La garantía jurisdiccional de la constitución

A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España

XII Encuentro Iberoamericano
de Derecho Procesal Constitucional

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coord.)

Tomo 1

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

consejo editorial

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Manuel Aragón Reyes
Paloma Biglino Campos
Carlos Closa Montero
Elías Díaz
Arantxa Elizondo Lopetegi
Ricardo García Cárcel
Yolanda Gómez Sánchez
Pedro González-Trevijano
Carmen Iglesias
Francisco J. Laporta
Encarnación Lemús López
Emilio Pajares Montolío
Benigno Pendás
Mayte Salvador Crespo
Mónica Sánchez Redonet
Antonio Torres del Moral

LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich,
a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España

XII ENCUENTRO IBEROAMERICANO
DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
(coord.)

Tomo I

Catálogo general de publicaciones oficiales
https://cpage.mpr.gob.es

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2023:

© Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.)

© Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
http://www.cepc.gob.es
Twitter @cepcgob

NIPO papel: 091-23-022-0
NIPO PDF: 091-23-023-6
ISBN papel obra completa: 978-84-259-2009-7
ISBN papel volumen 1: 978-84-259-2010-3
ISBN papel volumen 2: 978-84-259-2011-0
ISBN PDF obra completa: 978-84-259-2006-6
ISBN PDF volumen 1: 978-84-259-2007-3
ISBN PDF volumen 2: 978-84-259-2008-0
Depósito legal: M-31722-2023

Realización: Crisol C. G., SL
Alejandro Ferrant, 9
28045 Madrid

Impreso en España - *Printed in Spain*

In Memoriam:
Héctor Fix-Zamudio (1924-2021)
Pablo Pérez Tremps (1956-2021)

ÍNDICE

TOMO I

Nota preliminar 3
Eduardo Ferrer Mac-Gregor, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional

Prefacio 5
Pedro Salazar Ugarte, exdirector del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Prólogo 9
Pedro González-Trevijano, expresidente del Tribunal Constitucional

Conferencia inaugural: la constitución es nuestra tarea 13
Gustavo Zagrebelsky, presidente honorario de la Corte Costituzionale de Italia

CAPÍTULO I

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

Presentación 27
Ricardo Alonso García, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, presidente emérito del TC 1992-1995
Álvaro Rodríguez Bereijo, presidente emérito del TC 1995-1998
Pedro Cruz Villalón, presidente emérito del TC 1998-2001

María Emilia Casas Baamonde, presidenta emérita del TC 2004-2010
Pascual Sala Sánchez, presidente emérito del TC 2011-2013
Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, presidente emérito del TC 2013-2017
Juan José González Rivas, presidente emérito del TC 2017-2021

CAPÍTULO II
IN MEMORIAM HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (1924-2021): LEGADO AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Presentación 87
Pedro Salazar Ugarte, exdirector del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Palabras en homenaje a héctor fix-zamudio 89
Manuel Aragón Reyes, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid

El maestro don héctor fix-zamudio 93
Carlos Ayala Corao, profesor de la Universidad Central de Venezuela

Mi relación académica y personal con héctor fix-zamudio 97
Allan R. Brewer Carías, profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

Al *maestro fix* con cariño y perenne gratitud ¡hasta siempre, por siempre! 107
Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

En recuerdo a héctor fix-zamudio 117
Domingo García Belaunde, profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El legado del maestro héctor fix-zamudio al derecho procesal constitucional mexicano. Aproximaciones 121
Cecilia Mora-Donatto, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Hector fix zamudio: palabras de homenaje 127
Néstor Pedro Sagués, profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires

CAPÍTULO III
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA

Presentación 131
Yolanda Gómez Sánchez, directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Tribunales constitucionales y democracia..... 137
Manuel Aragón Reyes, catedrático emérito de la Universidad Autónoma de Madrid, magistrado emérito del Tribunal Constitucional

Democracia y justicia constitucional. El tema de la democracia en la discusión sobre la legitimidad de la justicia constitucional y sobre el reconocimiento de las sentencias de los tribunales constitucionales en otras jurisdicciones..... 153
Allan R. Brewer Carías, profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

El rol de las cortes regionales en democracia algunas reflexiones basadas en un enfoque comparativo de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos 177
Laurence Burgorgue-Larsen, catedrática de Derecho público en la Escuela de Derecho de la Sorbona (Universidad Paris I)

Tribunales constitucionales y democracia..... 207
Pedro Salazar Ugarte, exdirector del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CAPÍTULO IV
NOMBRAMIENTO DE JUECES CONSTITUCIONALES: SISTEMAS Y PROCEDIMIENTOS

Presentación..... 215
María J. Roca, catedrática de la Universidad Complutense de Madrid

La designación de los jueces constitucionales en españa 225
Germán Fernández Farreres, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Nombramiento de jueces constitucionales en costa rica: sistema y procedimiento 235
Rubén Hernández Valle, profesor de la Universidad de Costa Rica

La importancia de las normas no escritas sobre los nombramientos de jueces constitucionales: el caso de México 245
Andrea Pozas Loyo, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Nombramiento de jueces constitucionales: sistemas y procedimientos 255
Roberto Romboli, profesor de la Università di Pisa

CAPÍTULO V
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

Presentación: la sorprendente riqueza de la interpretación constitucional 267
Javier García Roca, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

El sentido de la interpretación constitucional de la norma sobre derechos humanos 273
José Luis Caballero Ochoa, académico-investigador en la Universidad Iberoamericana

Interpretación constitucional 281
Raúl Canosa Usera, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

La interpretación constitucional como instrumento de mutación o transformación plausible: la experiencia uruguaya desde 1985 295
Eduardo G. Esteva Gallicchio, catedrático emérito en la Universidad Católica del Uruguay

