribunal Internacional *ad hoc* de las Naciones Unidas para Ruanda, por ejemplo, ha contribuído (a partir de su propia definición estatutaria) para una mejor comprensión del contenido material de los crímenes contra la humanidad²⁴.

La creación y el funcionamiento de los dos mencionados Tribunales *ad hoc* vinieron, en fin, contribuir a la lucha contra la impunidad de crímenes de guerra y de responsables por actos de genocidio y crímenes contra la humanidad, superando así una de las carencias del Derecho In-

instituído para juzgar las personas responsables por graves crímenes cometidos durante los conflictos armados internos en Ruanda (en el trascurso de 1994), reafirmando así el consagrado principio de la responsabilidad penal individual por tales violaciones; cf. *ibid.*, pp. 127-129 y 119.

²² El propio ex-Secretario-General de Naciones Unidas (Kofi Annan) advirtió que “las consecuencias trágicas del fracaso de la comunidad internacional de actuar con mayor rapidez y decisión de prevenir, o al menos disminuir el alcance, del genocidio en Ruanda en 1994, resalta la necesidad que tenemos de estar preparados para crisis futuras”; K.A. Annan, “Strengthening United Nations Action in the Field of Human Rights: Prospects and Priorities”, 10 *Harvard Human Rights Journal* (1997) p. 7. -Y cf. A. Destexhe, *Rwanda and Genocide in the Twentieth Century*, London/East Haven Ct., Pluto Press, 1995, pp. 1-88; K.A. Acheampong, “Our Common Morality under Siege: The Rwanda Genocide and the Concept of the Universality of Human Rights”, 4 *Review of the African Commission on Human and Peoples’ Rights* (1994) pp. 31-40.

²³ Cf. J.R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2ª. ed., Ardsley/N.Y., Transnational Pubs., 1999, pp. 3-643; y cf. también, *inter alia*, v.g., F.P. King y A.-M. La Rosa, “The Jurisprudence of the Yugoslavia Tribunal: 1994-1996”, 8 *European Journal of International Law* (1997) pp. 155-160; L.S. Sunga, “The First Indictments of the International Criminal Tribunal for Rwanda”, 18 *Human Rights Law Journal* (1997) pp. 329-340.

²⁴ L.J. van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 270-271.

ternacional clásico. Vinieron, además, abrir camino al establecimiento de una jurisdicción penal internacional permanente: el 17 de julio de 1998 la Conferencia de Roma de las Naciones Unidas aprobó el Estatuto del TPI (compuesto de 13 partes y 128 artículos), sus Anexos, y el Acta Final de la Conferencia.

Además del TPI y de los supracitados Tribunales *ad hoc* para a ex-Yugoslavia e para Ruanda, también han operado en nuestros días los tribunales penales “internacionalizados” o “híbridos” o “mistos” (para Sierra Leona, Timor-Este, Kosovo, Bosnia-Herzegovina, Camboya y Líbano)²⁵, que cuentan con jueces internacionales y nacionales. El Tribunal “híbrido” (Salas Extraordinarias) para Camboya, trascurridas tres décadas, empezó a juzgar los responsables por las atrocidades del *Khmer Rouge*²⁶. Los tribunales “mistos” o “híbridos” o “internacionalizados” han constituido una experiencia nueva y creativa en búsqueda de la justicia internacional; operando con adecuación y propiedad, han contribuido, cada uno a su modo, a la determinación de la responsabilidad (*accountability*)²⁷ de los responsables por violaciones *graves* del derecho internacional humanitario.

III. CRÍMENES DE ESTADO Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AGRAVADA

Mi larga experiencia en la magistratura internacional me ha llevado a la convicción, ante la constatación de la perpetración de atrocidades o de violaciones particularmente graves de los derechos humanos, de la exis-

²⁵ Cf., v.g., S. Williams, *Hybrid and Internationalized Criminal Tribunals*, Oxford/Portland, Hart, 2012, pp. 58-133; C.P.R. Romano, A. Nollkaemper y J.K. Kleffner (eds.), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals - Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 3-38.

²⁶ Esta iniciativa se reviste de importancia, apesar de limitaciones procesales del tipo de participación como “parte civil” (*partie civile*); cf. P. Kroker, “Transitional Justice Policy in Practice: Victim Participation in the *Khmer Rouge* Tribunal”, 53 *German Yearbook of International Law* (2010) pp. 753-791; M. Mohan, “The Paradox of Victim-Centrism: Victim Participation at the *Khmer Rouge* Tribunal”, 9 *International Criminal Law Review* (2009) pp. 733-775; Hao Duy Phan, “Reparations to Victims of Gross Human Rights Violations: The Case of Cambodia”, 4 *East Asia Law Review* (2009) pp. 277-298; y cf. N.H.B. Jorgensen, “The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia and the Progress of the *Khmer Rouge* Trials”, 11 *Yearbook of International Humanitarian Law* (2008) pp. 373-389.

²⁷ Cf. S. Linton, “Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice”, 12 *Criminal Law Forum* (2001) pp. 185-246, esp. p. 245.

tencia de verdaderos *crímenes de Estado*. Los hechos hablan por sí mismos, y algunos casos ante la CtIADH (v.g., el de *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, Sentencia del 25.11.2003, entre otros) han contado con el expreso reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado demandado. En el caso de *Myrna Mack Chang*, por ejemplo, dicho reconocimiento, además de formulado por el Estado demandado en la audiencia pública del 20.02.2003 ante la CtIADH, fue, aún más, aclarado en un documento que me entregó personalmente el Canciller de Guatemala, el día 03.03.2003, en la sede de la Corte en San José de Costa Rica²⁸.

El crimen de Estado sí, existe; no deja él de existir simplemente porque la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de Naciones Unidas ha eludido la cuestión. Como no podría dejar de hacerlo, dejé constancia de mi convicción de la ocurrencia de verdaderos crímenes de Estado, —ante su planificación (al más alto nivel), premeditación, intencionalidad, y perpetración, por agentes del Estado. Lo hice en algunos de mis Votos Razonados en Sentencias de la CtIADH, v.g., en los casos de *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (del 25.11.2003), de la *Masacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (fondo, del 29.04.2004, y reparaciones, del 19.11.2004), de las *Masacres de Ituango versus Colombia* (del 01.07.2006), de la *Prisión de Castro Castro versus Perú* (del 25.11.2006), de *La Cantuta versus Perú* (del 29.11.2006) —así como en mi *Curso General de Derecho Internacional Público* de 2005, que ministré en la Academia de Derecho Internacional de La Haya²⁹.

Es esto lo que ha efectivamente pasado en los últimos años: la CtIADH se ha pronunciado sobre casos que efectivamente configuran, en mi percepción, verdaderos *crímenes de Estado*, planificados al más alto nivel del poder público y ejecutados en medio a políticas genuinamente estatales de exterminio de seres humanos. Se pueden citar, en este sentido, e.g., las Senten-

²⁸ En esta fecha recibí, como Presidente de la CtIADH, el Ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala (Sr. Edgar Gutiérrez), quién me hizo entrega de un documento escrito aclaratorio y confirmatorio de la inequívoca aceptación, “sin condición alguna”, de la responsabilidad internacional del Estado demandado. Este histórico episodio encuéntrase narrado en los párrafos 94 hasta 96, de la Sentencia del 25.11.2003 de la CtIADH en el referido caso de *Myrna Mack Chang*. El reconocimiento estatal de responsabilidad internacional fue formulado con la debida aceptación de todas sus consecuencias jurídicas, lo que demuestra una posición de madurez por parte del Estado.

²⁹ A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 420-439.

cias de la Corte en los casos de las *Masacres de Barrios Altos* (del 14.03.2001)³⁰, del *Caracazo* relativo a Venezuela (reparaciones, del 29.08.2002), de *Plan de Sánchez* (del 29.04.2004), de los *19 Comerciantes* (del 05.07.2004), de *Mapiripán* (del 17.09.2005), de la *Comunidad Moiwana* (del 15.06.2005), de *Pueblo Bello* (del 31.01.2006), de *Ituango* (del 01.07.2006), de *Montero Aranguren y Otros* (del 05.07.2006), de *Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia)*, del 05.07.2006), de la *Prisión de Castro Castro* (del 25.11.2006), y de *La Cantuta* (del 29.11.2006)³¹ —así como los casos de asesinatos planificados al más alto nivel del poder estatal y por orden de este último ejecutados (tales como el supracitado caso de *Myrna Mack Chang*, Sentencia del 25.11.2003). Además, en dos Sentencias, de trascendencia histórica, la CtIADH reiteró su aserción de la responsabilidad internacional *agravada* del Estado, a saber, las Sentencias relativas al régimen Pinochet en Chile (del 27.09.2006, en el caso *Almonacid Arellano*) y al régimen Stroessner en Paraguay (del 22.09.2006, en el caso *Goiburú y Otros*)³².

El hecho de que las víctimas (y sus parientes) de la *Operación Cóndor* hayan alcanzado, tres décadas después de la perpetración de sus horrores, un tribunal internacional tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos *Goiburú y Almonacid*) —la cual reafirmó y amplió el contenido material del *jus cogens* internacional—, se debe, en mi entender, al

³⁰ El caso de la masacre de *Barrios Altos*, en el cual las víctimas eran miembros de sindicatos, es hoy día considerado, en la bibliografía jurídica especializada en escala mundial, como el *leading case* de la superación del obstáculo de las “leyes de auto-amnistía”.

³¹ En este último caso, el de *La Cantuta*, relativo a Perú, las víctimas —un profesor y un grupo de estudiantes— fueron raptadas del *campus* de la Universidad de La Cantuta, Lima, por fuerzas de seguridad del Estado demandado, después de la media-noche, en las primeras horas de la madrugada del 18.07.1992, y “desaparecieron”, algunas de las cuales pronta y sumariamente ejecutadas; en seguida, los hechos no fueron debidamente investigados.

³² En las Sentencias de ambos casos, desarrollé, en mis extensos Votos Razonados, mis reflexiones personales sobre los *crímenes de Estado*, tomando en cuenta sobre todo los horrores de la sinistra *Operación Cóndor*; cf. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 121-184. En el caso de *Goiburú y Otros versus Paraguay* (2006), ocurrido en un contexto de detenciones ilícitas y prolongadas (a mediados de los años setenta) de las víctimas por agentes del Estado, las víctimas permanecieron *incomunicado*, fueron torturadas y asesinadas, y sus restos mortales fueron ocultados —en consecuencia de su oposición al régimen dictatorial del Presidente A. Stroessner. La CtIADH determinó las graves violaciones de derechos humanos que habían ocurrido, en el contexto de la así-llamada “Operación Cóndor”, en la cual agentes de seguridad de los Estados del Cono Sur de América del Sur “cooperaron” *inter se* para exterminar opositores políticos de los regímenes represivos de aquella época.

despertar de la *conciencia jurídica universal* (como fuente material última de todo el Derecho)³³, de modo que los crímenes de Estado no más ocurran en el futuro. Durante los procedimientos de los casos contenciosos respectivos ante la CtIADH, casi todos estos casos de masacres contaron, significativamente, con el reconocimiento de la responsabilidad internacional de parte de los propios Estados demandados por la ocurrencia de los crímenes, a fin de determinar los actos ilícitos del pasado de modo a evitar su repetición. Este fenómeno, de gran relevancia histórica, no encuentra paralelos en otros tribunales internacionales contemporáneos.

Se puede destacar, en particular, dos cuestiones jurídicas merecedoras de atención especial en dichos casos de massacres, a saber: primera, *la determinación de la responsabilidad internacional agravada del Estado* (circunstancias agravantes de los ilícitos perpetrados); y segunda, *la determinación de la condición de víctima* en tales casos. Como demostrado en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez*, los crímenes cometidos en el curso de la ejecución, por medio de operaciones militares, de la política estatal de la “*tierra arrasada*”, incluyendo la propia masacre de Plan de Sánchez (perpetrada el 18.07.1982), tenían por fin destruir, total o parcialmente, los miembros de las comunidades indígenas mayas.

En su mencionada Sentencia del 29.04.2004, la CtIADH determinó que tales violaciones “afectaron gravemente los miembros del pueblo *maya-achí* en su identidad y valores”, y, en la medida en que ocurrieron en un “estándar de masacres”, tuvieron “un impacto agravado” en la determinación de la responsabilidad internacional del Estado³⁴. En tales casos de masacres,

³³ A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), cap. VI, pp. 177-202.

³⁴ Párr. 51 de la Sentencia. La Corte ordenó reparaciones en su Sentencia subsiguiente en el caso, del 19.11.2004. A su vez, anteriormente, la Comisión guatemalteca para el Esclarecimiento Histórico, en su segundo informe *Guatemala - Memoria del Silencio*, había establecido la ocurrencia de 626 masacres cometidos por fuerzas del Estado durante el conflicto armado, principalmente el Ejército, apoyado por estructuras paramilitares; 95% de ellos habían sido perpetrados entre 1978 y 1984 (con violencia intensificada en 1981-1983), y en este período 90% habían sido ejecutadas en áreas habitadas predominantemente por el pueblo maya. Los actos de violencia extrema, en la evaluación de aquella Comisión, revelaron las características de “actos de genocidio” —específicamente contra miembros de los pueblos *maya-ixil*, *maya-achí*, *maya-k'iche'*, *maya-chuj* y *maya-q'anjob'al*, en cuatro regiones del país; Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala - Memoria del Silencio*, tomo III, Guatemala, CEH, 1999, pp. 316-318, 358, 375-376, 393, 416 and 417-423—. En el entender de la Comisión de la Verdad guatemalteca, las violaciones graves y masivas de derechos humanos compro-

perpetrados por agentes estatales como parte de una política estatal, llevados al conocimiento de la CtIADH, en mis Votos Razonados insistí en mi entendimiento de que los hechos en ellos revelados tornaban imposible negar la existencia de verdaderos *crímenes de Estado*, acarreando todas sus consecuencias jurídicas.

En el caso de la *Masacre de Mapiripán*, relativo a Colombia, ocurrido entre 15 y 20.07.1997, cien miembros de las fuerzas paramilitares (*Autodefensas Unidas de Colombia*), contando con “la colaboración y aquiescencia” de agentes del Estado, detuvieron ilícitamente, y torturaron y mataron por lo menos 49 civiles en la aldea de Mapiripán, y luego destruyeron sus cuerpos y lanzaron sus restos mortales en el río Guaviare. El caso de las *Masacres de Ituango* (Sentencia del 01.07.2006) se inserta en el mismo estándar de violencia crónica en Colombia³⁵, envolviendo directamente agentes del Estado (juntamente con los paramilitares, contra la guerrilla) en los asesinatos de las víctimas. Y, en el caso de la masacre de la *Comunidad Moiwana*, atinente al Suriname, el 29.11.1986 las fuerzas armadas atacaron los miembros de la Comunidad, asesinaron muchos de ellos y los sobrevivientes fueron forzosamente desplazados de sus tierras tradicionales (de la Comunidad Maroon Ndjuka, en la aldea de Moiwana), incapaces de reconstruir su *modus vivendi* comunal.

En su Interpretación de Sentencia (del 02.08.2008) en el caso de la *Prisión de Castro Castro versus Perú*, la CtIADH abordó, *inter alia*, en cuanto a las reparaciones, las medidas de garantía de no-repetición de los actos ilícitos causadores de graves violaciones de derechos humanos (párrs. 44-52). En mi extenso Voto Razonado (párrs. 1-158), examiné, *inter alia*, la misma cuestión, juntamente con el derecho de acceso directo a la justicia (nacional e internacional) como el derecho a la *realización* propiamente dicha de la justicia, y como un imperativo del *jus cogens*³⁶. En mi entendi-

metieron tanto la responsabilidad individual de los “autores intelectuales o materiales” de los “actos de genocidio” como la “responsabilidad del Estado”, dado que la mayor parte de aquellos actos eran el producto de un político estatal “pre-establecida por un comando superior” a sus “autores materiales”; *ibid.*, p. 422.

³⁵ En el caso de las *Masacres de Ituango*, los hechos ocurrieron en junio de 1996 y a partir de octubre de 1997: las hostilidades en la aldea de Ituango (Departamento de Antioquia) fueron perpetradas por grupos paramilitares de las “*Autodefensas Unidas de Colombia*”, los cuales, contando con la “omisión, aquiescencia y colaboración” de parte de las fuerzas de seguridad del Estado, asesinaron personas indefensas, las privaron de sus bienes, y generaron terror y desplazamiento forzado.

³⁶ Para estudios recientes sobre estos puntos, cf. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard*

miento, la doctrina jurídica internacional contemporánea ganará mucha credibilidad el día en que cese de evitar el tema, y proceda a determinar las consecuencias jurídicas de la perpetración de crímenes de Estado. Para este fin, puede hoy día contar con la jurisprudencia aquí examinada, de la CtIADH, sobre los crímenes de Estado; es alentador que, al menos, víctimas de estos graves crímenes y sus familiares hayan, en nuestros días, en fin logrado vindicar su causa ante la justicia internacional.

El reciente *ciclo de casos de masacres* llevado al conocimiento de la CtIADH no sólo contiene muchas enseñanzas, sino, asimismo, ha generado dificultades, tales como, de inicio, para la propia *determinación de las víctimas* (para efectos de reparaciones)³⁷. Esto no es sorprendente, por cuanto el fenómeno de las masacres desafía cualquier intento de plena comprensión: desprovisto de cualquier sentido o propósito, es profundamente perturbador, parece un producto de la crueldad o locura humana. Además, no se presta a intentos de “teoría general”: cada masacre —exterminio de combatientes, entre mujeres y hombres, niños y ancianos, en general en situación de completa indefensión—, es perpetrado en un determinado contexto histórico, político y cultural distinto³⁸.

Por otro lado, los autores intelectuales y materiales de masacres han intentado caracterizar las víctimas, aunque inocentes e indefensas, como “enemigos” que deben ser eliminados o exterminados, —buscan, en resumen, deshumanizarlas (aunque por medio de usos indebidos y desorientadores del lenguaje, sobretodo de neologismos y eufemismos indebidos)

d'un juge, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-188; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, Santiago de Chile, CECO/ Librotecnia, 2008, pp. 61-407.

³⁷ Para estudios recientes sobre este punto, cf. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 132-191; A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Inaugural Address, 10.11.2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, “Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte”, *70 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010) pp. 629-699, esp. pp. 695-699.

³⁸ J. Sémelin, “Analysing Massacres and Genocide: Contribution of the Social Sciences”, in: [Varios Autores,] *Violence and Its Causes: A Stocktaking*, Paris, UNESCO, 2005, pp. 63-65, y cf. pp. 62 y 67. Aunque dichos masacres empiezen a atraer atención en la bibliografía jurídica de derechos humanos, permanecen insuficientemente examinados hasta el presente, y los problemas jurídicos enfrentados por tribunales internacionales de derechos humanos en adjudicar tales casos permanecen en gran parte desconocidos del público en general hasta la fecha.

antes de masacrarlas³⁹. Intentan, de ese modo, “protegerse” de su propio sentimiento de culpa por sus actos de extrema crueldad. El elemento de *intencionalidad* parece estar siempre presente, a mi modo de ver como una circunstancia agravante —también para los efectos de reparaciones.

Los criterios adoptados por la CtIADH, en los últimos años, para superar la dificultad enfrentada en la determinación de la condición de víctima en dichos casos de masacres, han revelado su clara comprensión —como sería de esperarse—, de que la Convención Americana —al igual que todos los demás tratados de derechos humanos—, es esencialmente *orientada hacia las víctimas*. Es un hecho que el reciente ciclo de casos de masacres, llevado al conocimiento de la CtIADH, ha generado un nuevo desarrollo jurisprudencial precisamente en cuanto a la *determinación de la condición de víctima*⁴⁰.

³⁹ Para relatos personales dramáticos, cf. Primo Levi, *The Drowned and the Saved*, N.Y., Vintage, 1989 [reprint], pp. 11-203; J. Améry, *At the Mind's Limits*, Bloomington, Indiana Univ. Press, 1980, pp. 1-101. Y cf. también B.A. Valentino, *Final Solutions: Mass Killing and Genocide in the Twentieth Century*, Ithaca/London, Cornell Univ. Press, 2004, pp. 17, 49, 55, 57, 71 y 235; Y. Ternon, *Guerres et génocides au XXe. siècle*, Paris, O. Jacob, 2007, pp. 14-15, 81-83, 138, 191, 279 y 376; G. Bensoussan, *Europe - Une passion génocidaire*, Paris, Éd. Mille et Une Nuits, 2006, pp. 53, 134, 220 y 228-229; J.A. Berry y C.P. Berry (eds.), *Genocide in Rwanda - A Collective Memory*, Washington D.C., Harvard University Press, 1999, pp. 3-4, 28-29 y 87; B. Bruneteau, *Le siècle des génocides*, Paris, A. Colin, 2004, pp. 41, 43, 222 and 229; E. Staub, *The Roots of Evil - The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge, University Press, 2005 [16th printing], pp. 29, 103, 121, 142 y 227; R.J. Bernstein, *El Mal Radical - Una Indagación Filosófica*, Buenos Aires, Lilmod, 2005, pp. 110-111, 145 y 290-291; D. El Kenz (ed.), *Le massacre, objet d'histoire*, Paris, Gallimard, 2005, pp. 7-45 y 387-405.

⁴⁰ El caso del *Caracazo*, atinente a Venezuela, se refería a disturbios callejeros ocurridos en la ciudad de Caracas en febrero-marzo de 1989, que, en consecuencia del uso indiscriminado y desproporcional de la fuerza por el Estado, causó la muerte de no menos que 276 personas. Sin embargo, el problema de la identificación de las víctimas se planteó desde el inicio de la presentación del caso —una verdadera masacre— a la CtIADH por la ComIADH. En la reclamación sometida a la Corte, se refirió a la ocultación de las pruebas (tumbas clandestinas); la ComIADH consiguió identificar no más que 44 víctimas de los disturbios del *Caracazo*. La Corte, a su vez, en su Sentencia del 29.08.2002 sobre reparaciones, al determinar los beneficiarios de estas últimas, procedió a destacar distintas “categorías de víctimas”. Las 44 víctimas en el caso del *Caracazo* fueron así clasificadas por la Sentencia de la CtIADH: 35 víctimas de ejecuciones extra-judiciales, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado; 2 personas desaparecidas forzadamente por agentes del Estado; 3 víctimas de violaciones del derecho a la integridad personal; y 4 víctimas de violación de la protección y garantías judiciales, en el contexto de los hechos del caso (párr. 67). La Corte agregó que los parientes de las 44 víctimas también eran beneficiarios de las reparaciones de la violación de los artículos 8 y 25 de la CADH (protección y garantías judiciales)

En otro caso de masacre, el de *Montero Aranguren y Otros (Centro de Detención de Catia) versus Venezuela* (Sentencia del 05.07.2006)⁴¹, la CtIADH enfrentó aún otra dificultad adicional, a saber, la de la coexistencia de dos versiones de los hechos (párr. 60.16-17). De todos modos, la Corte procedió a la determinación de las víctimas y de sus familiares, revelando su preocupación en no dejar de fuera del ámbito de sus Sentencias (para el propósito de las reparaciones) ninguna de las víctimas de las masacres perpetradas, aún después de un largo lapso de tiempo. Con este propósito, la CtIADH consideró, en tales casos, como supuestas víctimas, además de las personas *identificadas* por la ComIADH en la petición sometida a la Corte, *aquellos que pudieran ser identificados posteriormente*, dado que las dificultades encontradas en su individualización llevaban a presumir que todavía habían víctimas pendientes de determinación (Sentencias de la Corte en los casos de las *Masacres de Plan de Sánchez, Mapiripán y Ituango*)⁴².

Para superar tales dificultades, la Corte consideró como supuestas víctimas algunas cuyos nombres derivaban de documentos⁴³ otros que la petición presentada por la Comisión Interamericana⁴⁴. La Corte, además, ordenó al Estado demandado *individualizar e identificar* las víctimas y sus familiares para el propósito de las reparaciones⁴⁵. El reciente ciclo de *ca-*

(párrs. 67-73); también fueron considerados como “víctimas directas” (de violación de los artículos 8 y 25) en su propio derecho (párr. 74). La complejidad del caso del *Caracazo* ilustra las dificultades enfrentadas por la CtIADH en un caso de una masacre con gran número de víctimas, y un prolongado lapso de tiempo entre la ocurrencia de los hechos y la decisión de la Corte (párr. 72).

⁴¹ El caso se refería a la muerte de aproximadamente 63 detenidos por los guardias del Centro de Detención de Catia, que ocurrió entre 27 y 29 de noviembre de 1992, además de 28 personas desaparecidas y 52 personas lesionadas (párr. 60.18).

⁴² CtIADH, Sentencias en los casos de la *Masacre de Plan de Sánchez* (2004), párr. 48; de la *Masacre de Mapiripán* (2005), párrs. 183 y 305; de las *Masacres de Ituango* (2006), párr. 92.

⁴³ Incorporados en los *dossiers* de los casos.

⁴⁴ CtIADH, Sentencia en el caso de las *Masacres de Ituango* (2006), párr. 94. La Corte, en más de una ocasión, requirió de la Comisión la corrección de errores de modo a proveer listas de supuestas víctimas *identificadas subsiguientemente* a la presentación de la petición; cf. CtIADH, Sentencias en los casos de *Aloeboetoe y Otros* (Reparaciones, 1991), párrs. 39, 64, 66 y 69; de *El Amparo* (Reparaciones, 1996), párrs. 39 y 42; de *Caballero Delgado y Santana* (Reparaciones, 1997), párrs. 13 y 38; del “*Instituto de Rehabilitación de Menores*” (2004), párrs. 107 y 111.

⁴⁵ CtIADH, Sentencia en el caso de la *Masacre de Mapiripán* (2005), párrs. 305-306; y cf. Sentencia en el caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros*, Reparaciones, 2001), párr. 17. La CtIADH ha tomado estas medidas, a la luz del derecho aplicable (la Convención Americana y sus Reglamentos), tomando en cuenta las complejidades de cada caso, y asegurando que el derecho de defensa de las partes haya sido respetado

sos de masacres ha llevado la Corte claramente a reconocer la existencia de circunstancias particularmente *agravantes* —conformando en mi entender verdaderos crímenes de Estado, aunque la doctrina quiera admitirlo o no.

Crímenes de Estado han ocurrido en una abominable práctica sostenida de exterminio de seres humanos, prolongada en el tiempo. Nadie puede negar que fue ésto precisamente lo que ocurrió en casos como, por ejemplo, los de la *Masacre de Plan de Sánchez* (una entre 626 masacres, que fueron perpetradas principalmente entre 1978 y 1984, como comprobado por la Comisión de la Verdad guatemalteca) y de *Goiburú y Otros versus Paraguay* (una entre numerosas otras atrocidades cometidas por la así llamada “Operación Cóndor” en el Cono Sur de América del Sur hace más de tres décadas)⁴⁶. En algunos de mis Votos Razonados en Sentencias de la CtIADH⁴⁷, he efectivamente afirmado la configuración de la responsabilidad internacional *agravada* del Estado perpetrador de atrocidades, con consecuencias jurídicas para las reparaciones debidas a las víctimas o sus familiares.

No podría concluir estas consideraciones sin referirme a la coexistencia entre la responsabilidad internacional *agravada* del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo (*supra*), en casos como los que aquí he examinado. Tuve la ocasión de sostener la *complementariedad* de la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional de los individuos en cuestión, en el caso, e.g., de la *Masacre*

(en el momento procesal correspondiente), y que las supuestas víctimas identificadas posteriormente guarden relación con los hechos descritos en la petición y las pruebas producidas ante la Corte (Sentencias de la Corte en los casos de *Goiburú y Otros*, y de las *Masacres de Ituango*). CtIADH, Sentencias en los casos de *Goiburú y Otros* (“Operación Cóndor”, 2006), párr. 33; y de las *Masacres de Ituango* (2006), párr. 95. De ese modo, la Corte ha tomado la iniciativa de corregir, por medio de su propia análisis y evaluación de las pruebas producidas por las partes, eventuales lapsos o errores en la identificación de las supuestas víctimas en la petición presentada por la Comisión, aún cuando las propias partes hayan admitido que algunas personas “por error no fueron incluidas en las listas de supuestas víctimas” (CtIADH, Sentencia en el caso de *Acevedo Jaramillo y Otros* [2006], párr. 227; y cf. caso de *Aloeboetoe y Otros* [Reparaciones, 1991], párr. 66), originalmente presentada ante la Corte. En el ejercicio de su deber de protección, la Corte decidió proceder de ese modo, en casos revelando una pluralidad de supuestas víctimas, sobre todo en el reciente ciclo de casos de masacres.

⁴⁶ Cf. nota n. (31), *supra*.

⁴⁷ V.g., en los casos de *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, del 25.11.2003; de la *Masacre de Plan de Sánchez versus Guatemala*, fondo, del 29.04.2004, y reparaciones, del 19.11.2004; de la *Masacre de Mapiripán versus Colombia*, del 15.09.2005; de *Gómez Palomino versus Perú*, del 22.11.2005; de *Goiburú y Otros versus Paraguay*, del 22.09.2006; de *La Cantuta versus Perú*, del 29.11.2006.

de *Mapiripán versus Colombia* (Sentencia del 15.09.2005), y, anteriormente, en mis Votos en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (Sentencias de fondo y reparaciones, de 29.04.2004 y 19.11.2004, respectivamente).

Son, efectivamente, responsabilidades concomitantes, que no se excluyen; el desarrollo adecuado de esta cuestión constituye un gran desafío para la doctrina jurídica contemporánea. En algunos de mis Votos subrayé precisamente la complementariedad entre estas responsabilidades, en el marco de las aproximaciones o convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional de nuestros días. El *ciclo de los casos peruanos* (de la época del régimen fujimorista), adjudicados por la CtIADH, provee pertinente ilustración de estas aproximaciones o convergencias.

En efecto, en el presente dominio de protección de la persona humana, hay otra convergencia, entre las jurisdicciones internacional y nacional (cf. *infra*) —tal como he venido sosteniendo, a lo largo de los años, en mis escritos y Votos). Las aproximaciones y convergencias, en el plano internacional propiamente dicho, se verifican no sólo entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y o Derecho Penal Internacional, sino también entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados⁴⁸ —convergencias éstas a efectuarse en los planos normativo, hermenéutico y operativo.

⁴⁸ Cf., v.g., A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187; A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Ginebra, CICV, [2000], pp. 1-66; A.A. Cançado Trindade, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias", in *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, dezembro de 1994), San José, IIDH/ACNUR/Gob. Costa Rica, 1995, pp. 77-168; A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones o Convergencias entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos", in *Seminario Interamericano sobre la Protección de la Persona en Situaciones de Emergencia - Memoria* (Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, junio de 1995), San José de Costa Rica, CICR/ACNUR/Gob. Suíza, 1996, pp. 25-28 y 195-197; entre otros estudios.

IV. EL *JUS NAECCESSARIUM*: LA CONCEPCIÓN ANTI-VOLUNTARISTA DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL OBLIGATORIA

Es, además, verdaderamente alentador que, en el ámbito de las Naciones Unidas, desde la Cumbre Mundial de 2005, las atenciones estén en fin volviéndose al primado del Derecho (*rule of law, préeminence du droit*) en los planos tanto nacional como internacional. El tema figura, desde 2006 hasta el presente, en la agenda de la propia Asamblea General de Naciones Unidas⁴⁹. El hecho de que el tema esté siendo examinado al más alto nivel por Naciones Unidas parece revelar una nueva conciencia de la necesidad apremiante de asegurar la preservación y el fortalecimiento del *rule of law* a niveles nacional e internacional. Y, en este dominio, al *derecho de acceso directo a la justicia* en los planos nacional e internacional está reservada una función de la mayor importancia⁵⁰.

En el ámbito de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en mi extenso Voto Razonado en la Opinión Consultiva en el asunto de la *Declaración de la Independencia de Kosovo* (del 22.07.2010), al destacar los aspectos *humanitarios* de la crisis en cuestión (párrs. 11, 35, 41-42, 44-52 y 156-168) —al requerir atención especial a las necesidades y aspiraciones del “pueblo” o “población” de Kosovo (párr. 52)—, recordé precisamente que nuestra era es la de la “multiplicación alentadora de los tribunales internacionales”, de la “jurisdiccionalización” del derecho y relaciones internacionales, del perfeccionamiento de las modalidades de solución pacífica de las controversias internacionales, de la “*expansión de la jurisdicción internacional*”, a testimoniar los avances de la idea de una justicia objetiva”, en fin, de la

⁴⁹ Por primera vez, en fines de 2006, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó una resolución sobre el tema “*The Rule of Law at the National and International Levels*”; cf. A.G., resolución 61/39, del 18.12.2006, paras. 1-5. Desde entonces, el tema ha estado en su agenda, angariando creciente atención hasta la fecha; cf. A.G., resoluciones 62/70, del 06.12.2007; 63/128, del 11.12.2008; 64/116, del 16.12.2009; y 65/32, del 06.12.2010.

⁵⁰ Es este un desarrollo contemporáneo altamente significativo, debido al despertar de la conciencia humana para su importancia; y, tal como vengo señalando a lo largo de los años, la conciencia humana es, en última instancia, la fuente *material* última de todo el Derecho. A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 177-202; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409.

“atención cada vez más creciente a los avances del *rule of law* en los planos nacional e internacional” (párr. 28).

Más de una década antes, en la Sentencia sobre competencia (del 24.09.1999) en el célebre caso del *Tribunal Constitucional*, relativo al Perú, la CtIADH, bajo mi Presidencia, avanzó una concepción de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la CtIADH (artículo 62 de la CADH) teniendo presente la necesidad de realización del objeto y propósito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (párr. 45). Al recordar el carácter “normativo” (*law-making*) de la CADH (párr. 46), la CtIADH advirtió que la solución de casos contenciosos confiada a tribunales internacionales de derechos humanos “no admite analogías con la solución pacífica de controversias internacionales en el contencioso puramente inter-estatal (confiada a un tribunal como la CIJ); (...) los Estados no pueden pretender contar, en el primero de dichos contextos, con la misma discrecionalidad con que han contado tradicionalmente en el segundo” (párr. 47)⁵¹.