El giro procedimental en la academia y la interpretación de la constitución 315
Francisca Pou Giménez, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CAPÍTULO VI
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA

Presentación 327
Néstor P. Sagüés, profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires

El control internacional del control interno de convencionalidad 335
Carlos Ayala Corao, vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas

¿Cómo deberían ejercer los jueces el control de convencionalidad de las leyes? 357
Ernesto Rey Cantor, profesor de la Universidad Libre de Colombia

El camino hacia el reconocimiento del derecho al doble conforme penal en ecuador: ¿control de convencionalidad o diálogo jurisprudencial? 369
Daniela Salazar Marín, jueza de la Corte Constitucional de Ecuador

CAPÍTULO VII
INDEPENDENCIA JUDICIAL: DESAFÍOS EN LOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS

Presentación: presupuestos constitucionales de la independencia judicial 389
Pablo Lucas Murillo de la Cueva, magistrado del Tribunal Supremo

Garantizar la independencia de los jueces nacionales, una estrategia de la unión para frenar el avance del populismo 405
Paloma Biglino Campos, catedrática de la Universidad de Valladolid

Independencia judicial: desafíos en los sistemas democráticos 417
Rafael Bustos Gisbert, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

El desafío de la independencia judicial en las democracias constitucionales 435
Hugo Alejandro Concha Cantú, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Independencia judicial: desafíos en los sistemas democráticos (la experiencia: el caso de méxico) 445
Juan N. Silva Meza, expresidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

CAPÍTULO VIII
AMPARO CONSTITUCIONAL

Presentación 453
Faustino Cordón Moreno, catedrático de la Universidad de Navarra

El derecho fundamental a la *PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL JUEZ* y el problema de los *AFORAMIENTOS* en España 459
José Manuel Chozas Alonso, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

El amparo digital: reflexiones provisionales del mundo del mañana 475
Gerardo Eto Cruz, exmagistrado del Tribunal Constitucional del Perú

La efectividad del juicio de amparo para la garantía de los derechos humanos en México 495
María Elisa Franco Martín del Campo, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El amparo directo y los tribunales de los Estados 513
Luis Fernando Rentería Barragán, presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Sonora

CAPÍTULO IX
ÓRGANOS Y SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EUROPA Y AMÉRICA

Oportunidades constitucionales y magistratura 533
Karina Ansolabehere, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Consideraciones comparativas entre el tribunal constitucional vigente y sobre la corte constitucional postulada en el proyecto de nueva constitución 549
Humberto Nogueira Alcalá, profesor de la Universidad de Talca

Avances nomogenéticos de la corte suprema de justicia argentina 569
Néstor Pedro Sagüés, profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires

La expansión de la justicia constitucional en europa: 1945-2000 ... 593
Alejandro Saiz Arnaiz, catedrático de la Universitat Pompeu Fabra

LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

TOMO I

NOTA PRELIMINAR

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional

La presente obra reúne las ponencias presentadas en ocasión del *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, celebrado los días 9, 10 y 11 de marzo de 2022, en las sedes del Senado de España y del Centro de Estudios Político y Constitucionales (CEPC) en Madrid. El congreso tuvo como eje temático *La garantía jurisdiccional de la Constitución. A 100 años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España*[1].

Este congreso internacional estaba previsto en 2020. Cuando las condiciones lo permitieron, se realizó de manera presencial después del *impasse* que representó la pandemia de COVID-19 y siguiendo la estela de *Encuentros Iberoamericanos* anteriores, celebrados en Rosario, Argentina, 2003; San José, Costa Rica, 2004; La Antigua, Guatemala, 2005; Santiago de Chile, 2006; Cancún, México, 2008; San Juan, Argentina, 2009; Santo Domingo, República Dominicana, 2011; Cádiz, España, 2012; Hermosillo, México, 2014; Bucaramanga, Colombia, 2016; y Querétaro, México, 2017.

A nombre del *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* y del mío propio, agradezco el invaluable apoyo brindado por la doctora Yolanda Gómez Sánchez, directora del prestigioso CEPC, no solo por todas las facilidades para la realización del congreso, sino ahora también por la publicación de la presente obra. Agradecimiento que hacemos extensivo a su equipo de colaboradores, especialmente al subdirector, doctor Emilio Pajares Montolío.

Nuestro agradecimiento también a las distintas instituciones que coadyuvaron en la realización del *XII Encuentro Iberoamericano*: Senado, Tribunal Consti-

[1] El programa del *XII Encuentro Iberoamericano* puede consultarse en: https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2022-03/20220310-eidpc-garant%C3%ADaconstitucion-1.pdf

tucional, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público de Heidelberg, Alemania, y la Editorial Tirant lo Blanch.

A manera de marco introductorio, la obra inicia con las palabras pronunciadas en ocasión de la conferencia inaugural del congreso, impartida por el doctor Gustavo Zagrebelsky, Presidente emérito del Tribunal Constitucional italiano y profesor emérito de derecho constitucional en la Universidad de Turín; seguida de las intervenciones de la primera mesa, referida al Tribunal Constitucional español, en ocasión de sus cuarenta años de fructífera existencia. En esta histórica mesa participaron la Presidenta y los Presidentes eméritos, reunidos por primera vez, para reflexionar sobre el pasado, presente y futuro del Tribunal Constitucional español, siendo moderada la mesa por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid[2]. Además de las mesas de trabajo, que aparecen en esta obra en sendos capítulos, este *XII Encuentro Iberoamericano* rindió homenaje a dos juristas muy queridos y respetados en ambos lados del océano para la construcción de las ideas de la justicia constitucional: los doctores Héctor Fix-Zamudio (1924-2021) y Pablo Pérez Tremps (1956-2021), cuyo recuerdo permanecerá vivo entre nosotros, dejando un legado invaluable para el Derecho Procesal Constitucional en Iberoamérica[3].