En ambos casos del *Tribunal Constitucional* y de *Ivcher Bronstein versus Perú* se logró la solución judicial, y en última instancia la realización de la justicia, gracias a esta interpretación cogente de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria, en la cual la última palabra al respecto provino del Tribunal y no de la parte demandada. Subyacente a esta concepción anti-voluntarista de la CtIADH encuéntrase el reconocimiento, por esta última, del primado del *jus naecessarium* sobre el *jus voluntarium*⁵². Yo iría aún más adelante: es ésta la concepción que guarda más fidelidad con el propio origen histórico y el propósito original o inicial de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria.

⁵¹ De conformidad con su propio razonamiento (párrs. 49-55), la CtIADH declaró “inadmisible” el pretendido “retiro”, con “efectos inmediatos”, por el Estado demandado, de la declaración de reconocimiento de su competencia contenciosa, y continuó con el conocimiento y la tramitación, hasta la solución, del referido caso. La CtIADH ponderó asimismo que los Estados Partes en la CADH deben “garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos” (párr. 36). Y la Corte agregó, significativamente, que este principio se aplica no sólo en relación con las normas *sustantivas* de los tratados de derechos humanos (i.e., atinentes a los derechos protegidos), sino también en relación con las normas *procesales*, tal como la referente a la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal, esencial a la eficacia del mecanismo de protección internacional bajo la CADH (párr. 36).

⁵² Cf., en este sentido, A.A. Cançado Trindade, “The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment”, 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* (Sottile) - Genève (1981) pp. 201-240.

En la misma línea de razonamiento en los casos del *Tribunal Constitucional* y de *Ivcher Bronstein* (*supra*), advirtió la CtIADH, también en los casos *Hilaire, Benjamin* y *Constantine*, atinentes a Trinidad y Tobago (Sentencias sobre excepciones preliminares, del 01.09.2001), que su competencia no podía estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones, e insistió en su *compétence de la compétence*, por ser *maestra de su jurisdicción*. Al desestimar en su totalidad la excepción preliminar interpuesta por el Estado, la Corte ponderó que un Estado Parte en la CADH sólo podía desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones de la propia Convención; le incumbía, a ella misma —agregó—, darle a la declaración del Estado de aceptación de su competencia contenciosa, como un todo, una interpretación de acuerdo con los cánones y la práctica del Derecho Internacional en general, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular, y que proporcionara el mayor grado de protección de los seres humanos bajo su tutela. Consideró la CtIADH que no podía abdicar de esta prerrogativa, que era además un deber que le imponía la CADH, para ejercer sus funciones según su artículo 62(3).

En mis extensos Votos Razonados en esta memorable decisión de la CtIADH (Sentencias del 01.09.2001) en los referidos casos *Hilaire, Benjamin* y *Constantine*, recapitulé el histórico legislativo de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 36(2) del Estatuto de la Corte de La Haya) y su propósito original de atraer la aceptación de todos los Estados y establecer la jurisdicción internacional resguardando la igualdad jurídica de los Estados; busqué, en seguida, demostrar como la práctica estatal de añadir posteriormente restricciones (no previstas en el Estatuto) a la aceptación de dicha cláusula desvirtuó el ideal inicialmente profesado⁵³. Sostuve que el principio *ut res magis valeat quam pereat* (correspondiente al *effet utile*), ampliamente respaldado por la jurisprudencia, se aplica a las normas no sólo sustantivas, sino también procesales, de los tratados de derechos humanos⁵⁴.

⁵³ Para un estudio al respecto, cf. A.A. Cançado Trindade, “The Relevance of International Adjudication Revisited: Reflections on the Need and Quest for International Compulsory Jurisdiction”, in *Towards World Constitutionalism - Issues in the Legal Ordering of the World Community* (eds. R.St.J. Macdonald y D.M. Johnston), Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 515-542.

⁵⁴ En particular las atinentes al derecho de petición individual y a la aceptación de la competencia contenciosa del tribunal internacional de derechos humanos, esenciales a la eficacia del sistema de protección internacional como un todo.

Sería inadmisibles —agregué—, subordinar la operación de dicho sistema a restricciones no expresamente autorizadas por la CADH, interpuestas por los Estados Partes en sus instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la CtIADH (artículo 62 de la CADH). La formulación de dicha cláusula es, a mi juicio (y tal como la propia CtIADH lo sostuvo en los mencionados casos *Hilaire, Benjamin y Constantine*), *taxativa, numerus clausus*, sólo admitiendo cuatro modalidades de efectuar su aceptación (artículo 62(2)), a saber: a) incondicionalmente; b) bajo condición de reciprocidad; c) por un plazo determinado; y d) para casos específicos. En fin, al sostener, *de lege ferenda*, la apremiante necesidad del *automatismo* de la jurisdicción internacional obligatoria, concluí que:

“En mi entendimiento, no se puede sostener, en esta materia, que lo que no está prohibido, está permitido. (...) En este inicio del siglo XXI, en un ordenamiento jurídico internacional en que se busca afirmar valores comunes superiores, en medio a consideraciones de *ordre public* internacional, como en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es precisamente la lógica inversa la que debe imponerse: *lo que no está permitido, está prohibido*. (...)

(...) [N]o es función del jurista simplemente tomar nota de la práctica de los Estados, sino más bien decir cual es el Derecho. Desde la obra clásica de H. Grotius en el siglo XVII, hay toda una corriente del pensamiento jusinternacionalista que concibe el derecho internacional como un ordenamiento jurídico dotado de valor propio o intrínseco (y por lo tanto superior a un derecho simplemente ‘voluntario’), (...) por cuanto deriva su autoridad de ciertos principios de sana razón (*est dictatum rectae rationis*). (...)

Urge que los Estados se convenzan que el ordenamiento jurídico internacional es, más que voluntario, *necesario*. (...) Ha llegado el tiempo de superar en definitiva la lamentable falta de automatismo de la jurisdicción internacional. (...) Ha llegado el tiempo de considerar, en particular, en un futuro Protocolo de enmiendas a la parte procesal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con miras a fortalecer su mecanismo de protección, la posibilidad de una enmienda al artículo 62 de la Convención Americana, para tornar dicha cláusula también *mandatoria*, (...) estableciendo así el *automatismo* de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁵. (...)” (párrs. 24-26 y 37-39).

Las anteriormente mencionadas decisiones de la CtIADH en los casos del *Tribunal Constitucional* y de *Ivcher Bronstein* (1999), y de *Hilaire, Benjamin*

⁵⁵ Con la necesaria enmienda —mediante un Protocolo—, en este sentido, del artículo 62 de la Convención Americana, poniendo fin a las restricciones en él previstas y expresamente descartando la posibilidad de cualesquiera otras restricciones, y poniendo igualmente fin a la reciprocidad y al carácter facultativo de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, la cual se tornaría obligatoria para todos los Estados Partes.

y *Constantine* (2001), establecieron su posición claramente anti-voluntarista, y avanzaron una lectura enteramente distinta de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria, de modo a preservar la integridad del mecanismo de protección de la CADH como un todo. Dichas decisiones fueron todas tomadas por la Corte, por unanimidad, dentro del período de mi Presidencia de la misma. La CtIADH pasó a contar, al final de mi Presidencia en 2004, con una base sólida para mantener una *jurisprudencia constante* al respecto, en beneficio de todas las personas protegidas bajo la CADH.

Sin embargo, en el período subsiguiente, la CtIADH dió un paso atrás: en su Sentencia (sobre excepciones preliminares, del 23.11.2004), en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador*, la CtIADH cedió al voluntarismo estatal, al aceptar una restricción interpuesta por el Estado demandado —no prevista en el artículo 62 de la CADH—, que tuvo por efecto, como advertí en mi Voto Disidente, dejar “desprotegidas a las personas que se consideran víctimas de violaciones continuadas de derechos humanos de particular gravedad, ocurrentes en el conflicto armado salvadoreño, y resultantes de la práctica documentada de la desaparición forzada de niños y niñas y de la sustracción de su identidad y nombre durante dicho conflicto armado” (párr. 16).

En mi firme disidencia, insistí en mi tesis en el sentido de que la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria no admite limitaciones otras que las expresamente previstas en el tratado en cuestión (la CADH), y la jurisdicción de la CtIADH, dada su capital importancia, no podría estar a la merced de limitaciones no previstas en el tratado, e invocadas por los Estados Partes por razones o vicisitudes de orden interno (párr. 10). La referida Sentencia de la CtIADH en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, a mi juicio —como lo señalé en mi Voto Disidente—,

“tampoco está conforme a su propia jurisprudencia reciente al respecto, siendo, pues, a mi modo de ver, regresiva. En el presente caso, la voluntad del Estado desafortunadamente prevaleció sobre los imperativos de protección de los derechos humanos. (...) La presente Sentencia de la Corte (...) constituye (...) un lamentable retroceso. Disiento, pues, firmemente, de lo que me parece una inaceptable capitulación a un voluntarismo estatal que ya no se sostiene en nuestros días (...)” (párrs. 17 y 24).

En fin, al concluir esta parte de mi disidencia, sostuve que cabía preservar y ser fiel a los avances, anteriormente mencionados, logrados por la CtIADH sobre la materia en sus Sentencias en los casos del *Tribunal Constitucional*, de *Ivcher Bronstein*, de *Hilaire, Benjamin y Constantine* (*supra*). En efecto, la postura básica de un tribunal internacional sólo puede ser prin-

cipista, sin hacer concesiones indebidas al voluntarismo estatal⁵⁶. Así lo señalé, además, como Presidente de la CtIADH, en mi discurso inaugural, por invitación de la Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH), en la ceremonia de apertura del año judicial de 2004 de esta última, en la noche del 22.01.2004, en el *Palais des Droits de l'Homme* en Estrasburgo⁵⁷. En los cuatro últimos años, vengo sosteniendo la misma postura en el seno de la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Así, en mi extenso Voto Razonado en la Opinión Consultiva (del 22.07.2010) sobre la *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración de Independencia de Kosovo*, destacué, *inter alia*, la importancia de los principios de derecho internacional en el ámbito del Derecho de las Naciones Unidas, y en relación con los *finis humanos* del Estado (párrs. 177-211), llevando inclusive a la superación del paradigma estrictamente inter-estatal en el derecho internacional contemporáneo. Posteriormente, en mi extenso Voto Disidente en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (CERD, Georgia *versus* Federación Rusa, Sentencia del 01.04.2011), sostuve la necesidad apremiante de la realización de la justicia con base en la cláusula compromisoria (artículo 22) de la Convención CERD, y discrepé de la postura voluntarista y restrictiva asumida por la mayoría da Corte en el *cas d'espèce* (párrs. 1-214).

V. LA INTEGRIDAD DE LAS BASES DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

1. *Una experiencia histórica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La cuestión de la preservación de la integridad de las bases de jurisdicción de un tribunal internacional me hace recordar una experiencia de las

⁵⁶ A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2011, pp. 6-19, 27-43 y 141-145.

⁵⁷ Cf. “Discours de A.A. Cançado Trindade, Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme”, Cour Européenne des Droits de l’Homme, *Rapport annuel 2003*, Strasbourg, CourEDH, 2004, pp. 41-50; también reproducido in A.A. Cançado Trindade, *El Desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos mediante el Funcionamiento y la Jurisprudencia de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica/Strasbourg, CtIADH, 2007, pp. 41-42, párr. 13.

más dramáticas de toda la historia de la CtIADH, todavía no suficientemente conocida del público en general. Lo hago una vez que los hechos ya pertenecen a la historia, y la crisis que ésta vivió ya se encuentra enteramente superada. Poco después de haber sido elegido Presidente de la Corte, y haber prontamente asumido la Presidencia de la misma (el 16.09.1999), tuve que enfrentar la crisis desencadenada por el pretendido “retiro”, por el régimen Fujimori en Perú, por razones de orden interno, del instrumento de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte con “efectos inmediatos”.

La pronta reacción de la CtIADH, ya bajo mi Presidencia, fue firme. El 24.09.1999 —el día más dramático de toda la historia de la CtIADH—, emitimos nuestras dos Sentencias sobre competencia en los casos del *Tribunal Constitucional* y de *Ivcher Bronstein*, relativos al Perú, declarando *inadmisibile* la pretendida “retirada” del Estado demandado, con “efectos inmediatos”, de la competencia de la Corte en materia contenciosa. La CtIADH dejó claro que su competencia no podría estar condicionada por actos distintos de sus propias actuaciones, y que, en el presente dominio de protección, las consideraciones superiores de *ordre public* internacional, sumadas a la especificidad de los tratados de derechos humanos, y al carácter esencialmente objetivo de las obligaciones que consagran, ciertamente priman sobre restricciones indebidamente interpuestas y adicionales a las manifestaciones originales del consentimiento estatal, y sobre la tradicional y enteramente anacrónica concepción voluntarista del ordenamiento jurídico internacional. Estaban establecidos los límites de un acto unilateral del Estado efectuado en el marco del derecho de los tratados, en relación con un tratado de derechos humanos.

Como Presidente de la Corte, solicité providencias inmediatas, el día 27.10.1999, al Secretario-General de la OEA (como depositario de la CADH), así como al Consejo Permanente de la OEA. En seguida, en la Asamblea General de la OEA del año 2000, realizada en Windsor, Canadá, relaté, en aplicación del artículo 65 de la Convención Americana, a las Delegaciones de los Estados Partes en esta última, el incumplimiento de las Sentencias de la Corte por parte del Estado en cuestión. La caída del régimen Fujimori ocurrió poco después; pero, en el momento en que este era todavía prestigiado por los Gobiernos de otros Estados de la región, hasta sus últimos momentos, las violaciones sistemáticas de los derechos humanos que perpetraba ya eran ampliamente conocidas de todo el pueblo peruano⁵⁸.

⁵⁸ Solamente en el año de 1992, de la promulgación de las leyes contra el terrorismo, v.g., hubo 4200 víctimas de violaciones de los derechos humanos. Para mis testimonios

La documentación subsiguiente, relativa a la posterior “normalización” de las relaciones entre la Corte Interamericana y el Estado peruano (febrero de 2001 en adelante), encuéntrase reproducida en una publicación de la Corte de 2001⁵⁹ (reeditada en 2003). Una de las lecciones que puedo extraer de este histórico episodio es en el sentido de que el Derecho Internacional es efectivamente una realidad, como también lo son hoy los Derechos Humanos. La Corte, bajo mi Presidencia, preservó la integridad del mecanismo de protección de la Convención Americana. Demostró, por su actuación en los supracitados casos concretos, que es posible, y necesario, hacer con que las normas del Derecho Internacional, en su aplicación, sean un instrumental no de mera reglamentación, sino más bien de protección y de emancipación de la persona humana.

La posición de firmeza que sostuvo la Corte bajo mi Presidencia, en defensa de la integridad del mecanismo convencional de protección⁶⁰, es hoy internacionalmente reconocida en los círculos jurídicos. Tengo la seguridad de que, si no hubiéramos emitido las Sentencias sobre competencia del 24.09.1999 en los casos de *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional* —en los cuales incluso ya se habían realizado actos procesales cuando el Estado demandado intentó “retirarse” de la competencia de la Corte—, y si no hubiéramos aplicado al Estado en cuestión la sanción del artículo 65 de la Convención Americana, la CtIADH hoy ya no existiría, o hubiera perdido enteramente su credibilidad. Dichas Sentencias hoy forman parte de la historia de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y en el mundo.

históricos, desde la perspectiva de la Corte, publicados en el Perú, cf. A.A. Cançado Trindade, “Entrevista: El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Una Evaluación Histórica (I)”, in: *Ideele - Revista del Instituto de Defensa Legal* - Lima/Perú, n. 138, junio de 2001, pp. 108-113; A.A. Cançado Trindade, “Entrevista: El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (II)”, in: *Ideele - Revista del Instituto de Defensa Legal* - Lima/Perú, n. 139, julio de 2001, pp. 85-88.

⁵⁹ Cf. A.A. Cançado Trindade (relator), *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, tomo II, 1ª. ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, Anexo 14, pp. 529-538.

⁶⁰ Para un relato detallado de este episodio histórico, cf., recientemente, A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2011, cap. I, pp. 5-10.

2. *Facultades inherentes de los Tribunales Internacionales en el ejercicio de su Jurisdicción*

En mi discurso del 03.12.2002, como Presidente de la CtIADH, en el Coloquio conmemorativo del cincuentenario de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, en Luxemburgo, señalé precisamente que la postura de firme defensa de la integridad de su propia jurisdicción por parte de los tribunales internacionales (Cortes Interamericana y Europea) de derechos humanos ha contribuido decisivamente para hacer avanzar el antiguo ideal de la realización de la justicia internacional en nuestros días⁶¹. Posteriormente, aún como Presidente de la CtIADH, en mi referido discurso de inauguración del año judicial de la CtEDH (por invitación de esta última), en la noche del 22.01.2004, en el *Palais des Droits de l'Homme* en Estrasburgo, ponderé que

“La Cour européenne et la Cour interaméricaine ont toutes deux, à juste titre, imposé des limites au volontarisme étatique, protégé l'intégrité de leurs Conventions respectives des droits de l'homme, ainsi que la prépondérance des considérations d'*ordre public* face à la volonté de tel ou tel État, élevé les exigences relatives au comportement de l'État, instauré un certain contrôle sur l'imposition de restrictions excessives par les États, et, de façon rassurante, mis en valeur le statut des individus en tant que sujets du Droit International des Droits de l'Homme en les dotant de la pleine capacité sur le plan procédural. En ce qui concerne le fondement de leur juridiction contentieuse, la fermeté de leur position en faveur de l'intégrité des mécanismes de protection des deux Conventions est bien illustrée, notamment, par les décisions ou arrêts de la Cour Européenne dans les affaires *Belilos versus Suisse* (1988), *Loizidou versus Turquie* (exceptions préliminaires, 1995), et *Ilascu, Lesco, Ivantoc et Petrov-Popa versus Moldova et la Fédération de Russie* (2001), ainsi que par les décisions de la Cour Interaméricaine dans les affaires *Tribunal constitutionnel et Ivcher Bronstein versus Pérou*, (compétence, 1999), ou encore *Hilaire, Constantine et Benjamin et alii versus Trinité-et-Tobago* (exception préliminaire, 2001)”⁶².

La CtIADH ha vivido un otro episodio en que, ante una laguna en el sistema interamericano de derechos humanos, avocó para sí la facultad de supervisión *motu proprio* del fiel cumplimiento de sus Sentencias. En el año de 2003, el Estado de Panamá cuestionó la facultad inherente de la CtIADH de supervisar el cumplimiento de sus Sentencias —en particular

⁶¹ Texto del discurso reproducido in: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 2002*, San José de Costa Rica, CtIADH, 2003, Anexo XXXV, pp. 923-924.

⁶² In: A.A. Cançado Trindade, *El Desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos mediante el Funcionamiento y la Jurisprudencia de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica/Strasbourg, CtIADH, 2007, pp. 41-42, párr. 13.

en el caso *Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) versus Panamá*, 2001), así como de requerir, de los Estados demandados, informes para determinar, de conformidad con el artículo 65 de la CADH, el incumplimiento o no de determinadas Sentencias y así informarlo a la Asamblea General de la OEA. (Recuérdese que el sistema interamericano —distintamente del sistema europeo— de derechos humanos no conta con un Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las Sentencias respectivas).

Una vez emitida la Sentencia de la Corte en el mencionado caso *Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) versus Panamá* (sobre fondo y reparaciones, del 02.02.2001), la CtIADH tuvo que involucrarse en un procedimiento de supervisión de ejecución de la Sentencia, que consumió mucho de su tiempo, y conllevó a la realización, en la sede de la Corte⁶³, de no menos que siete reuniones de trabajo con las partes, además de la tramitación de numerosos y voluminosos documentos, en cuanto a la ejecución de la Sentencia⁶⁴. Cuando el Estado panameño presentó un escrito, del 30.07.2003, cuestionando la competencia de la CtIADH de ejercer tal supervisión⁶⁵, la CtIADH ya había adoptado dos Resoluciones sobre Cumplimiento de Sentencia, en 22.11.2002 y 06.06.2003, respectivamente.

En seguida, mediante su ejemplar Sentencia sobre Competencia, emitida por la Corte Interamericana el 28.11.2003, en la etapa de supervisión del cumplimiento de su anterior Sentencia (en cuanto al fondo y reparaciones, del 02.02.2001) en el caso *Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) versus Panamá*, el Tribunal rechazó el primero y único desafío (hasta la fecha) a su facultad de supervisión internacional, en toda su historia. En dicha Sentencia —que desde entonces ha servido de guía a su práctica hasta la fecha—, la Corte refutó, uno a uno, los argumentos del Estado demandado, y reafirmó su *compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*. En la Sentencia del 28.11.2003, la CtIADH invocó el principio del *effet utile* (párrs. 66, 68 y 100) —del cual no podía ella abdicar (párr. 70)—, y las amplias facultades de que dispone para ordenar las medidas de reparación de conformidad con el artículo 63(1) de la CADH (párr. 64). La CtIADH estableció su competencia para supervisar la ejecución o el cumplimiento de sus Sentencias,

⁶³ Las siete reuniones con las partes tuvieron lugar, en la sede en la Corte, en los días 25.02.2002 (dos reuniones separadas), 20.06.2002, 21.06.2002, 24.06.2002, 28.08.2002 y 27.02.2003.

⁶⁴ Para un relato más detallado, cf., recientemente, A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2011, cap. XVI, pp. 141-145.

⁶⁵ En sus escritos, presentados a la Corte, del 27.02.2003 y del 30.07.2003.

y determinó que, en el ejercicio de dicha competencia, tiene la facultad de requerir de los Estados demandados la presentación de todos los informes que sean necesarios para evaluar el cumplimiento de lo ordenado por ella con el fin de emitir instrucciones o resoluciones sobre la materia.

3. *El fiel cumplimiento de las sentencias internacionales: posición principista*

A lo largo de mi Presidencia de la CtIADH, en los sucesivos *Informes* que presenté a los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA), insistí en la necesidad de establecer un mecanismo *permanente* para la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las sentencias de la CtIADH, y presenté propuestas concretas en este sentido. Lo hice precisamente para llenar una laguna persistente en el mecanismo de protección de la Convención Americana (precisamente, en relación con su artículo 65), sobre todo en comparación con el mecanismo homólogo de la Convención Europea de Derechos Humanos (dotado de un Comité de Ministros, inexistente en el sistema interamericano). En este propósito, en mi *Informe* del 17.03.2000, presentado a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la OEA, por ejemplo, me permití advertir que “el incumplimiento de una Sentencia de la Corte hace con que el Estado en cuestión incurra en una violación adicional de la Convención”⁶⁶.

En mi extenso *Informe* del 05.04.2001, propuse la creación de un mecanismo de supervisión internacional, en el ámbito de la OEA (en la forma de un Grupo de Trabajo de la CAJP), de las Sentencias de la CtIADH, para operar en base *permanente*, para superar una laguna del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (que, distintamente del sistema europeo homólogo, no cuenta con un Comité de Ministros para este

⁶⁶ A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, vol. II, 2ª. ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 125. En mi *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, me había permitido alertar: – “É de se esperar que todos os Estados Partes busquem equipar-se para assegurar a fiel execução das Sentenças da Corte Interamericana. (...) As vítimas de violações de direitos humanos, em cujo favor tenha a Corte Interamericana declarado um direito —quanto ao mérito do caso, ou reparações *lato sensu*—, ainda não têm inteira e legalmente assegurada a execução das sentenças respectivas no âmbito do direito interno dos Estados demandados. Cumpre remediar prontamente esta situação”. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, p. 184.

fin)⁶⁷. Recordé, en la ocasión, que tal supervisión es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados Partes en la Convención, en el ejercicio de la *garantía colectiva* que les cabe, para dar la debida aplicación al principio básico *pacta sunt servanda*⁶⁸.

Posteriormente, en mi *Informe* del 19.04.2002, a la CAJP del Consejo Permanente de la OEA, insistí en mi propuesta (que llevé a la consideración del propio Consejo Permanente y de la Asamblea General de la OEA en 2001), en el propósito de suplir la laguna en el sistema interamericano de derechos humanos, y así fortalecer el mecanismo de protección de la CADH⁶⁹. Una vez más fue el asunto llevado al conocimiento del Consejo Permanente de la OEA en 2002, y también en 2003. Ante el inmovilismo de la OEA al respecto, elevé el tono de mi *Informe* del 16.10.2002 al Consejo Permanente de la OEA, sobre “*El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para Su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*”; en esta ocasión, nuevamente ponderé que

“En efecto, los Estados Partes asumen, cada uno individualmente, el deber de cumplir las sentencias y decisiones de la Corte, como lo establece el artículo 68 de la Convención Americana en aplicación del principio *pacta sunt servanda*, y por tratarse, además, de una obligación de su propio derecho interno. Los Estados Partes en la Convención igualmente asumen, en conjunto, la obligación de velar por la integridad de la Convención Americana, como garantes de la misma”⁷⁰.

La supervisión, asumida *motu proprio* por la CtIADH, de la ejecución de su Sentencias, es lo que ha ocurrido en sucesivos casos en los últimos años. Como ilustración pertinente, permítome volver a evocar el tormentoso caso de *Baena Ricardo y Outros (270 Trabajadores) versus Panamá* (cf. *supra*). En su memorable Sentencia sobre Competencia (del 28.11.2003) para supervisar el cumplimiento de su anterior Sentencia (sobre fondo y reparaciones, del 02.02.2001) en aquel caso, la CtIADH determinó que

“(…) La jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia; no se limita a declarar el derecho, sino que también comprende la supervisión del cumplimiento de lo juzgado. (...) La supervisión del cumplimiento de las Sentencias es uno de los elementos que componen la jurisdicción. (...) El cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción (...).

⁶⁷ A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo...*, *op. cit. supra* n. (65), pp. 369.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 378.

⁶⁹ Cf. *ibid.*, pp. 794-795.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 919-921.

La efectividad de las Sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. El cumplimiento de las Sentencias está fuertemente ligado al derecho de acceso a la justicia, el cual se encuentra consagrado en los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana" (párrs. 72-74).

Y agregó lúcidamente la CtIADH, en la misma línea de pensamiento:

"La ejecución de [las] decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido éste en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho. (...) Si el Estado responsable no ejecuta en el ámbito interno las medidas de reparación dispuestas por la Corte, estaría negando el derecho de acceso a la justicia internacional" (párrs. 82-83).

En seguida, en la misma Sentencia memorable sobre Competencia en el caso *Baena Ricardo y Outros (270 Trabajadores) versus Panamá* (28.11.2003), la CtIADH, para mi gran satisfacción, tornó suya la ponderación que yo había desarrollado en mi Voto Concurrente en su Opinión Consultiva n. 18 (del 17.09.2003), sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* —inclusive citando expresamente mi Voto (n. 70)⁷¹—, en el sentido de que la facultad de la CtIADH de supervisión de ejecución de sus Sentencias fundamentábase en su "práctica constante y uniforme" (teniendo presentes los artículos 33, 62(1) y (3), y 65 de la CADH, y 30 del Estatuto) y en la "resultante *opinio juris communis* de los Estados Partes en la Convención" (teniendo presentes sus diversas resoluciones sobre cumplimiento de Sentencias por ellos observadas)⁷² (cf. *infra*):

En efecto —prosiguió la Corte—, la sanción prevista en el artículo 65 de la CADH presupone el libre ejercicio por la CtIADH de su facultad inherente de supervisión de la ejecución de sus Sentencias en el ámbito del derecho interno de los Estados demandados (párrs. 90, 113 y 115). La CtIADH reafirmó con firmeza que disponía de competencia para "continuar supervisando" el "cumplimiento integral" de la Sentencia del 02.02.2001 en el

⁷¹ Para el texto completo de mi referido Voto, cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, México, Edit. Porrúa/Univ. Iberoamericana, 2007, pp. 52-87.

⁷² Cf., sobre esta cuestión trascendental: A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law" - Part I, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 177-202; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-106 y 394-409.

cas d'espèce (párrs. 138-139). La posición principista, también en materia de ejecución de sentencias, es no sólo deseable, sino, además, posible y necesaria. En definitiva, se impone *per se*.

Una ilustración en este sentido se encuentra en el cumplimiento cabal y ejemplar por parte de Chile de la Sentencia de la CtIADH del 05.02.2001 en el caso de la “*Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros versus Chile*), en la cual la CtIADH ordenó el fin de la censura cinematográfica previa en el Estado demandado, lo que requería la reforma de una disposición constitucional⁷³. En escritos enviados a la CtIADH, tanto los individuos demandantes (el 21.10.2003) como la ComIADH (el 27.10.2003) comunicaron a la Corte que consideraban que el Estado chileno había dado efectivo cumplimiento a la Sentencia del 05.02.2001 de la CtIADH (*supra*). Siendo así, en resolución del 28.11.2003, la CtIADH declaró que el Estado de Chile dio pleno cumplimiento a su Sentencia del 05.02.2001, dando así por terminado el caso de la película “*La Última Tentación de Cristo*”, con el archivo del expediente respectivo.

No fue éste un episodio aislado. En retrospectiva, debo además destacar otro episodio, de trascendencia histórica equivalente, que, una vez más, quiso la Providencia ocurriese durante mi Presidencia de la CtIADH: me refiero al extraordinario cierre del caso del *Tribunal Constitucional versus Perú*, también con el debido cumplimiento, por el Estado demandado, de la Sentencia (fondo y reparaciones, del 31.01.2001), con profundas implicaciones para el examen de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en el presente dominio de protección de los derechos de la persona humana. En aquella Sentencia, la CtIADH condenara, como violatoria de la Convención Americana, la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional peruano⁷⁴, como sanción resultante de juicio político por parte del Poder Legislativo, en razón de la emisión de resolución aclaratoria en respuesta a un recurso interpuesto por el Colegio de Abogados de Lima que cuestionaba la posibilidad de reelección del entonces Presidente de la República, Alberto Fujimori⁷⁵.

⁷³ A saber, el artículo 19(12) de la Constitución de Chile de 1980.

⁷⁴ A saber, magistrados Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano.

⁷⁵ En Sentencia anterior (del 24.09.1999) en el mismo caso, la CtIADH afirmó su competencia para adjudicarlo, y declaró *inadmisibile* la pretensión del Estado demandado de “retirarse” de su competencia contenciosa con “efecto inmediato” (cf. *supra*).

La CtIADH, en su Sentencia del 31.01.2001, determinó la violación del derecho a un recurso efectivo y de las garantías judiciales y del debido proceso legal bajo la Convención Americana, y la *restitutio in integrum* de los tres magistrados (efectivamente restablecidos en sus cargos). La resolución de destitución de los tres magistrados fue anulada aún antes de la referida Sentencia del 31.01.2001 de la Corte Interamericana. En efecto, el día 17.09.2000, antes de la celebración de la audiencia pública ante la Corte el 22.11.2000 en el caso del *Tribunal Constitucional*, el propio Congreso peruano anuló las resoluciones de destitución y reinstaló a los tres magistrados en sus puestos en el Tribunal Constitucional. Una vez reinstalados los tres magistrados en sus puestos, en dos ocasiones tuve el gusto de haber sido recibido por el Tribunal Constitucional peruano en pleno en Lima⁷⁶, una vez ya instalado el Gobierno de Transición Democrática en el país. Y el Tribunal Constitucional peruano vino inclusive a ser presidido por uno de los tres magistrados destituidos y en él reinstalados.

Los dos episodios históricos que aquí recuerdo, del cierre en los casos de la “*Última Tentación de Cristo*” y del *Tribunal Constitucional*, atinentes a Chile y al Perú, respectivamente, revelan que, en el presente dominio de protección, el primado del derecho internacional sobre el derecho interno pasa a constituir, más que una construcción académica, una realidad del Derecho en nuestros días, movido este último por la conciencia humana. Revelan, además, que, en la materia de cumplimiento de Sentencias de la CtIADH, como de la aplicación de la Convención Americana en general, no hay lugar para “pragmatismos”: hay que asumir y mantener una posición indudablemente principista⁷⁷.

⁷⁶ En mis dos visitas oficiales al Perú (los días 12.09.2001 y 18.11.2003), fui recibido en Lima tanto por el Presidente da República Alejandro Toledo como por los magistrados del Tribunal Constitucional, entre otras autoridades (también del Poder Legislativo), así como por representantes de entidades de la sociedad civil; en aquellas ocasiones, me fué comentado que los desmandos del caso del *Tribunal Constitucional* eran considerados por muchos como el inicio de la caída del régimen fujimorista. En ambas ocasiones los magistrados del Tribunal Constitucional me transmitieron las expresiones de gratitud a la CtIADH. El episodio revela la importancia innegable de la jurisdicción internacional (cf. *infra*).

⁷⁷ Para un relato más amplio al respecto, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2011, cap. IV, pp. 27-43.

VI. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL *JUS COGENS* Y LA EXPANSIÓN DE SU CONTENIDO MATERIAL

La emergencia de normas imperativas o perentorias del Derecho Internacional es ampliamente reconocida en nuestros días⁷⁸. En efecto, durante mis años de labor como Juez Titular de la CtIADH —y sobre todo en la época en que tuve el honor de presidirla (1999-2004) y hasta 2006—, la CtIADH⁷⁹ ha sido el tribunal internacional contemporáneo que más ha contribuído para la evolución conceptual del *jus cogens*, en el fiel ejercicio de sus funciones de protección de la persona humana, inclusive en situaciones de la más completa adversidad o vulnerabilidad. Un relato más pormenorizado de dicha construcción jurisprudencial encuéntrase en mi tomo de memorias de aquella Corte⁸⁰, al cual me permito aquí referirme⁸¹. En resúmen, dicha evolución jurisprudencial, en el sentido de una ampliación del contenido material del *jus cogens*, pasó por tres etapas.

La primera etapa de esta notable evolución jurisprudencial consistió en la afirmación de la prohibición absoluta, del *jus cogens*, de la tortura, en toda y cualquier circunstancia, seguida de la misma prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes. El punto de partida encuéntrase en la Sentencia del 18.08.2000 de la CtIADH en el caso *Cantoral Benavides versus*

⁷⁸ En mi *Curso General de Derecho Internacional Público*, ministrado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 2005, caracterizé la construcción doctrinal y jurisprudencial del *jus cogens* internacional como propia de un nuevo *jus gentium*, el Derecho Internacional para la Humanidad. Sostuve, además, que, en este entendimiento, y por definición, el *jus cogens* internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el *corpus juris* del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el Derecho Internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. El *jus cogens* tiene incidencia directa en los propios fundamentos de un Derecho Internacional universal, y es un pilar básico del nuevo *jus gentium*; A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), cap. XII, pp. 336-346.