No me resta más que agradecer calurosamente a cerca de 100 ponentes y moderadores/as por sus valiosas intervenciones en las 18 mesas de trabajo del congreso, provenientes de 14 países: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Francia, Italia, México, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Asi como a quienes nos acompañaron de manera presencial o virtual en calidad de congresistas.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Presidente del Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal Constitucional
Madrid, invierno de 2023

[2] El acto inaugural, la conferencia magistral y la primera mesa con la participación de la Presidenta y los Presidentes eméritos del TC, tuvo lugar en el Senado de España, el 9 de marzo de 2022. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=-biXBK2x89o.

[3] Las restantes mesas se llevaron a cabo los días siguientes, 10 y 11 de marzo en el CEPC. Las intervenciones pueden verse en los siguientes enlaces: https://www.cepc.gob.es/multimedia/xii-encuentro-iberoamericano-de-derecho-procesal-constitucional-la-garantia-jurisdiccional-de-la-1 (Mesas 2 a 12).

https://www.cepc.gob.es/multimedia/xii-encuentro-iberoamericano-de-derecho-procesal-constitucional-la-garantia-jurisdiccional-de-la-0 (Mesas 13 a 18).

PREFACIO[1]

Pedro Salazar Ugarte
Exdirector del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Agradezco a las instituciones organizadoras la convocatoria a este importante evento internacional.

Saludo al Sr. presidente del Senado, Ander Gil; a mi colega, representante del Max Planck Institute, doctora Mariela Morales; a la directora del CEPC, Yolanda Gómez Sánchez; al Sr. Decano y amigo Ricardo Alonso García y; a mi colega presidente del IIDPC, Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas que dirijo en México no existiría sin España.

No lo afirmo con retórica sino con precisión histórica.

En 1940, el jurista y estudioso español, Felipe Sánchez Román, propuso la creación de un Instituto de Derecho Comparado en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México. El entonces rector de la UNAM, Gustavo Baz Prada, aprobó su creación y reglamento.

Para la operación de ese Instituto, que en ese entonces era más un proyecto que una realidad, se habilitó un pequeño despacho en la calle Artículo 123 —para mayor precisión número 22, tercer piso— en el centro de la Ciudad de México.

La casualidad dispuso que en la vereda de enfrente se ubicara el emblemático Café Madrid.

El nombre de la calle que albergaba tanto a la confitería como al flamante Instituto es todavía un homenaje al histórico artículo de la constitución mexicana de 1917 cuyo texto estipula que: «Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil…».

[1] Palabras pronunciadas en el acto inaugural del *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.*

Así que el Instituto, por su origen, denominación y ubicación —en una suerte de crisol simbólico— amalgamó un espíritu republicano, universalista, hispano-mexicano y social, al mismo tiempo.

Juristas ilustres como Raúl Carranca y Trujillo, Mario de la Cueva —cuyo nombre distingue al Circuito Universitario en el que actualmente se ubica nuestra sede en Ciudad Universitaria— y Agustín García López, solo por mencionar a algunos, mantuvieron vigente el proyecto que en 1945 encontraría cobijo físico en el Edificio de la Escuela Nacional de Jurisprudencia y nueve años después se alojaría en la Torre de Humanidades erigida en las instalaciones recién inauguradas de la Universidad en el Pedregal de San Ángel, al sur de la Ciudad de México.

Fue otro jurista español, Francisco Javier Elola Fernández, integrante del Instituto de Derecho Comparado desde 1940 hasta su regreso a España en 1964, quien en su breve periodo como director provisional, fundó la publicación insigne del instituto durante décadas: el Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

Esa publicación materializó y proyectó al mundo el sentido académico de la empresa con su vocación comparativista y su ánimo universalista.

Lo anterior para pesar y desagrado de algunos juristas que cultivaban una tradición nacionalista y parroquial sobre el derecho en el gremio jurídico mexicano de aquellos años.

Dos años después, el rector Barrios Sierra designó al doctor Héctor Fix-Zamudio como director del Instituto y un año más tarde, en 1967, cambiarían su denominación para llamarlo: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Valga como curiosidad un dato: en ese entonces el claustro académico estaba conformado por cuatro investigadores.

Fix-Zamudio, cuya memoria honraremos en este evento, invirtió su talento y esmero para consolidar a la institución que dirigió desde 1966 hasta 1978.

Cuando el maestro dejó la dirección, el IIJ ya contaba con 27 investigadores de tiempo completo, dos de medio tiempo, seis técnicos académicos y dos contratos especiales.

Esa generación, apiñada —según cuentan— en los pisos cuarto, quinto y la mitad del décimo tercero de la Torre de Humanidades, sedimentó a la Institución que hoy dirijo.

El 24 de octubre de 1978 fue designado director del Instituto, Jorge Carpizo Mac-Gregor. No me detengo a reseñar la notable gestión de quien después sería rector de la UNAM, servidor público ejemplar y jurista notable.

Pero, para continuar con la hebra que hilvana la relación del Instituto de Investigaciones Jurídicas con España, recuerdo que Carpizo, durante tres importantes años de su vida, fue profesor de estudios de posgrado precisamente en la Universidad complutense de Madrid.

De hecho, Carpizo, como también lo harían José Luis Soberanes y Diego Valadés (a quien no puedo dejar de mencionar en este día en el que no ha podido acompañarlos), promovió que muchas personas jóvenes realizaran sus estudios de doctorado en España y hoy forman parte de nuestro claustro académico.

Por cierto, el próximo 30 de marzo se cumplen 10 años del sorprendente fallecimiento de Jorge. Así que sirva esta mención también como un sentido homenaje a su memoria.

Hoy acudimos —para reflexionar sobre temas de justicia constitucional—, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Karina Ansolabehere Sesti, Hugo Concha Cantú, Cecilia Mora Donatto, Rodrigo Gutiérrez Rivas, Francisca Pou Giménez, Andrea Pozas Loyo, Ma. Elisa Franco Martín del Campo y quien les habla.

Venimos en representación de una comunidad académica vibrante y paritaria integrada por 107 personas investigadoras y 45 técnicas académicas con un pujante programa de doctorado, publicaciones, eventos e investigaciones sobre temas de relevancia jurídica con una perspectiva interdisciplinaria.

En 2022 contamos con una sede también en la ciudad de Tijuana Baja California. Nuestra «Estación Noroeste de Investigación y Docencia» se ubica mirando hacia los Estados Unidos y se orienta en dirección Asia Pacífico porque ahí estudiamos temas y problemas con relevancia jurídica que suceden en las fronteras: migración, energía, medioambiente, comercio, territorio, violencias, etcétera.

De esta manera seguimos honrando nuestro origen y nuestra vocación universalista que hace más de ochenta años nos llegó desde España. Y también refrendamos nuestra responsabilidad como entidad de una universidad pública.

Valga esta breve y apretada historia para honrar a los que no están, celebrar la fuerza de los lazos que unen a nuestros países, recordar el potencial transformador de nuestras sinergias y reiterar nuestro compromiso común con la causa del derecho constitucional, democrático y socialmente orientado.

PRÓLOGO

Pedro González-Trevijano
Expresidente del Tribunal Constitucional

Mis primeras palabras ha de ser necesariamente para manifestar, y además de forma explícita, mi mayor agradecimiento y no menor satisfacción. La gratitud es, como postulaba Chesterton, la primigenia y más relevante de las virtudes humanas. Y yo me siento extraordinariamente distinguido por la amable invitación brindada de prologar esta obra. Y, por supuesto, también mi complacencia. Un beneplácito que obedece a diferentes causas y circunstancias que no me resisto a enumerar, siquiera sea de forma sucinta.

En primer lugar, porque el presente libro es el fruto de una encomiable colaboración entre diferentes instituciones de diversa naturaleza y condición. Pero todas ellas involucradas firmemente en la mejora y el fortalecimiento del gobierno de nuestra *Res publica*. Me refiero, y deseo enunciarlas nominativamente por su buen hacer, a las siguientes: *el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.* Y así mismo, *el Senado, el Tribunal Constitucional, la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público de Heidelberg* y *la editorial Tirant lo Blanch.* Y, más en concreto, pues a la cabeza de las instituciones se encuentran personas, a Eduardo Ferrer Mac-Gregor y a Yolanda Gómez Sánchez. La historia del mundo no es, como afirmaba con vehemencia Thomas Carlyle, «la biografía de los grandes hombres», pero no es menos cierto que las Jornadas no hubieran sido posibles sin su empeño y su estímulo. No es irrelevante quien está a la cabeza de las instituciones. En ambos queridos y admirados amigos deseo singularizar el acierto y la involucración de todos sus participantes.

En segundo término, porque nada puede despertar más el interés de un ciudadano, que es además jurista, que atender al conocimiento, adhesión y promo-

ción de sus respectivos regímenes constitucionales. Unos sistemas políticos que hacen suyo el prescriptivo contenido sustantivo apuntado ya en la lejana *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 26 de agosto de 1789, cuando disponía, sin ambages, que «Toda sociedad en la que no se reconocen los derechos fundamentales, ni se preserva el principio de la separación de poderes, carece de Constitución» (artículo 16). Lo que equivale a subrayar, de manera rotunda, que solo son Constituciones de verdad, esto es, Constituciones con mayúsculas, las Constituciones que asumen tal intangible ámbito material. Los demás textos, autocalificados como constitucionales, podrán denominarse ampulosa y falsariamente constituciones, pero no pasan de ser, en feliz terminología de Karl Loewenstein, el burdo disfraz formalizado de un omnímodo poder. Unas «pseudo constituciones», podríamos bautizar, de meramente falsarias. No hay auténtica Constitución sin una heterónoma limitación y fiscalización continuada del poder político, y sin el preceptivo amparo de los derechos fundamentales y libertades públicas. La razón es obvia, y era descrita con lucidez por Lord Acton en el siglo XIX: «El poder corrompe, el poder absoluto corrompe absolutamente».

Desde este convencimiento, la constitucionalización y la tutela efectiva de las libertades fundamentales, «pues los derechos valen los que valen sus garantías», forman parte insoslayable de toda Constitución que se precie. Una Constitución que establece, es verdad *prima facie*, las bases ordenadoras de la organización jurídico política. Pero la Constitución es, además, la *Norma normarum*: la Norma superior del ordenamiento jurídico positivo. La Norma ontológicamente suprema en la que se fundamentan todas y cada una de las disposiciones de un Estado vertebrado jurídicamente. Y a la que están inexorablemente sometidos los diversos poderes del Estado. De ahí el acierto de los organizadores de encomendar al profesor Gustavo Zagrebelsky, presidente honorario de la *Corte Costituzionale* de Italia, la conferencia inaugural, con un título tan inequívocamente esclarecedor: «La Constitución es nuestra tarea.»