⁷⁹ Seguida del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia.

⁸⁰ A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª. ed., Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2013, cap. VIII, pp. 75-85.

⁸¹ Y cf. también, al respecto, A.A. Cançado Trindade, "*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law", in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2008*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009, pp. 3-29.

Perú (párr. 99), seguida de las Sentencias del 08.07.2004, en el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú* (párrs. 111-112); del 07.09.2004, en el caso *Tibi versus Ecuador* (párr. 143); y del 06.04.2006, en el caso *Baldeón García versus Perú* (párr. 121)⁸².

La segunda etapa de la construcción jurisprudencial de la CtIADH reside en la ampliación del contenido material del *jus cogens* en su histórica Opinión Consultiva n. 18 (del 17.09.2003), sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de modo a abarcar el principio básico de la igualdad y la no-discriminación (párrs. 97-101 y 110-111). Sostuvo la CtIADH que los Estados tienen el deber de respetar y asegurar el respeto de los derechos humanos a la luz del principio básico de la igualdad y no-discriminación, y agregó que cualquier tratamiento discriminatorio en relación con la protección y el ejercicio de tales derechos (inclusive los laborales) genera la responsabilidad internacional de los Estados⁸³. En

⁸² Un año antes, la Sentencia de la CtIADH (del 11.03.2005) en el caso de *Caesar versus Trinidad y Tobago*, en la misma línea de razonamiento de su construcción jurisprudencial del *jus cogens*, dió acertadamente un otro paso adelante, al sostener la prohibición absoluta, propia del dominio del *jus cogens*, de la tortura *así como de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*. La prohibición absoluta tanto de la tortura, así como de dichos tratos, en todas y cualesquiera circunstancias, como una prohibición del *jus cogens*, conforma hoy día *jurisprudence constante* de la CtIADH. Años antes de los significativos *obiter dicta* de la CtIDH, había yo, en el seno de ésta, insistido en la advertencia para la necesidad del desarrollo jurisprudencial de las prohibiciones del *jus cogens* en algunos de mis Votos Individuales, A saber, en mis Votos Razonados en el caso *Blake versus Guatemala* (excepciones preliminares, Sentencia del 02.07.1996 (párrs. 11 y 14 del Voto); fondo, Sentencia del 24.01.1998 (párrs. 15, 17, 23, 25 y 28 del Voto); y reparaciones, Sentencia del 22.01.1999 (párrs. 31, 40 y 45 del Voto). En la misma línea de pensamiento, posteriormente al caso *Cantoral Benavides*, reiteré mi posición al respecto en mi Voto Concurrente (párrs. 10-11 y 25) en la Sentencia (del 14.03.2001) en el caso *Barrios Altos versus Perú*, así como en mi Voto Razonado (párr. 38) en la Sentencia (del 01.09.2001) en el caso *Hilaire versus Trinidad y Tobago*; en mi Voto Concurrente (párrs. 6, 8-9 y 12) en la Sentencia (del 27.11.2003) en el caso *Maritza Urrutia versus Guatemala*; en mi Voto Razonado (párrs. 1, 37, 39, 42 y 44) en la Sentencia (del 08.07.2004) en el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú* (del 08.07.2004); y en mi Voto Disidente (párrs. 2, 32, y 39-41) en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (Sentencia sobre excepciones preliminares del 23.11.2004).

⁸³ En el entender de la CtIADH, el referido principio fundamental ingresó en el dominio del *jus cogens*, no pudiendo los Estados discriminar, o tolerar situaciones discriminatorias, en detrimento de los migrantes, y debiendo garantizar el debido proceso legal a cualquier persona, independientemente de su status migratorio. Así, no pueden los Estados subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no-discriminación a los objetivos de sus políticas migratorias, entre otras. Sobre este otro gran avance jurisprudencial paralelo emití un extenso Voto Concurrente (párrs. 1-89), en el cual respaldé la posición de la Corte, reconociendo que este prin-

el entender de la Corte, el referido principio fundamental ingresó en el dominio del *jus cogens*, no pudiendo los Estados discriminar, o tolerar situaciones discriminatorias, en detrimento de los migrantes, y debiendo garantizar el debido proceso legal a cualquier persona, independientemente de su status migratorio. Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no-discriminación a los objetivos de sus políticas migratorias, entre otras.

Estaba el campo abierto a la tercera etapa de la referida evolución jurisprudencial. Desde que la CtIADH endosó el entendimiento de que también el principio fundamental de la igualdad y la no-discriminación ingresó en el dominio del *jus cogens* (*supra*), en sucesivos casos contenciosos pasé a insistir en la necesidad de ampliar aún más el contenido material del *jus cogens*, de modo a abarcar del mismo modo el derecho de acceso a la justicia⁸⁴, y atender a las necesidades apremiantes de protección de la persona humana. Lo hice, *inter alia*, en mi Voto Razonado (dedicado al derecho de acceso a la justicia *lato sensu*) en la Sentencia de la Corte (del 31.01.2006) en el caso de la *Masacre of Pueblo Bello versus Colombia*, llamando la atención para la importancia fundamental precisamente del derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, abarcando la *plena realización* de esta última (párr. 64).

Poco después, en mi Voto Razonado en el caso *López Álvarez versus Honduras* (2006) me permití insistir en mi entendimiento en el sentido de que el *derecho al Derecho* (el acceso a la justicia *lato sensu*) es un imperativo del *jus*

principio básico permea todo el ordenamiento jurídico, y llamando atención para su importancia, y la de todos los principios generales del derecho, de los cuales emanan las normas y reglas, y sin los cuales, en última instancia, no hay “ordenamiento jurídico” alguno (párrs. 44-46, 65 y 72). En suma, tales principios conforman, en mi entender, el *substratum* del propio orden jurídico (párrs. 52-58). Los puntos que abordé —inclusive la evolución del *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes* de protección—, lo hice en el ámbito de la concepción de la *civitas maxima gentium* y de la universalidad del género humano.

⁸⁴ Cf., en este sentido, mis Votos Razonados en las Sentencias de la Corte en los casos de la *Masacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (fondo, del 29.04.2004), párrs. 22, 29-33 y 35 del Voto; y (reparaciones, del 19.11.2004), párrs. 4-7 y 20-27 del Voto; de los *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú* (del 08.07.2004), párrs. 37-44 del Voto; de *Tibi versus Ecuador* (del 07.09.2004), párrs. 30-32 del Voto; de *Caesar versus Trinidad y Tobago* (del 11.03.2005), párrs. 85-92 del Voto; de *Yatama versus Nicaragua* (del 23.06.2005), párrs. 6-9 del Voto; de *Acosta Calderón versus Ecuador* (del 14.06.2005), párrs. 4 y 7 del Voto; de las *Masacres of Ituango versus Colombia* (del 01.07.2006), párr. 47 del Voto; de *Baldeón García versus Peru* (del 06.04.2006), párrs. 9-10 del Voto; de *López Álvarez versus Honduras* (del 01.02.2006), párrs. 53-55 del Voto; de *Ximenes Lopes versus Brasil* (del 04.07.2006), párrs. 38-47 del Voto.

cogens (párrs. 52-55). Asimismo, en mi Voto Razonado en la Sentencia de la CtIADH en el caso *Baldeón García versus Perú* (fondo y reparaciones, del 06.04.2006), al recordar sus precedentes de la construcción jurisprudencial de las prohibiciones del *jus cogens* (cf. *supra*), sostuve que “el acceso a la justicia también integra el dominio del *jus cogens* internacional” (párr. 9). Posteriormente, insistí en este mismo punto en mi extenso Voto Disidente (párrs. 1-60) en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso versus Perú* (Interpretación de Sentencia, del 30.11.2007).

Pero fue en el caso de *Goiburú y Otros versus Paraguay* (Sentencia del 22.09.2006), relativo a la siniestra “Operación Cóndor” de los llamados “servicios de inteligencia” de los países del Cono Sur de América del Sur (en la época de las dictaduras de tres décadas atrás), que la propia CtIADH inauguró la tercera etapa de su construcción jurisprudencial al respecto, al endosar la tesis que yo venía sosteniendo en su seno ya por más de dos años⁸⁵, ampliando aún más el contenido material del *jus cogens*, de modo a abarcar el derecho de acceso a la justicia en los planos nacional e internacional. En mis Votos Razonados en el caso de *Goiburú y Otros*⁸⁶, así como en los casos subsiguientes de *Almonacid Arellano versus Chile* (Sentencia del 26.09.2006, párrs. 58-60 del Voto), y de *La Cantuta versus Perú* (Sentencia del 29.11.2006, párrs. 49-62 del Voto), enfatizé la considerable importancia de tal expansión del contenido material del *jus cogens*.

En mi Voto Razonado en el caso de *La Cantuta versus Perú* (Sentencia del 29.11.2006), destacué la importancia de dicha expansión, sobretudo en casos como los de *La Cantuta* y de *Barrios Altos*, “en que el aparato del poder estatal fue indebidamente utilizado para cometer crímenes de Estado (en una chocante distorsión de los fines del Estado), constituyendo violaciones inadmisibles del *jus cogens*”, y “en que los crímenes contra los derechos humanos fueron perpetrados en el marco de una comprobada práctica criminal del Estado”. Y agregué que “[e]l *jus cogens* resiste a los crímenes de Estado, e impone sanciones a los mismos, en razón del pronto comprometimiento de la responsabilidad internacional *agravada* del Estado. Como consecuencia de dichos crímenes, las reparaciones debidas asumen la forma de distintas obligaciones de hacer, incluyendo la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables por los crímenes de Estado

⁸⁵ Cf. el texto de mi Voto Razonado en este caso, reproducido *in*: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 779-804.

⁸⁶ Párrs. 62-68 del, texto *in ibid.*, pp. 801-804.

que perpetraron (por acción u omisión). (...) Con ésto, ha evolucionado y expandido la propia noción de ‘víctima’ bajo la Convención Americana, se han ampliado tanto los parámetros de la protección debida a los justiciables, así como el círculo de personas protegidas” (párrs. 58-60).

Esta gradual expansión del contenido material del *jus cogens* ha ocurrido *pari passu* con la condena judicial por la CtIADH, en los últimos años, de violaciones graves de derechos humanos y de masacres, que conforman, en mi entender, verdaderos crímenes de Estado⁸⁷. En mi Voto Razonado en el caso de *Almonacid y Otros versus Chile* busqué demostrar la falta de validez jurídica de las llamadas auto-amnistías, incompatible con la CADH, al generar la obstrucción y denegación de justicia, y la consecuente impunidad de los responsables por las atrocidades. Insistí en la necesidad de la ampliación del contenido material de las prohibiciones del *jus cogens* (de modo a asegurar el acceso a la justicia en los planos tanto nacional como internacional) (párrs. 17-25).

La significación de esta nueva expansión del contenido material del *jus cogens*, por la CtIADH, a partir de su Sentencia del 22.09.2006, en el caso de *Goiburú y Otros*, de modo a abarcar el derecho de acceso a la justicia, y la importancia y las implicaciones de este notable avance jurisprudencial, son enfatizados en mi Voto Razonado (párrs. 62-68) en aquel caso, en el cual, además, abordé la criminalización de las violaciones graves de los derechos humanos; la responsabilidad internacional del Estado agravada por el crimen de Estado; y nuevos elementos de la necesaria complementariedad entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional contemporáneo.

VII. LAS DIMENSIONES HORIZONTAL Y VERTICAL DE LAS OBLIGACIONES *ERGA OMNES* DE PROTECCIÓN

A la evolución del *jus cogens* en el derecho sustantivo o material corresponde la evolución de las obligaciones *erga omnes* de protección en el plano procesal. Durante mis años de labor como Juez Titular en la CtIADH, estuve empeñado también en la en la construcción conceptual y jurisprudencial

⁸⁷ Cf., al respecto, A.A. Cançado Trindade, “Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited”, in *International Responsibility Today - Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leiden, M. Nijhoff, 2005, pp. 253-269.

de las obligaciones *erga omnes* de protección bajo la Convención Americana. No es mi propósito reiterar aquí detalladamente todas las ponderaciones que desarrollé al respecto, particularmente en mis Votos Concurrentes en las Resoluciones de Medidas Provisionales de Protección adoptadas por la Corte en los casos de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó versus Colombia* (del 18.06.2002 y 15.03.2005), de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó versus Colombia* (del 06.03.2003 y 15.03.2005), del *Pueblo Indígena Kankuamo versus Colombia* (del 05.07.2004), del *Pueblo Indígena de Sarayaku versus Ecuador* (del 06.07.2004 y del 17.06.2005), y de la *Cárcel de Urso Branco versus Brasil* (del 07.07.2004), y de las *Penitenciarias de Mendoza versus Argentina* (del 18.06.2005), sino más bien destacar los puntos centrales de mis reflexiones sobre la materia, con miras a asegurar la protección eficaz de los derechos humanos.

En realidad, bien antes del sometimiento de estos últimos casos al conocimiento de esta Corte, ya yo había advertido para la apremiante necesidad de la promoción del desarrollo doctrinal y jurisprudencial del régimen jurídico de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana (v.g., en mis Votos Razonados en las Sentencias sobre el fondo, del 24.01.1998, párr. 28, y sobre reparaciones, del 22.01.1999, párr. 40, en el caso *Blake versus Guatemala*), destacando de inicio su dimensión *horizontal*, en el sentido de que dichas obligaciones son debidas a la comunidad internacional como un todo; en el marco de la Convención Americana en particular, son obligaciones *erga omnes partes*.

Así, en mi Voto Razonado en el caso *Las Palmeras versus Colombia* (Sentencia sobre excepciones preliminares, del 04.02.2000), ponderé que el correcto entendimiento del amplio alcance de la obligación general de *garantía* de los derechos consagrados en la Convención Americana, estipulada en su artículo 1(1), puede contribuir a la realización del propósito del desarrollo de las obligaciones *erga omnes* de protección (párrs. 2 y 6-7). Dicha obligación general de garantía —agregué en mi citado Voto en el caso *Las Palmeras*—, se impone a cada Estado Parte individualmente y a todos ellos en conjunto (obligación *erga omnes partes*, párrs. 11-12), trayendo a colación sus “*obligaciones positivas* y las *consecuencias jurídicas* de las violaciones de tales obligaciones” (párr. 14).

En mi Voto Concurrente en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó versus Colombia* (Resolución del 18.06.2002), me permití señalar que la obligación de protección por parte del Estado no se limita a las relaciones de éste con las personas bajo su jurisdicción, sino también, en determinadas circunstancias, se extiende a las relaciones entre particulares; tratase de una auténtica obligación *erga omnes* de protección por parte del

Estado de todas las personas bajo su jurisdicción, obligación ésta que crece en importancia en una situación de violencia e inseguridad permanentes (párrs. 14-15).

De ahí la dimensión *vertical* de las obligaciones *erga omnes* de protección, en el sentido de que dichas obligaciones vinculan no sólo a los órganos y agentes del poder público, como también a los simples particulares en sus relaciones *inter se*. Posteriormente, en otro caso de dimensiones tanto individual como colectiva, en mi Voto Concurrente en el caso de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó versus Colombia* (Resolución del 06.03.2003), me permití insistir en la necesidad del “reconocimiento de los efectos de la Convención Americana *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*)” —propio de las obligaciones *erga omnes*—, “sin el cual las obligaciones convencionales de protección se reducirían a poco más que letra muerta” (párrs. 2-3). Y agregué que, de las circunstancias de aquel caso, se desprenden claramente “las nuevas dimensiones de la protección” bajo un tratado la Convención Americana, buscando “proteger colectivamente los miembros de toda una comunidad, aunque la base de acción sea la lesión —o la probabilidad o iminencia de lesión— a derechos individuales” (párr. 4).

En su Opinión Consultiva n. 18, de trascendencia histórica, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17.09.2003), la CtIADH correctamente sostuvo que los derechos protegidos por la Convención Americana deben ser respetados tanto en las relaciones entre los individuos y el poder público estatal como en las relaciones inter-individuales, siendo aquí exigible el deber de garantía de los Estados Partes (párr. 140) bajo el artículo 1(1) de la Convención. La normativa convencional de protección tiene, pues, efectos en relación con terceros (particulares), configurándose así el carácter *erga omnes* de las obligaciones de protección (el *Drittwirkung*).

También a ese respecto la CtIADH ha resaltado, en su Sentencia del 15.09.2005, en el caso de la *Masacre de Mapiripán versus Colombia*, el amplio alcance del deber general de garantía bajo el artículo 1(1) de la CADH. Así, después de recordar que el Estado demandado, al momento de efectuar su reconocimiento de responsabilidad, “aceptó expresamente que, a pesar de ser aún indeterminado, fueron al menos 49 las víctimas ejecutadas” (párr. 134), la CtIADH ponderó que sería “incoherente limitar la determinación de las víctimas a lo establecido en los procesos penales y disciplinarios en este caso”, en el cual es “precisamente la mayoría de víctimas las que no han sido identificadas, producto del *modus operandi* de la masacre y de las graves faltas al deber de protección por parte del Estado y a su deber de diligencia en las investigaciones” (párr. 138).