Ahora bien, como la historia del constitucionalismo ha refrendado, la mandatada caracterización de la Constitución en tanto que Ley de leyes, y la indefectible defensa de sus descritos contenidos, a pesar de haber sido un paso gigantesco en la conformación del Estado de Derecho moderno, es una condición «*sine qua non*», pero no suficiente. En esta pertinaz «lucha contra las inmunidades del poder», diríamos parafraseando al profesor García de Enterría, la implantación, el desarrollo y el robustecimiento de la Jurisdicción constitucional, como la diseñó Hans Kelsen hace un siglo, se nos antoja imprescindible.

Tales premisas son las que han auspiciado, a mi entender, la celebración de estas renombradas Jornadas con la aleccionadora denominación de «La garantía jurisdiccional de la Constitución. A cien años del Vergassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España», dentro del *XII*

Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Unas Jornadas previstas para el año 2020, pero que la malhadada pandemia del COVID-19 obligó a posponer al mes de marzo de 2022. Sirvan de ejemplo algunos de sus sobresalientes títulos. A saber: *Tribunales Constitucionales y democracia; Interpretación constitucional y convencional; Independencia judicial: desafíos en los sistemas democráticos; Amparo constitucional; Protección de los derechos sociales; Control de convencionalidad y control de europeidad; Igualdad, no discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad;* o *Libertad de expresión, intimidad y nuevas tecnologías.* Con un merecido recuerdo, tan justo como sentido, a dos excelentes juristas: al maestro Fix-Zamudio y al profesor Pérez Tremps. A ellos les serían aplicables las palabras de la novela de Joseph Conrad referidas al personaje de Lord Jim: eran «uno de los nuestros.»

Y nada más. Felicitar a todos los que con su conocimiento y dedicación la han hecho posible. A las ejemplares instituciones que la han respaldado activamente; a sus solventes participantes; y a todos nosotros. Ciudadanos que anhelamos disfrutar de las mayores cuotas de libertad, igualdad y justicia. Que así sea.

CONFERENCIA INAUGURAL: LA CONSTITUCIÓN ES NUESTRA TAREA

Gustavo Zagrebelsky
Presidente honorario de la Corte Costituzionale de Italia

La Constitución, para constitucionalistas y tribunales constitucionales, no es una cosa. Es *una* o, mejor, es *la* tarea. Tarea difícil y necesaria. Por qué y cómo es así, es de lo que me quiero ocupar a continuación. Empezando por la pregunta radical: ¿este tiempo nuestro es un «tiempo constitucional»?

(*dudas*) Un ilustre representante de la nueva generación de constitucionalistas alemanes formados bajo el ala de la Ley Fundamental de la República Federal, en un ensayo de 1991, *El futuro de la constitución*, cuestiona la «perdurable vitalidad de las constituciones». Comienza así: «parece que no hay razón para preocuparse». De hecho, si consideramos la difusión mundial de lo que llamamos constitución y las garantías proporcionadas para asegurar su fuerza jurídica, en primer lugar las jurisdicciones constitucionales, esta afirmación puede parecer justificada. Pero es dudoso: «parece» solamente. De hecho, inmediatamente después, añade que más allá de los indiscutibles éxitos exteriores «hay ahora muchos signos que indican una creciente debilidad intrínseca de las constituciones y plantean dudas sobre su disminuida capacidad para regular la política». Queda abierto —escribe en conclusión— si la «disminución de la validez» de las constituciones actuales puede compensarse de alguna manera o si tendremos que lidiar con documentos «atrofiados».

(*difusión*) La naturaleza histórica de las constituciones debería hacer sospechar de los juicios absolutos, que pueden llegar a ser prejuicios. Ahora, el escepticismo constitucional choca con la observación de la propagación de lo que Konrad Hesse llamó *Wille zur Verfassung*. El deseo, la necesidad y, por lo tanto, la voluntad de constitución de tantos pueblos de la tierra están ciertamente más

extendidos y vivos que nunca, incluso superando las fronteras de los estados nacionales y abarcando, si no a toda la humanidad, al menos vastas porciones de humanidad, áreas geográficas y continentes. Esta aspiración ciertamente tiene diferentes causas. Salir del caos y poner fin a las guerras civiles; pasar página tras el colapso de regímenes anteriores; conquistar la libertad; superar el racismo, las divisiones políticas, sociales y étnicas; eliminar la escoria de un pasado abyecto y mirar hacia adelante; garantizar los derechos emergentes de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas: a pesar de todo esto, ¿de qué se trata si no de la Constitución?

Por supuesto, la «voluntad de constituir» a la que nos referimos se refiere a las «constituciones del constitucionalismo» y no a las numerosas «constituciones sin constitucionalismo» que son instrumentos a disposición del partido o del déspota de turno. Incluso con esta limitación, las constituciones con constitucionalismo o aspirantes al constitucionalismo en la última mitad del siglo pasado han crecido constantemente, emergiendo de las dictaduras fascistas, de la órbita comunista o de la dominación colonial. En estos meses, en la República de Chile se está llevando a cabo un proceso constituyente para dejar atrás su conocido y trágico pasado: esperamos mucho de esa experiencia.

Las muchas razones históricas para las constituciones respaldan, como múltiples apoyos, las buenas razones actuales. Y predicen un futuro. Pero no necesariamente un futuro sin escollos.

(*dificultad*) En esta circunstancia, en la que estamos llamados a reflexionar sobre las tareas y responsabilidades de nuestras jurisdicciones constitucionales, me gustaría llamar la atención sobre tres dificultades. Podemos llamar a la primera *descomposición*, a la segunda *complicación* y a la tercera *afán*.

(*descomposición*) El «momento» de un pueblo a la hora de darse una constitución es el momento político por excelencia. En ese momento, los egoísmos partidistas guardan silencio o, al menos, pasan a un segundo plano. Siempre el «momento constitucional» es aquel en el que uno se eleva por encima de los intereses particulares para mirar la vida de la *pòlis* como un todo, para ahora y para el futuro. La plenitud de los tiempos constitucionales es la inicial, cuando el llamado «velo de la ignorancia» oculta los desarrollos futuros, impide los cálculos de utilidad inmediata y predispone a la esperanza del bien común. La constitución está consignada a un texto escrito, es *fixée* para restarla al egoísmo y al cambiante equilibrio de fuerzas: un reemplazo grandioso y una «futurología política». Esta concepción de la constitución es la opuesta a la antigua, bien resumida por Madame De Staël cuando observó que la constitución de la monarquía francesa se había asentado caóticamente a través de «continuos intentos» de las partes involucradas,

la monarquía, la nobleza y el tercer estado, para imponer el poder absoluto, para arrebatar privilegios o para obtener derechos.

Hoy en día, nadie cree que las constituciones puedan establecerse à *jamais*. La soberanía del tiempo histórico se ejerce sobre todos los esfuerzos posibles para imponer normas y principios políticos a perpetuidad. Ni siquiera previendo instrumentos de «rigidez» de las constituciones e inscribiendo derechos y deberes supremos e inmutables. Negar que las cosas que se hacen no se pueden volver a hacer no tiene sentido. Es la autoridad indiscutible de la experiencia la que nos dice que la pretensión de permanencia en los asuntos políticos y constitucionales es infundada. La constitución está llena de historia y siempre avanza, más o menos rápidamente, pero procede. El derecho constitucional no es un «derecho natural».

Las constituciones tienen una peculiaridad que las acerca a la llamada constitución internacional. El código civil no lo hacen los deudores y acreedores; el código de comercio no es elaborado por comerciantes; el código penal no lo hacen los delincuentes, etc. No están hechos por quienes tienen que respetarlos. La Constitución, en cambio, quiere obligar a los mismos que la hicieron. La restricción constitucional es una «autorrestricción». Thomas Hobbes escribió que el vínculo con la propia voluntad no es un vínculo, sino una libertad.

Es cierto, sin embargo, que las constituciones expresan la necesidad de cierta estabilidad política, de cierto orden en el que vivir en paz y seguridad. Se producen para esto. El «momento constitucional», sin embargo, pasa pronto y las causas que lo determinaron se desvanecen rápidamente y, paradójicamente, precisamente por la seguridad que ofrece la Constitución. En este punto entra en funcionamiento lo que parece ser una ley universal, la ley de la corrosión. La ley a la que están sujetas las constituciones podría llamarse la ley de los castores y las carcomas. Al principio, la voluntad de constitución es poderosa. Inmediatamente después, habiendo obtenido el propósito y la garantía de la propia seguridad, la fuerza cohesiva de la constitución se debilita y las fuerzas corrosivas —las carcomas, de hecho— pueden presentarse, haciendo uso de las posibilidades que ofrece la constitución para doblegarla a sus propios intereses particulares. ¿Qué son las carcomas? Son los *lobbies*, las asociaciones más o menos secretas, los «giros» ocultos del poder, las corporaciones, las oligarquías económico-financieras. Inactivos o relativamente impotentes en el momento constituyente, aparecen o reaparecen inmediatamente después. Cuando se supera el límite y la constitución deja de ser objeto de convergencia, el edificio construido por los castores se derrumba o, más fácilmente, se convierte en una fachada exterior, en una máscara. Al principio, está la política consensuada dirigida a la *pòlis* que se traduce en constitución; inmediatamente después, las políticas de los partidos que la corroen. En nuestros idiomas, la palabra «política» presenta esta ambigüedad. Al principio, en nombre de la

política dirigida a la *pòlis*, se quiere la constitución; luego, sin embargo, en nombre de la política de los propios intereses, se vacía.

Las constituciones son construcciones grandes y pretenciosas, pero están hechas de materiales corruptibles. La «gran política» del momento constitucional da paso naturalmente a las «pequeñas políticas» de cada día. Los intereses generales están en juego en la gran política; en la pequeña, los intereses especiales. La pequeña apenas puede soportar la grande.

(*complicación*) En términos generales, la ideología constitucional del Estado liberal era que la dinámica espontánea de las fuerzas que operaban en la sociedad civil podía producir por sí misma estabilidad y prosperidad. La tarea del Estado era asegurar la reproducción de tales dinámicas. Esto, sin embargo, sólo fue posible a costa de la homogeneidad de la «sociedad civil», es decir, de la similitud fundamental de los intereses de clase. El estado «monoclasista» era una garantía de privilegio político; el estado era la hipostatización de ese privilegio. Ese modelo se ha desvanecido y hoy nos encontramos en una situación constitucional diferente: la sociedad es una pero está compuesta. Es «pluralista» y el Estado democrático no es monopolio de una sola parte.

Este Estado también necesita estabilidad. Pero es una estabilidad de un tipo completamente diferente. No es estático, sino dinámico. Es un gran mecanismo movido por muchos organismos. El mecanismo funciona cuando los organismos están vivos. La separación hegeliana entre el Estado que *es lo que es* y *sabe lo que quiere* y la sociedad civil donde están las fuerzas que se ocupan de sus asuntos, ya no existe (si es que alguna vez existió). El Estado y la sociedad son permeables y la Constitución está llamada a regular los flujos.