Aquí, una vez más, en la obligación estatal de garantía y de debida diligencia, se hace presente el amplio alcance del deber general del artículo 1(1) de protección. A este punto dediqué mis dos extensos Votos Razonados en los casos de la *Masacre de Mapiripán* (párrs. 1-53), y de la *Masacre de Pueblo Bello versus Colombia* (párrs. 1-65). Aún al respecto, en cuanto al amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección, en mi Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17.09.2003), me permití recordar que dichas obligaciones *erga omnes*, caracterizadas por el *jus cogens* (del cual emanan)⁸⁸ como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, abarcan, por lo tanto, a todos los destinatarios de las normas jurídicas (*omnes*), tanto a los integrantes de los órganos del poder público estatal como a los particulares (párr. 76). Y proseguí:

“A mi modo de ver, podemos considerar tales obligaciones *erga omnes* desde dos dimensiones, una horizontal y otra vertical, que se complementan. Así, las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo⁸⁹. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*), y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*). En una dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales).

Para la conformación de esta dimensión vertical han contribuido decisivamente el advenimiento y la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pero es sorprendente que, hasta la fecha, estas dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección hayan pasado enteramente desapercibidas de la doctrina jurídica contemporánea. Sin embargo, las veo claramente configuradas en el propio régimen jurídico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en cuanto a la dimensión vertical, la obligación general, consagrada en el artículo 1(1) de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, genera efectos *erga omnes*, al-

⁸⁸ En este mismo Voto, me permití precisar que “por definición, todas las normas del *jus cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes*. Mientras el *jus cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados. A su vez, no todas las obligaciones *erga omnes* se refieren necesariamente a normas del *jus cogens*” (párr. 80).

⁸⁹ CILADH, caso *Blake versus Guatemala* (Fondo), Sentencia del 24.01.1998, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 26, y cf. párrs. 27-30.

canzando las relaciones del individuo tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares⁹⁰ (párrs. 77-78).

En el ámbito de la CIJ, en el caso relativo a *Cuestiones Atinentes a la Obligación de Procesar o Extraditar* (Bélgica *versus* Senegal, Orden del 28.05.2009), examiné, en mi Voto Disidente, la relación entre las normas imperativas del derecho internacional (el *jus cogens*), propio del derecho sustantivo o material, y las obligaciones de ellas emanadas, las obligaciones *erga omnes* de protección, propias del derecho procesal (párrs. 70-71 y 100). En seguida, al llamar la atención para las dimensiones *horizontal* y *vertical* de dichas obligaciones *erga omnes*, advertí que “las obligaciones *erga omnes* no pueden ser adecuadamente abordadas desde una perspectiva estrictamente inter-estatal, la cual dejaría de reflejar la esencia del ordenamiento jurídico contemporáneo. (...) Una comprensión adecuada del ámbito de dichas obligaciones, y la debida observancia de las mismas, pueden ayudar a livrar el mundo de la violencia y la represión, como las que, en el presente caso, victimaron miles de personas en los años del régimen de Habré en el Tchade (1982-1990)” (párr. 72). Además, subrayé la relevancia del fiel cumplimiento en el presente caso de las obligaciones *erga omnes partes*, en el marco de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (párrs. 68-69, 73 y 98).

VIII. LA JUSTICIA INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS JUSTICIABLES

El fenómeno de la multiplicidad de los tribunales internacionales es propio de nuestros tiempos. Los tribunales internacionales contemporáneos han contribuído decisivamente para la expansión de la jurisdicción internacional, así como para la afirmación y consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del ser humano, como sujeto tanto activo (ante los tribunales internacionales de derechos humanos) como pasivo (ante los tribunales penales internacionales) del Derecho Internacional⁹¹ (cf. *supra*). Así, a la par de la responsabilidad internacional de los

⁹⁰ Cf., al respecto, en general, la resolución adoptada por el *Institut de Droit International* (I.D.I.) en la sesión de Santiago de Compostela de 1989 (artículo 1), *in*: I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 y 288-289.

⁹¹ Lo ejemplifican la ya mencionada creación de los dos Tribunales Internacionales *ad hoc* de las Naciones Unidas, para la Ex-Yugoslavia y para Ruanda (en 1993 y 1994,

Estados y organizaciones internacionales, se afirma hoy día también la de los individuos. La subjetividad internacional de los individuos pasa, así, a vincularse ineludiblemente a la temática de la responsabilidad internacional (limitada en el pasado a la de los Estados, y recientemente ampliada a la de las organizaciones internacionales⁹²).

A lo largo de muchos años vengo externando mi entendimiento en el sentido de que el legado más precioso del pensamiento jusinternacionalista de la segunda mitad del siglo XX reside en la consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales de la persona humana⁹³. Los tribunales internacionales contemporáneos han sido creados para atender a una real necesidad de la comunidad internacional (la de la realización de la justicia), y han, por su labor, fomentado el alentador proceso histórico de *humanización del Derecho Internacional contemporáneo*⁹⁴. La propia Carta de las Naciones Unidas (artículo 95) prevé la creación de nuevos tribunales internacionales.

El Derecho Internacional contemporáneo encuéntrase hoy mejor equipado con los nuevos tribunales internacionales. La coordinación y el diálogo entre los tribunales internacionales son de gran importancia, pues en muchos aspectos son complementarios los trabajos de tales tribunales. No hay que pasar desapercibido que los casos que alcanzan los tribunales internacionales constituyen una parcela ínfima de las múltiples injusticias y abusos perpetrados diariamente contra los seres humanos y los pueblos en todo el mundo.

La jurisdicción internacional obligatoria es hoy una realidad (v.g., en la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, la Corte Europea de Dere-

respectivamente) —que en el futuro breve concluirán su ciclo y dejarán su legado para desarrollos futuros del Derecho Penal Internacional—, así como la adopción en Roma en 1998 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Cf., al respecto: Varios Autores, 2007, *l'année des bilans: Leçons et perspectives face à la clôture des premiers tribunaux internationaux*, Paris, I.J.T., 2007, pp. 11-119; ICTY, *ICTY Manual on Developed Practices, as Part of a Project to Preserve the Legacy of the ICTY*, The Hague/Turin, ICTY/UNICRI, 2009, pp. 1-219.

⁹² Cf. A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 5ª. ed., Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2012, cap. XXVII, pp. 611-619, y cf. pp. 705-723.

⁹³ Cf. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236.

⁹⁴ Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409.

chos Humanos, y el Tribunal Penal Internacional (TPI))⁹⁵. La CJI retiene su importancia para el contencioso inter-estatal, pero para las víctimas de violaciones de los derechos humanos los tribunales internacionales más importantes son los de derechos humanos, y para los familiares de los victimados por actos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, los tribunales internacionales más importantes son los penales internacionales. Para los tripulantes de navíos detenidos, el tribunal internacional más importante es el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, sediado en Hamburgo. Cada uno tiene su importancia, en el dominio respectivo de su actuación.

En resumen, todos los tribunales internacionales contemporáneos son importantes, cada uno a su modo, por que todos responden a necesidades de la comunidad internacional de nuestros días, que deben primar sobre zelos institucionales. Cada uno es importante a su modo. En los últimos años la CIJ, como órgano judicial principal de Naciones Unidas (artículo 92 de la Carta de Naciones Unidas), empieza a ser llamada a pronunciarse sobre casos y asuntos que van más allá de la dimensión estrictamente inter-estatal, y requieren de élla una nueva mentalidad, una apertura a nuevas temáticas, y un conocimiento más profundizado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional. Es una señal de los nuevos tiempos, en el inicio de la segunda década del siglo XXI.

La convergencia jurisprudencial puede mucho contribuir en este propósito. Permítome aquí recordar que, en su reciente Sentencia del 30.11.2010 en el caso *A.S. Diallo* (Guinea *versus* R.D. Congo), la CIJ, por primera vez en su historia, estableció violaciones de disposiciones de dos tratados de derechos humanos (el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981), además de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (párrs. 64-97). Además, la CIJ, también por primera vez en su historia, se refirió expresamente a la jurisprudencia de dos tribunales internacionales de derechos humanos, las Cortes Interamericana y Europea (párr. 68).

⁹⁵ Para un estudio general actualizado al respecto, cf. A.A. Cançado Trindade, "Towards Compulsory Jurisdiction: Contemporary International Tribunals and Developments in the International Rule of Law - Part I", in XXXVII *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2010*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2011, pp. 233-259; A.A. Cançado Trindade, "Towards Compulsory Jurisdiction: Contemporary International Tribunals and Developments in the International Rule of Law - Part II", in XXXVIII *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2011*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2012, pp. 285-366.

En mi extenso Voto Razonado en el caso *A.S. Diallo*, me referí, *inter alia*, a la hermenéutica de los tratados de derechos humanos (párrs. 82-92), y a la construcción jurisprudencial del derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, a partir de la pionera Opinión Consultiva n. 16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de 1999) sobre la materia (cf. *supra*), hasta la fecha, con la decisión de la CIJ en el caso *A.S. Diallo* (2010) (párrs. 158-188). En el mismo Voto Razonado, expresé en fin mis esperanzas de avances hacia una nueva era de adjudicación internacional de casos de derechos humanos por la CIJ (párrs. 232-245). En la misma línea de pensamiento, sostuve, en mi extenso Voto Disidente en el caso de la *Aplicación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (CERD, Georgia *versus* Federación Rusa, Sentencia del 01.04.2011), que la cláusula compromisoria (artículo 22) de la referida Convención debe ser interpretada teniendo presentes la naturaleza y el contenido material de la referida Convención, además de su objeto y fin, como un tratado de derechos humanos (párrs. 64-118).

Una característica notable de los avances del Derecho Internacional Público en el presente dominio reside en la otorga del acceso a la justicia a los individuos en el plano internacional, en el marco del fenómeno contemporáneo de la expansión de la personalidad (y capacidad) internacional y la jurisdicción. Ésto ha propiciado una mayor comprensión de la amplia dimensión del derecho de acceso a la justicia, *lato sensu*⁹⁶. Es lo que me ha permitido destacar, en mi reciente y extenso Voto Disidente en el caso de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania *versus* Italia, Grecia interviniendo, Sentencia del 03.02.2012). Los seres humanos pasan a figurar como sujetos, tanto *activos* (ante los tribunales internacionales de derechos humanos) como *pasivos* (ante los tribunales penales internacionales), del Derecho Internacional (cf. *supra*). La actual expansión de la jurisdicción internacional aumenta el número de los *justiciables* a nivel internacional (ante la multiplicidad de los tribunales internacionales contemporáneos), con la concomitante expansión de la *personalidad* internacional así como de la *responsabilidad* internacional.

⁹⁶ Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, Santiago de Chile, CECO/ Librotecnia, 2008, pp. 61-407; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236.

La labor de los tribunales internacionales contemporáneos puede así ser apreciada desde la perspectiva de los propios *justiciables*⁹⁷. La alentadora multiplicidad de los tribunales internacionales contemporáneos —una señal de nuestros tiempos— revela los avances considerables logrados en la búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional. Cada tribunal internacional tiene su jurisdicción basada en un tratado o instrumento internacional distinto, y tiene su propio derecho aplicable. En lugar de jerarquía, hay aquí complementariedad, conformando todos una red policéntrica de tribunales internacionales, afirmando y confirmando la aptitud del Derecho Internacional para resolver los más distintos tipos de controversias internacionales, a niveles tanto *inter-estatal* como *intra-estatal*⁹⁸.

Cabe a cada tribunal internacional dar su efectiva contribución a la evolución continua del Derecho Internacional —en distintas áreas— en su búsqueda de la realización de la justicia internacional. En casos recientes, la propia CIJ ha sido llamada a pronunciarse sobre casos y asuntos que van bien *más allá* de la dimensión estrictamente inter-estatal⁹⁹, lo que requiere de ella una nueva mentalidad, abierta a nuevas temáticas, y un conocimiento más profundizado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional, además del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Refugiados¹⁰⁰.

⁹⁷ A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187.

⁹⁸ A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part II", 317 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 243-245; A.A. Cançado Trindade, "The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights", 2 *Journal of International Criminal Justice* - Oxford (2004) n. 2, pp. 309-312.

⁹⁹ A saber, e.g., el caso de las *Cuestiones Relativas a la Obligación de Perseguir o Extraditar* (Bélgica *versus* Senegal, *Ordonnance* del 28.05.2009), el caso de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania *versus* Italia, con Grecia interviniendo, *Ordonnances* del 06.07.2010 y del 04.07.2011, y Sentencia del 03.02.2012), la Opinión Consultiva sobre la *Declaración de Independencia del Kosovo* (del 22.07.2010), el caso *A.S. Diallo* (Guinea *versus* R.D. Congo, Sentencia del 30.11.2010, y *Ordonnance* del 20.09.2011), el caso de la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (Georgia *versus* Federación Rusa, Sentencia del 01.04.2011), el caso del *Templo de Préah Vihéar* (Cambodia *versus* Tailandia, *Ordonnance* del 18.07.2011), la Opinión Consultiva sobre la *Sentencia n. 2867 del Tribunal Administrativo de La Organización Internacional del Trabajo sobre una Reclamación Interpuesta contra el Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola* (del 01.02.2012).

¹⁰⁰ Sobre los avances recientes de la justicia internacional en estos dominios interrelacionados, en particular en la adjudicación (por la CtIADH en el reciente *ciclo de casos de masacres*) de casos de violaciones graves de derechos humanos y del Derecho Interna-

IX. EL ADVENIMIENTO DE LAS CONVERGENCIAS JURISPRUDENCIALES EN LA LABOR DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES CONTEMPORÁNEOS

La coexistencia de los múltiples tribunales internacionales contemporáneos ha despertado la atención para la necesidad apremiante de su coordinación, la cual se encuentra todavía en sus primordios¹⁰¹. El diálogo mantenido en una base permanente, v.g., por la CtIADH con la CtEDH, particularmente en el período 1999-2004, generó un espíritu de *confianza* mutua¹⁰², y abrió camino para una notable fertilización jurisprudencial que ha persistido hasta la fecha; las convergencias de ahí resultantes, en sus jurisprudencias respectivas, se manifiestan en varios aspectos, tales como los atinentes a los métodos de *interpretación* de las dos Convenciones (Europea y Americana) de Derechos Humanos.

Mediante su interacción interpretativa, la CtEDH y la CtIADH han contribuido a la universalidad del derecho convencional sobre la salvaguardia de los derechos humanos¹⁰³. También en relación con la *aplicación* de las respectivas Convenciones han ocurrido dichas *cross-references*. Para evocar un ejemplo reciente, en el caso de *Varnava y Otros versus Turquía* (Sentencia del 18.09.2009), atinente al desaparecimiento forzado de personas, la

cional Humanitario, cf. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 132-191; A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Inaugural Address, 10.11.2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, "Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte", 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010) pp. 695-699.

¹⁰¹ Cf. relatos de las reuniones ya realizadas con este propósito, in: A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Búsqueda de la Realización del Ideal de la Justicia Internacional", in *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz / Vitoria-Gasteizko Nazioarteko Zuzenbidearen eta Nazioarteko Harremanen Ikastaroak* - Univ. del País Vasco (2010) pp. 82-84; A.A. Cançado Trindade, "Quelques réflexions à l'occasion de la première Réunion des trois Cours régionales des droits de l'homme", 9 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2009) pp. 229-239.

¹⁰² Para un relato histórico reciente, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2011, pp. 185-202.

¹⁰³ Para un estudio reciente al respecto, cf. A.A. Cançado Trindade, "Contemporary International Tribunals: Their Jurisprudential Cross-Fertilization Pertaining to Human Rights Protection", in *The Global Community - Yearbook of International Law and Jurisprudence* (2011) vol. I, Oxford/N.Y., OUP/Oceana, 2012, pp. 309-319.

CtEDH tomó en cuenta las Sentencias de la CtIADH en los casos de *Blake versus Guatemala* (1996-1998) y de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (2004-2005) (párrs. 93-97, 138 y 147), y concluyó, en suma, por la ocurrencia, en el *cas d'espèce*, de una “violación continuada” de los artículos 2, 3 y 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Además, en varias de sus Sentencias, tanto la CtEDH como la CtIADH han invocado la jurisprudencia de la CIJ; estas *cross-references* se refieren a distintos temas, que se extienden desde los principios hasta cuestiones de jurisdicción y procedimiento¹⁰⁴. Por su parte, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (ComAfdHP) también ha procedido a dichas *cross-references*, y su contribución habrá de ser tomada en cuenta por la (nueva) Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, hoy día también en operación. En el caso del *Centre for Minority Rights Development (Kenya)* y *Minorities Group International en nombre del Endorois Welfare Council versus Kenya* (decisión del 04.02.2010), v.g., la ComAfdHP determinó que la remoción del pueblo indígena Endorois de su tierra ancestral (para el desarrollo del turismo) se dió en violación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Para llegar a su decisión, la ComAfdHP trazó paralelos con la Sentencia de la CtIADH en el *leading case* de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua* del 2001 (párrs. 93, 185, 190, 197), y se refirió, además, a otras Sentencias de la CtIADH¹⁰⁵.