Nuestras constituciones no son neutrales, al contrario, son ricas en proclamas de valores sociales, incluso de «valores superiores» (como proclama la Constitución Española en su artículo primero): libertad, justicia, igualdad, solidaridad, democracia. Definen, por así decirlo, los límites del pluralismo legítimo. El pluralismo es éticamente exigente. Por lo general, los valores y principios (con la excepción de la dignidad humana) no se colocan en una jerarquía. Su relación es objeto de dinámicas democráticas. Involucra a asociaciones de todo tipo, sindicatos, partidos políticos, cada uno de los cuales puede invocar precisamente algunos de los valores que la constitución reconoce y los principios que proclama. En resumen, el Estado y la sociedad se interpenetran y el resultado de la interpenetración es abierto. Por lo tanto, en presencia de documentos constitucionales similares, no es seguro que la *situación* constitucional sea idéntica. Esto no se debe a que haya violaciones de las constituciones, sino precisamente, al contrario, porque están disponibles para combinaciones dinámicas histórico-concretas.

Este tipo de constitución implica la existencia de una supernorma, una «norma fundamental» compuesta por dos «párrafos», el primero relativo a los límites externos; el segundo, a los límites internos. Se podría decir algo como esto: «1. Todos pueden actuar libremente para afirmarse dentro de los límites establecidos por los valores y principios constitucionales. 2. Nadie puede imponerlos hasta el punto de negar los de los demás». Recordemos la famosa expresión de Carl Schmitt sobre la «tiranía de los valores»: incluso las aspiraciones más nobles, como la libertad, la igualdad, la justicia, pueden volverse tiránicas. *Nolite esse iusti multum*, dice Qohelet: no exageres en querer virtud. Ahora bien, dado que los valores «deben ser válidos», es decir, se les lleva a expandirse hasta donde pueden y dado que los principios pueden ser intolerantes, esta es la importancia de la constitución. La *lógica* de la norma fundamental expresada por los dos párrafos del citado artículo es, precisamente, la tolerancia, el contrario del fanatismo. Expresa la aspiración a una convivencia que una vez (perdonen la autocita) llamé «ductil».

(*afán*) La constitución nace para durar. Pero, en el tiempo que dure es previsible que surjan nuevos casos que los autores de las constituciones no consideraron porque no los previeron, ni podrían haberlos previsto. ¿Podemos decir que estos casos son constitucionalmente irrelevantes y pueden dejarse a decisiones políticas arbitrarias? Ciertamente no, no sólo porque si respondiéramos de esta manera la constitución, tan pronto como entrara en vigor, comenzaría a envejecer contra la expectativa de duración que se coloca más en ella que en las leyes cambiantes; sino también porque las constituciones de nuestro tiempo son ricas en principios que apelan a valores que siempre son válidos, cuyas aplicaciones específicas no son predecibles. Las reglas de principio son «sin caso». ¿Dónde están los casos, por ejemplo, en el art. 10 de la Constitución Española: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»? Tal proclamación podría ser invocada sin cesar. La esfera de lo constitucionalmente relevante no está cerrada; es permeable por los casos de la vida. Nuevos casos: pensemos en los problemas que plantea la tecnología en el campo de la genética, la medicina, la comunicación, la recopilación de datos personales, la construcción de mundos virtuales hechos de *bytes*. Pensemos, en definitiva, en nuestro mundo en constante expansión, en las posibilidades que se le abren, en los riesgos que corre. Pensamos no solo en el presente, sino también en el futuro y en quienes lo habitarán. Las constituciones fueron creadas para ser puentes entre el presente y el futuro y no podemos pensar que el presente pueda perseguir el futuro por medio de continuas enmiendas constitucionales. El «positivismo jurídico» era una técnica de gestión de la convivencia *hic et nunc*. Hoy ya no es suficiente y precisamente esas normas que en el pasado eran vistas con sos-

pecha y esterilizadas hoy están en el centro de fructíferas aplicaciones por parte de los Tribunales Constitucionales y permiten que los sistemas constitucionales se desarrollen en continuidad.

Continuidad, sí: la ruptura de la continuidad es, sin embargo, una posibilidad que, en tiempos perturbados, arde en la puerta de las constituciones. ¿Tiene voz y voto el derecho constitucional en estos tiempos? Cuando se aprobó la constitución jacobina de 1793, Francia estaba en peligro. No entró en vigor; quedó «suspendida» y se cerró en una urna a los pies del presidente de la Convención porque —se dijo— las constituciones no se lanzan cuando el mar está tormentoso. Incluso lo que hemos pasado y estamos pasando bajo la presión de la pandemia viral es una tormenta. ¿Debemos resignarnos a la «suspensión», en este caso y tantas veces como sea necesario en el futuro?

Los peligros conducen a simplificaciones, mientras que nuestras constituciones no son simples. Normalmente, sus valores y principios coexisten amablemente. Los tiempos difíciles de la simplificación significan, en cambio, que un valor se apodera de los demás. *Salus rei publicae suprema lex*, decían los antiguos: la máxima con la que se enfrentaban las guerras, las rebeliones, las amenazas a la integridad del Estado. Son emergencias que movilizan ejércitos. En nuestro caso, lo que está en juego es la *salus civium* y el peligro no se aborda por medios militares. El enemigo no está fuera de nosotros, sino dentro. Para combatirlo no hay guerras posibles. Solo hay renuncias, limitaciones y precauciones que nos infligimos a nosotros mismos.

El caso de la infección pandémica es ejemplo de lo que, en el mundo de la inseguridad y el riesgo global y total, puede suceder innumerables veces y no solo en materia de salud, sino también en materia ecológica y climática, energética, genética, etc. En circunstancias como esta se altera el orden igualitario de los valores y principios constitucionales y es necesario cuestionarse qué tiene primacía, cuál es el valor o el principio que en última instancia justifica la autoridad del Estado y la obediencia de los ciudadanos: la vida o la libertad.