Dicha decisión en el caso del *Centre for Minority Rights Development (Kenya)* y *Minorities Group International en nombre del Endorois Welfare Council* (2010,

¹⁰⁴ Cf. A.A. Cançado Trindade, “Contemporary International Tribunals: Their Jurisprudential Cross-Fertilization Pertaining to Human Rights Protection”, in *The Global Community - Yearbook of International Law and Jurisprudence* (2011) vol. I, Oxford/N.Y., OUP/Oceana, 2012, pp. 309-319.

¹⁰⁵ A saber, en los casos de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* de 2005 (párrs. 160, 197-198, 208), de la *Comunidad Yakye Axa versus Paraguay* de 2005 (párrs. 197, 208, 233-234, 260, 265, 284, 287), de la *Comunidad Sawhoyamaya versus Paraguay* de 2005 (párrs. 197, 235, 260, 265), y del *Pueblo Saramaka versus Suriname* case de 2007 (paras. 192, 197, 206, 257-259, 294). La ComAfdHP sostuvo que debe el Estado demandado asumir la responsabilidad de “crear condiciones favorables al desarrollo de su pueblo” (para. 298), y que, en el presente caso, ésto no ocurrió en relación con los Endorois (párr. 298); por consiguiente, la ComAfdHP concluyó que la Comunidad Endorois sufrió una violación del artículo 22 de la Carta Africana imputable al Estado demandado (párr. 298). Hubo, además —agregó la ComAfdHP—, violaciones de los artículos 8, 14, 17 y 21 de la Carta Africana (párrs. 173, 238, 251 y 268, respectivamente). Las violaciones abarcaron, así, una serie de derechos de contenidos distintos, vindicados en los dominios socio-económico y cultural, bajo la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

supra) no fue de modo alguno la única ocasión en que la ComAfDHP procedió a una alentadora fertilización jurisprudencial. Para evocar un otro ejemplo, en el caso inter-estatal de *R.D. Congo versus Burundi, Rwanda y Uganda* (comunicación 227/99, decisión de mayo de 2003), la ComAfDHP se refirió *inter alia* a la decisión del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia en el caso *Delalic et alii*, en apoyo a una parte de su razonamiento (párr. 85). La ComAfDHP determinó la ocurrencia de violaciones, por parte de los Estados demandados, de diversas disposiciones de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁰⁶.

Las *cross-references* aquí revisadas no son exhaustivas, sino más bien ilustrativas de la atención de los tribunales internacionales contemporáneos a la labor de cada uno de ellos (como debe ser), y, en particular, en relación con la protección de los derechos humanos. Hay varias otras *cross-references* jurisprudenciales (e.g., de los tribunales penales internacionales contemporáneos *inter se*)¹⁰⁷, aquí no abordadas, por encontrarse más allá de los propósitos del presente estudio¹⁰⁸. Cuando se trata, en particular, de la pro-

¹⁰⁶ A saber, de los artículos 2, 4, 5, 12(1) y (2), 14, 16, 17, 18(1) y (3), 19, 20, 21, 22 y 23 de la Carta Africana.

¹⁰⁷ Sobre aspectos distintos de su denominador común, cf., *inter alia*, v.g., J.R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2ª. ed., Ardsley N.Y., Transnational Publs., 2000, pp. 3-643; F.O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden, Nijhoff, 2008, pp. 1-196; G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 3-367; C.P.R. Romano, A. Nollkaemper y J.K. Kleffner (eds.), *Internationalized Criminal Courts - Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 3-444.

¹⁰⁸ También hay las referencias de los tribunales penales internacionales a la jurisprudencia de otros tribunales internacionales. Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional (TPI), en el caso de *Prosecutor versus Th. Lubanga Dyilo* (situación en R.D. Congo), en su decisión (Pre-Trial Chamber I) del 29.01.2007, se refirió, en materia de pruebas, *inter alia*, a las Sentencias de la CtEDH en el caso *Soering versus Reino Unido* (del 07.07.1989) y en el caso *Mamatkulov y Askarov versus Turquía* (Grand Chamber, del 04.02.2005) (párr. 38). También se refirió, *inter alia*, a la Sentencia de la CtIADH en el caso *Ivcher Bronstein versus Perú* (del 06.02.2001) (párr. 86 n. 97). En cuanto a la identificación de víctimas para los fines de reparaciones, el TPI (Pre-Trial Chamber I) se refirió, además, en su misma Sentencia en el caso *Lubanga*, a las Sentencias de la CtIADH en el caso de *Aloboetoe et alii versus Suriname* (reparaciones, del 10.09.1993), y en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (reparaciones, del 19.11.2004) (párrs. 112-113). A su vez, el Tribunal Especial para el Líbano, en su *Ordonnance* del 15.04.2010, se refirió a las Sentencias de la CtIADH en los casos de *Barrios Altos versus Perú* (del 14.03.2001) y de *Goiburú y Otros versus Paraguay* (del 22.09.2006) (párrs. 24 y 29), así como a las Sentencias de la CtEDH en los casos, *inter alia*, de *Golder versus Reino Unido* (del 21.02.1975) y de *Vaestberga Taki Aktiebolag y Vulig versus Suecia* (del 23.07.2002) (párrs. 25 y 34 n. 37).

tección de los derechos humanos, los ejemplos son numerosos, no sólo de la parte de los tribunales internacionales contemporáneos, sino también de otros órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos. Por ejemplo, en su decisión (fondo, del 25.06.2010) en el caso del *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) versus Italia*, el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano de supervisión de la Carta Social Europea, al abordar la cuestión de la responsabilidad internacional agravada, se refirió a las Sentencias de la CtIADH en los casos de *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (del 25.11.2003), de los *Masacres de Ituango versus Colombia* (del 01.07.2006), de *Goiburú y Otros versus Paraguay* (del 22.09.2006), y de *La Cantuta versus Perú* (del 29.11.2006) (párr. 75).

Muy significativamente, la propia CIJ, en el reciente caso *A.S. Diallo* (Guinea versus R.D. Congo, Sentencia del 30.11.2010), por primera vez en su historia, procedió a establecer violaciones de dos tratados de derechos humanos, a saber, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en razón de las circunstancias de las detenciones de A.S. Diallo en la R.D. Congo y de su expulsión del país). Y también por primera vez en toda su historia, la CIJ reconoció expresamente el aporte de la jurisprudencia relevante de la CtEDH y de la CtIADH en la materia tratada (párr. 68). La CIJ se movió, de ese modo, del plano *inter-estatal* al *intra-estatal*.

En mi extenso Voto Razonado en el caso *A.S. Diallo*, enfatizé la relevancia de la nueva posición asumida por la CIJ, e invoqué el *principio de humanidad* así como el principio *pro persona humana*, en la jurisprudencia de la Corte (actualmente) en curso, en la lucha contra las manifestaciones del poder arbitrario. Además, endosé las referidas conclusiones de la Corte así como su determinación de la violación del derecho individual a la información sobre asistencia consular (artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963), pero lo hice con base en el enfoque avanzado y pionero propugnado por la CtIADH en su Opinión Consultiva n. 16 (1999) sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, dando testimo-

El Tribunal Especial para el Líbano también se refirió a diversos de mis propios Votos Disidentes y Razonados en sucesivas Sentencias de la CtIADH emitidas en 2006-2007 (párr. 29). En fin, el Tribunal Especial para el Líbano también se refirió a la jurisprudencia de la CIJ, a saber, su Opinión Consultiva (del 28.05.1951) sobre *Reservas a la Convención contra el Genocidio* (párr. 30), y su Sentencia (del 03.02.2006) en el caso de *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (R.D. Congo versus Ruanda) (párr. 30 n. 34).

nio del actual proceso de humanización del derecho consular¹⁰⁹ (párrs. 158-188). Expresé, además, la esperanza de avances hacia una nueva era de adjudicación internacional de casos de derechos humanos por la propia CIJ (párrs. 232-245).

Es alentador que las *cross-references* jurisprudenciales se hayan tornado más frecuentes en la labor de los tribunales internacionales contemporáneos, en materia de protección de los derechos de la persona humana. En esta tendencia, testimoniamos un fenómeno propio de nuestros tiempos. Hoy día, la solución de controversias internacionales (inclusive por la CIJ) no más se limita a las que ocurren a nivel *inter*-estatal, pero abarcan también las que tienen lugar a nivel *intra*-estatal; además, es alentador verificar que existen hoy tribunales internacionales¹¹⁰ que buscan solucionar también estas últimas, ampliando así el marco de la propia solución de controversias¹¹¹, en la medida en que, más allá de ésta, también *dicen lo que es el Derecho*. Así, en nada sorprende identificar, en la bibliografía especializada contemporánea, una creciente atención a la atuación legiferante (*law-making*) de los tribunales internacionales contemporáneos¹¹².

X. CONSIDERACIONES FINALES: LOS AVANCES EN LA REALIZACIÓN DEL IDEAL DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Es inegable que, en nuestros días, se ha avanzado en la realización del antiguo ideal de la justicia internacional. Como nos encontramos en medio a este proceso histórico, es del todo recomendable buscar extraer las lecciones que podamos porventura ya identificar. En mi entendimiento, éstas se muestran perceptibles en relación con por lo menos tres puntos,

¹⁰⁹ Para un estudio reciente, cf. A.A. Cançado Trindade, “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice”, 6 *Chinese Journal of International Law* (2007) n. 1, p. 1-16.

¹¹⁰ Tales como los tribunales internacionales de derechos humanos, y los tribunales penales internacionales.

¹¹¹ K. Oellers-Frahm, “Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction - Problems and Possible Solutions”, 5 *Max-Planck Yearbook of United Nations Law* (2001) p. 69.

¹¹² Cf., v.g., A. von Bogdandy e I. Venzke, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, 12 *German Law Journal* (2011) pp. 979-1003; M. Fyrnys, “Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights”, in *ibid.*, pp. 1231-1259.

a los cuales me refiero a continuación, como conclusión del presente estudio, y sin la pretensión de ser exhaustivo. Permítome destacar, en particular, la relevancia de los principios generales del derecho, la unidad del derecho en la realización de la justicia, y la jurisdicción internacional como co-partícipe de la nacional en la realización de la justicia.

1. *La relevancia de los principios generales del Derecho*

Considero de la mayor relevancia el rol de los principios, tal como lo señalé, por ejemplo, en mi Voto Concurrente en la histórica Opinión Consultiva n. 18, de 17.09.2003, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*:

“Todo sistema jurídico tiene principios fundamentales, que inspiran, informan y conforman sus normas. Son los principios (derivados etimológicamente del latín *principium*) que, evocando las causas primeras, fuentes o orígenes de las normas y reglas, confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. Son los principios generales del derecho (*prima principia*) que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineluctable dimensión axiológica; son ellos que revelan los valores que inspiran todo el ordenamiento jurídico y que, en última instancia, proveen sus propios fundamentos. (...)

De los *prima principia* emanan las normas y reglas, que en ellos encuentran su sentido. Los principios encuéntranse así presentes en los orígenes del propio Derecho. Los principios nos muestran los fines legítimos que buscar: el bien común (de todos los seres humanos, y no de una colectividad abstracta), la realización de la justicia (en los planos tanto nacional como internacional), el necesario primado del derecho sobre la fuerza, la preservación de la paz. (...) [S]i no hay principios, tampoco hay verdaderamente un sistema jurídico”¹¹³.

En mi entendimiento, los principios generales del derecho no se limitan a aquellos consagrados en los sistemas jurídicos nacionales¹¹⁴, pero abarcan igualmente los principios generales del derecho internacional¹¹⁵.

¹¹³ A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 68-69, párrs. 44 y 46.

¹¹⁴ Cf. H. Mosler, “To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the General Principles of Law within the Meaning of Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice”, in *International Law and the Grotian Heritage* (Hague Colloquium of 1983), The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1985, pp. 173-185.

¹¹⁵ En nada sorprende que los voceros de la soberanía absoluta del pasado han resistido a la aplicabilidad de los principios generales del derecho (tanto interno como internacional) en el plano internacional; F.O. Raimondo, *General Principles of Law in the*

Un tribunal internacional como la CIJ ha recurrido a unos y otros en su *jurisprudence constante*. A su vez, los tribunales internacionales de derechos humanos han siempre tenido en mente el principio de la dignidad de la persona humana, así como el principio (*pro victima*) de la aplicación de la norma más favorable a la víctima. Y los tribunales penales internacionales han tenido en mente, v.g., el principio de humanidad (el cual permea todo el Derecho Internacional Humanitario y, a mi juicio, también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos), el principio de la complementariedad (consignado en el Estatuto del TPI), así como el principio de la jurisdicción universal —para citar algunos ejemplos.

La cuestión ha recientemente sido planteada, en términos claros, ante la CIJ. En su reciente decisión del 28 de mayo de 2009, en el caso relativo a *Cuestiones Atinentes a la Obligación de Procesar o Extraditar* (Bélgica *versus* Senegal), la CIJ dejó de indicar medidas provisionales de protección. En mi Voto Disidente, señalé que tales medidas cabían en el caso, para la salvaguardia del derecho a la realización de la justicia, particularmente bajo la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (invocada como base de jurisdicción de la CIJ), que consagra la prohibición absoluta de la tortura (propia del dominio del *jus cogens*), en todas y cualesquiera circunstancias. Agregué que el segmento *aut judicare* —constante del principio de la jurisdicción universal, *aut dedere aut judicare*— prohíbe además atrasos indebidos, y que las medidas provisionales de protección darían expresión a esta prohibición, en pro de la pronta realización de la justicia a niveles tanto nacional como internacional¹¹⁶.

Cuatro años antes de esta decisión de la CIJ, en mi Curso General de Derecho Internacional Público ministrado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en julio-agosto de 2005, sostuve mi entendimiento, sedimentado a lo largo de los años, en el sentido de que los principios generales del derecho forman el *substratum* del propio ordenamiento jurídico, mostrándose indispensables (el *jus naecessarium*, distinto y bien más allá del mero *jus voluntarium*), y expresando la idea de una “justicia *objetiva*” (propia del jusnaturalismo), de alcance universal. En fin, son los principios generales del derecho que inspiran la interpretación y aplicación no sólo

Decisions of International Criminal Courts and Tribunals, Leiden, Nijhoff, 2008, pp. 59 y 41.

¹¹⁶ CIJ, *Cuestiones Atinentes a la Obligación de Procesar o Extraditar* (Bélgica *versus* Senegal), Orden del 28.05.2009, Voto Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 1-105.

de las normas jurídicas, como también el propio proceso legiferante de su elaboración¹¹⁷.

La importancia de los principios también es ilustrada por los desarrollos recientes en el dominio del derecho penal internacional. Recuérdesse que el Estatuto de Roma —que entró en vigor internacional el 01 de julio de 2002—, definió como *core crimes* (artículo 5), sobre los cuales el TPI tiene jurisdicción, el crimen de genocidio (artículo 6), los crímenes contra la humanidad (artículo 7), los crímenes de guerra (artículo 8), y el crimen de agresión. De conformidad con el principio de la complementariedad, invocado en el propio preámbulo del Estatuto de Roma, el TPI es concebido como complementario de las jurisdicciones penales nacionales; las propias condiciones de ejercicio de su competencia (artículos 12-14) dan primacía a las jurisdicciones nacionales para investigar y juzgar los crímenes consignados en el Estatuto de Roma, estando el “acionamiento” del TPI circunscrito a circunstancias excepcionales¹¹⁸.

El Estatuto de Roma también consagró *principios generales de derecho penal*, no obstante las diferencias conceptuales entre las Delegaciones de países de derecho civil y las de países de *common law*¹¹⁹. Se aclaró que, a crímenes de la gravedad del genocidio, de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra, no se aplican —no pueden aplicarse— cualesquiera *statutes of limitations*, incluso porque tales crímenes recaen —en el entender de por lo menos parte de la doctrina jurídica contemporánea—, en el dominio del *jus cogens*, acarreando obligaciones *erga omnes* (cf. *supra*). En fin, todos estos desarrollos recientes se deben, en última instancia, al gra-

¹¹⁷ A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 90-92.

¹¹⁸ En este particular, se distingue el enfoque de este último del seguido por los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y para Ruanda. Otra distinción reside en el sistema de las penas a ser aplicadas: mientras los Estatutos de los dos Tribunales *ad hoc* remiten a los ordenamientos jurídicos internos respectivos, el Estatuto de Roma, a su vez, dispone, él propio, en su artículo 77, sobre las penas aplicables (esencialmente, las de detención).

¹¹⁹ Tales principios generales son, según los artículos 22-33 del Estatuto, los siguientes: *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, irretroactividad *ratione personae*, responsabilidad penal individual, exclusión de los menores de 18 años de edad de la competencia del Tribunal, irrelevancia del cargo oficial, responsabilidad de los jefes y otros superiores, imprescriptibilidad (inaplicabilidad de los *statutes of limitations*), elemento de intencionalidad, circunstancias eximientes de responsabilidad penal, errores de hecho o de derecho, órdenes superiores y disposiciones legales.

do de evolución alcanzado por la conciencia jurídica universal, la cual, en mi entendimiento, constituye la *fuerza material* por excelencia del Derecho Internacional, y de la evolución de todo el Derecho¹²⁰. Es de esperarse que, en estos nuevos tiempos, se consolide en fin la aplicación del principio de la jurisdicción universal, en medio a la expansión de la función judicial internacional, en la búsqueda de la realización del antiguo ideal de la justicia a nivel internacional.

La relevancia de los principios de derecho es notoria en la evolución, en las últimas décadas, del derecho ambiental internacional. En lo que concierne a la CIJ, por ejemplo, en mi extenso Voto Razonado en el reciente caso de las “*Papeleras*” en el Río Uruguay (Sentencia del 20.04.2010, Argentina *versus* Uruguay), lamenté mucho que la Corte no consideró necesario dispensar atención a los principios generales del derecho ambiental internacional. Antes de referirme a estos últimos, empecé mi Voto con un examen de la consagración de los principios generales de derecho como fuente formal del derecho internacional (párrs. 17-47), así reconocidos en la propia jurisprudencia de la CIJ (párrs. 20-25), y además como indicadores del *status conscientiae* de la comunidad internacional (párrs. 207-217). Destaqué —distintamente de la Corte— especial atención precisamente a los principios del derecho ambiental internacional, en particular los principios de la prevención y de la precaución (párrs. 52-113). Y, en fin, subrayé además la dimensión axiológica de los *prima principia* (párrs. 201-206).

2. La unidad del Derecho en la realización de la Justicia

No hay que pasar desapercibido que tanto el principio de la jurisdicción universal, como el de la complementariedad, entre otros, conclaman a una aproximación mayor, si no interacción, entre los ordenamientos jurídicos internacional y nacional. No podría ser de otra forma, particularmente en nuestra era, en la cual, con frecuencia creciente, asuntos los más diversos son sometidos al control judicial en el plano internacional¹²¹. La transposición de la concepción del *rule of law* también al plano internacional se hace acompañar de la superación definitiva de la dimensión estatocéntrica del

¹²⁰ A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, p. 1026, y cf. pp. 1086-1109.

¹²¹ T. Koopmans, «Judicialization», in *Une communauté de droit - Festschrift für G.C. Rodríguez Iglesias* (eds. N. Colneric *et alii*), Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag (BWV), 2003, pp. 51-57.

ordenamiento jurídico internacional. Con la creación y operación de nuevos tribunales internacionales, cresce mucho el número de justiciables en el plano internacional; los Estados dejan de detener el viejo monopolio del acceso a la justicia internacional, el cual, en la actualidad, es correctamente extendido a los demás sujetos del Derecho Internacional¹²², inclusive los individuos¹²³.

La realización de la justicia pasa a ser una meta común, y convergente, de los ordenamientos jurídicos interno e internacional. Y ambos pasan a dar testimonio de la unidad del derecho en la realización de la justicia, una señal de los nuevos tiempos. En la gran mayoría de los casos, la jurisdicción internacional es accionada cuando ya no hay posibilidad de encontrarse justicia en el plano del derecho interno. Pero ha habido ocasiones en que la jurisdicción internacional ha venido al amparo de la jurisdicción nacional, para asegurar también en esta última el primado del derecho (*préeminence du droit, rule of law*).

Permítome aquí recordar, como pertinente ilustración, un caso histórico y paradigmático, el del *Tribunal Constitucional versus Perú*, al cual ya me referí (cf. *supra*), que la Providencia o el destino quiso que ocurriese durante mi Presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su Sentencia del 31.01.2001 (fondo y reparaciones), la Corte Interamericana condenó, como violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional peruano, como sanción resultante del juicio político por parte del Poder Legislativo¹²⁴. Al determinar la violación del derecho a un recurso eficaz y de las garantías judiciales y del debido proceso legal bajo

¹²² H. Ascensio, «La notion de juridiction internationale en question», in *La juridictionnalisation du Droit international* (Colloque de la SFDI de Lille de 2002), Paris, Pédone, p. 198; H. Ruiz Fabri y J. M. Sorel (eds.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pédone, 2006, pp. 219-222 y 304.

¹²³ A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-188.

¹²⁴ Los tres magistrados habían votado contra la reeligibilidad del entonces Presidente de la República (A. Fujimori). En Sentencia anterior (del 24.09.1999) en el mismo caso, la Corte Interamericana afirmó su competencia para adjudicar el referido caso, y declaró *inadmisibile* la pretensión del Estado demandado de “retirarse” de su competencia contenciosa con “efecto inmediato”. Para mis testimonios históricos sobre este dramático episodio, de la perspectiva de la CtIADH, publicados en el Perú, cf. A.A. Cançado Trindade, “Entrevista: El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Una Evaluación Histórica (I)”, in: *Idee - Revista del Instituto de Defensa Legal* - Lima/Peru, n. 138, junio de 2001, pp. 108-113; A.A. Cançado Trindade, “Entrevista: El Perú y la Corte

la Convención Americana, y la *restitutio in integrum* de los tres magistrados (efectivamente restablecidos en sus cargos), ponderó la referida Corte que la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho, y en especial del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento, presupone que estea plenamente protegido y garantizado contra “presiones externas”¹²⁵.

La resolución de destitución de los tres magistrados fue anulada (por el propio Congreso peruano) el 17.09.2000, antes de la celebración de la audiencia pública ante la Corte Interamericana del 22.11.2000, que precedió su supracitada Sentencia del 31.01.2001 en el caso del *Tribunal Constitucional*. Una vez reinstalados los tres magistrados en sus puestos, en dos ocasiones tuve la satisfacción de haber sido recibido por el plenario del Tribunal Constitucional en Lima, una vez ya instalado el Gobierno de Transición Democrática en el país¹²⁶. En las dos visitas oficiales al Perú (el 12.09.2001 y el 18.11.2003), me fue comentado que los abusos del caso del *Tribunal Constitucional* ya pasaban a ser considerados por muchos como el inicio de la caída del régimen fujimorista. En ambas ocasiones los magistrados del Tribunal Constitucional me transmitieron las expresiones de gratitud a la Corte Interamericana.

Casi tres años después de la Sentencia del 31.01.2001 de la CtIADH en el caso del *Tribunal Constitucional*, envié a este último, el día 04.12.2003, una carta, como Presidente de la CtIADH, en la cual *inter alia* expresé que dicha Sentencia puede ser apreciada “como un marco no sólo en la evolución institucional del Perú sino también del propio sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. A mi juicio —agregué—, la referida Sentencia “constituye un precedente judicial inédito también en escala mundial”, que marcó el punto de partida para un acercamiento notable y alentador entre el Poder Judicial a niveles nacional e internacional, reflejado inclusive en la actual convergencia de sus respectivas jurisprudencias, que sirve hoy de ejemplo y modelo para otros países¹²⁷.

Interamericana de Derechos Humanos (II)”, in: *Ideele - Revista del Instituto de Defensa Legal* - Lima/Perú, n. 139, julio de 2001, pp. 85-88.

¹²⁵ Párrafo 75 de la supracitada Sentencia del 31.01.2001.

¹²⁶ Y el Tribunal Constitucional peruano vino inclusive a ser presidido por uno de los tres magistrados destituidos e em él reinstalados.

¹²⁷ Texto de la carta reproducida in: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 2003*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, Anexo LVII, pp. 1459-1460, y cf. pp. 1457-1458.

Al contrario de lo que muchos todavía suponen en tantos países, las jurisdicciones nacional e internacional no son concurrentes o conflictivas, pero sí complementarias, en constante interacción en la protección de los derechos de la persona humana. En el caso del *Tribunal Constitucional*, la jurisdicción internacional efectivamente intervino en defensa de la nacional, contribuyendo decisivamente a la restauración del Estado de Derecho, además de salvaguardar los derechos de los victimados. Es este un precedente¹²⁸ que continuará ciertamente a ser estudiado por las generaciones presentes y futuras de jusinternacionalistas y constitucionalistas, tanto latinoamericanos como de otras regiones del mundo.

En efecto, una vez establecida la responsabilidad *internacional* del Estado por violaciones graves de los derechos humanos, se procedió, a nivel del derecho *interno* peruano, a la determinación de la responsabilidad penal del entonces Presidente de la República por las masacres de *Barrios Altos* y *La Cantuta*. Al contrario de lo que muchos todavía suponen en tantos países, las jurisdicciones nacional e internacional, en este inicio del siglo XXI, no son concurrentes o conflictivas, sin más bien complementarias, en constante interacción en la protección de los derechos de la persona humana y en la lucha contra la impunidad de los violadores de tales derechos.

En el supracitado *ciclo de los casos peruanos*, y particularmente en el caso paradigmático del *Tribunal Constitucional* (2001), la jurisdicción internacional efectivamente intervino en defensa de la nacional, contribuyendo decisivamente a la restauración del Estado de Derecho, además de haber salvaguardado los derechos de los victimados. Y, en los casos de *Barrios Altos* y *La Cantuta* —casos de importancia y trascendencia históricas—, la *jurisdicción internacional precedió a la nacional*. En la historia de las relaciones —e interacciones— entre las jurisdicciones nacional e internacional, estos son precedentes que continuarán ciertamente a ser estudiados por las gene-

¹²⁸ En efecto, en el *ciclo de los casos peruanos*, la CtIADH determinó, reiteradamente, la responsabilidad internacional del Estado (durante el régimen fujimorista). Sólo *posteriormente* se dió, en el mismo Perú, el juicio de A. Fujimori, como ex-Presidente de la República, que resultó en sus condenaciones, por la Sala Penal Especial del Perú (Sentencias de 11.12.2007, 07.04.2009 y 30.09.2009, confirmadas el 03.01.2010). Estas condenaciones del más alto mandatario, a nivel de derecho interno, citaron las anteriores condenaciones por la CtIADH del régimen fujimorista —comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado—, v.g., en los casos de las masacres de *Barrios Altos* (Sentencias de fondo, del 14.03.2001; de interpretación, del 03.09.2001; y de reparaciones, del 30.11.2001), y de *La Cantuta* (Sentencia de fondo y reparaciones, del 29.11.2006).

raciones presentes y futuras de jusinternacionalistas y constitucionalistas, tanto latinoamericanos como de otras regiones del mundo.

3. *La Jurisdicción Internacional como co-partícipe de la Jurisdicción Nacional en la realización de la Justicia*

Al respecto, hay un nuevo desarrollo que no puede pasar aquí desapercibido. Son conocidos los juicios, realizados en Lima, Perú (2007-2009), resultantes en condenaciones, por la Corte Suprema (Sala Penal Especial) del Perú, del ex-Presidente de la República A. Fujimori¹²⁹. Estas condenaciones han sido subsiguientes a las varias condenaciones del régimen fujimorista por la CtIADH, por violaciones graves de los derechos humanos (como, *inter alia*, en las Sentencias en los casos de las masacres de *Barrios Altos*¹³⁰ y de *La Cantuta*¹³¹). En los procesos de derecho interno se tuvo en cuenta (como no podría dejar de ocurrir) los anteriores procesos de derecho internacional resultantes en las referidas condenaciones por la CtIADH¹³².

En esta materia, *la jurisdicción internacional precedió la nacional*. Además de la convergencia entre las jurisdicciones nacional e internacional (*supra*), hace mucho vengo sosteniendo (en mis escritos y Votos a lo largo de los años) las aproximaciones y convergencias, en el plano internacional propiamente dicho, no sólo entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, como también entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados¹³³ —con-

¹²⁹ Sentencias del 11.12.2007, 07.04.2009 y del 30.09.2009.

¹³⁰ Sentencias del 14.03.2001 (fondo), 03.09.2001 (interpretación), y 30.11.2001 (reparaciones).

¹³¹ Sentencia del 29.11.2006 (fondo y reparaciones).

¹³² Cf., v.g., K. Ambos e I. Meini (eds.), *La Autoría Mediata – El Caso Fujimori*, Lima, Ara Eds., 2010, pp. 54-56, 63-67 y 69-70.

¹³³ Cf., v.g., A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187; A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Ginebra, CICR, [2000], pp. 1-66; A.A. Cançado Trindade, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias", in *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, diciembre de 1994), San José, IIDH/ACNUR/Gob. Costa Rica, 1995, pp. 77-168; A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones o Convergencias entre el Derecho Internacional

vergencias éstas a efectuarse en los planos normativo, hermenéutico y operativo.

Efectivamente, la expansión de la jurisdicción internacional cuenta con el concurso, la coparticipación, de las jurisdicciones nacionales. El derecho internacional atribuye funciones internacionales también a los tribunales nacionales. La expansión de la jurisdicción internacional se da *pari passu* con la expansión tanto de la personalidad como de la responsabilidad internacionales¹³⁴ —apuntando todas a la actual construcción de un nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos¹³⁵.

Los tribunales internacionales contemporáneos se componen —como no podría dejar de ser— de jueces provenientes de distintos sistemas jurídicos nacionales, de distintas culturas jurídicas, siendo portadores de formación (personal y profesional) también distinta. *Ex pluribus unum* —encuéntrense, así, en la posición única de dar cada uno su contribución, todos en conjunto, para la construcción de un derecho internacional verdaderamente universal¹³⁶. En los tribunales “internacionalizados” o “mixtos” (para Sierra Leona, Timor-Este, Kosovo y Camboya)¹³⁷, conviven, en la labor do cotidiano, los jueces nacionales con los no-nacionales (recrutados internacionalmente) de aquellos tribunales. Tal convivencia de magistrados provenientes de sistemas jurídicos nacionales distintos, en el seno de todos los tribunales internacionales contemporáneos, me parece

Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos”, in *Seminario Interamericano sobre la Protección de la Persona en Situaciones de Emergencia - Memoria* (Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, junio de 1995), San José, CICR/ACNUR/Gob. Suíza, 1996, pp. 25-28 y 195-197; entre otros estudios.

¹³⁴ A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) p. 203.

¹³⁵ A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part II”, 317 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 269-282.

¹³⁶ Se ha sugerido recientemente que, en razón de su sumisión a la razón, “le travail des juges comporte une dimension universalisable propre. C'est pourqu'oi il est possible d'affirmer que les juges —c'est là leur spécificité— constituent le pouvoir le plus universalisable, mais aussi le plus universalisant, des trois pouvoirs décrits par Montesquieu»; J. Allard y A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation*, [Paris], Éd. Seuil, 2005, p. 84. La importancia de los principios generales del derecho (cf. *supra*) tiene como consecuencia el amplio margen, para identificación y de interpretación, del derecho aplicable, abierto al juez; cf. Ph. Raynaud, *Le juge et le philosophe - Essais sur le nouvel âge du Droit*, Paris, A. Colin, 2009, pp. 255 y 119.

¹³⁷ Cf., v.g., C.P.R. Romano, A. Nollkaemper y J.K. Kleffner (eds.), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals*, Oxford, University Press, 2004, pp. 3-38.

saludable, y no presenta, a mi juicio, dificultades intransponibles, particularmente ante la disposición de estudiar cada uno de aquellos sistemas (*droit civil, common law, derecho islámico*, entre otros) en las grandes obras de derecho comparado. Más difícil me parece otro tipo de convivencia, la de los pares con distintas concepciones de la propia *función judicial internacional*; tales concepciones, a mi modo de ver, independen del sistema jurídico nacional de procedencia.

Aquí ingresamos en lo más íntimo de cada juez, en el dominio personal, en lo cual cada uno es ciertamente distinto de todos los demás, por sus convicciones que trascienden el ámbito del Derecho (pero que para éste son relevantes, al contrario de lo que suponen los positivistas): cada uno es aquí movido por su propia conciencia, en la ardua tarea de la realización de la justicia. Hace medio siglo, Piero Calamandrei recordaba que el término *sententia* deriva de la misma raíz etimológica de “sentimiento”, y advertía que “la sentencia no es obra del intelecto y de la ciencia, consistente en conocer y declarar algo que ya existe”, sino más bien en la “creación práctica”; incluso cuando el juez busca la solución del caso concreto, guiándose por “ciertas premisas de orden general”, las encuentra “en su interior, registradas en su conciencia”¹³⁸. De ahí las distintas actitudes prevalecientes, a lo largo de su historia, en cada tribunal internacional¹³⁹; de ahí las oscilaciones experimentadas por estos tribunales internacionales, —lo que no podría ser de otra forma.

En verdad, las instituciones son, en última instancia, las personas que las integran, y los tribunales internacionales no hacen excepción a esto. Hay los jueces que entienden su función como siendo la de estricta aplicación de la ley, del texto legal; y hay los que creen (y entre estos me sitúo) que, en la propia interpretación —o aún en la búsqueda— del derecho aplicable, hay espacio para la creatividad; cada tribunal internacional es libre para encontrar el derecho aplicable, independientemente de los argumentos de las partes¹⁴⁰. La innovación y el desarrollo progresivo del Derecho son

¹³⁸ P. Calamandrei, *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, Ed. Jur. Europa-América, 1960, p. 67.

¹³⁹ Cf. H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens, 1958, pp. 75-152 y 155-223; J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, 2ª. ed., Manchester, University Press, 1993, pp. 231-233.

¹⁴⁰ Cf. M. Cappelletti, *Juizes Legisladores?*, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. 73-75 y 128-129; M.O. Hudson, *International Tribunals - Past and Future*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace/Brookings Inst., 1944, pp. 104-105.

inescapables, si nos mostramos dispuestos a actuar a la altura de los desafíos de nuestro tiempo.

www.tirantonline.com

Información jurídica en internet



Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

¡Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:

teléfono de atención al cliente: 96 369 17 28

un número de fax: 96 369 41 51

una dirección de correo electrónico:

atencionalcliente@tirantonline.com

o directamente en www.tirantonline.com