Tenemos dos palabras para indicar la vida, *zoé* (que une a los seres humanos con todos los seres vivos) y *bíos* (que es propio de los seres humanos). La vida de los animales no sabe qué hacer con la libertad; la vida digna de los seres humanos no es tal sin libertad. Nadie puede negar la legitimidad, de hecho la magnanimidad de la posición de aquellos que dicen: Prefiero la libertad a la vida animal. Así son los mártires de la «idea», de la fe, de la razón. Pero lo que está en juego es un peligro universal, no una virtud individual. La virtud, aquí, es un acto de egoísmo: noblemente decido poner *en riesgo mi* vida y egoístamente no me preocupo por la tuya. Quienes piensan de esta manera son insolentes que ignoran la solidaridad, terminan atacando el vínculo social y agitan impulsos iliberales. Menos solidaridad, más autoridad.

La vida es *prima facie una* condición de libertad posible y lo contrario no es cierto: la libertad no es una condición de vida. Por lo tanto, en general se ha considerado que las políticas gubernamentales antipandémicas están justificadas y son necesarias en principio (excepto para aspectos particulares) incluso cuando han llevado a limitaciones al curso ordinario de los derechos constitucionales. Estas medidas no son *ni* antistitucionales ni anticonstitucionales. Se basan en una lectura del orden de los valores y principios constitucionales adecuada a la situación de emergencia y destinada a restablecer la situación de normalidad. Era necesario reconocer una jerarquía, una jerarquía dolorosa, desconocida en momentos de normalidad. Siempre que estas medidas sean adecuadas para el propósito, no sean excesivas y no se extiendan más allá del tiempo necesario, son «amigas de la constitución».

La cuestión ha devuelto al presente una distinción clásica. La emergencia no es la excepción y la excepción no es sólo el grado último de la emergencia. Son dos cosas antitéticas, aunque los límites que las separan sean frágiles. La emergencia que se estabiliza se convierte en una excepción. La emergencia se utiliza para volver cuanto antes a la normalidad (salvar a los náufragos, extinguir incendios, combatir la propagación de enfermedades, etc.). La excepción se utiliza en su lugar para romper la regla e imponer permanentemente un nuevo orden. Quizás una forma clara de enfatizar la diferencia es decirlo: la emergencia sirve para salvar una orden, la excepción para condenarla. Si la constitución es democrática, la emergencia es el último recurso para salvarse a sí mismo a través de la activación del propio sistema autoinmune. El estado de excepción, por el contrario, es la puerta de entrada por la que pasa la autocracia. Aunque en teoría la diferencia es obvia, en la práctica no lo es. El abuso de las medidas de emergencia invade el régimen excepcional. Los resbalones son fáciles y pueden proceder paso a paso, inadvertidamente.

(*implicaciones*) Estamos lejos de las discusiones de hace cien años que, sin embargo, están en el origen de las «garantías judiciales de la constitución». Hans Kelsen y su antagonista Carl Schmitt, como mínimo, estarían desorientados hoy. Los Tribunales Constitucionales han encontrado su camino, no han naufragado en las rocas de la política, como predijo Schmitt; sin embargo, poco tienen que ver con el modelo imaginado por Kelsen. La Constitución ha cambiado; como resultado, sus jueces han cambiado. La defensa del orden jerárquico de las fuentes del Derecho y la regulación de las relaciones entre los poderes centrales y descentralizados son tareas permanentes, pero la tarea es más grande y compleja, una tarea de conjunto. Los actos individuales están en relación con el todo que es, al mismo tiempo, norma y hecho y hace posible la libertad, la igualdad, la democracia, el pluralismo, es decir, la tolerancia y la convivencia orientadas a la constitución. La constitución es siempre toda la *constitución*.

Algunos ejemplos. ¿La libertad económica incluye el derecho a usar las ganancias de la empresa como uno quiera y quiera, incluso para financiar a este o aquel partido político indefinidamente? Cuando se trata de las grandes *corporations* que, por ejemplo, operan en los campos del petróleo, los productos farmacéuticos o informáticos, ¿no hay que considerar el efecto distorsionador sobre la democracia y la igualdad? Considerado en sí mismo, de forma aislada, con respecto a la libertad de realizar un negocio, uno diría que sí, que lo incluye. ¿Pero considerado con respecto al conjunto, es decir, a la igualdad y la democracia? ¿La libertad de opinión y de expresión también abarca el discurso de odio, el discurso racista y antiinmigrante? ¿Podemos responder que sí incondicionalmente, sin considerar que a través de tales discursos, cuando crecen hasta convertirse en propaganda, se forman partidos contrarios a la dignidad y la tolerancia, partidos anticonstitucionales? Una vez más: la libertad de prensa y otros medios de comunicación es ciertamente una base de la democracia, pero cuando se crean concentraciones, ¿no hay peligros para la libre formación de la opinión pública? Son carcomas que se cuelan en la constitución y ejemplos de los límites de la garantía constitucional cuando se reduce a controles específicos de la relación entre normas, ignorando las repercusiones sobre el sistema constitucional en su conjunto. No se trata sólo de una cuestión de antinomias regulatorias. Las normas deben tenerse en cuenta como *hechos que producen* consecuencias fácticas. La justicia constitucional, en este sentido, es justicia concreta.

La garantía constitucional es una función general también debido a la naturaleza de nuestras constituciones actuales. La pluralidad de culturas políticas que se refleja en los valores y principios de la constitución implica lo que llamamos «equilibrio» y «proporcionalidad». Si estas son cosas necesarias, los jueces de las jurisdicciones constitucionales lo saben bien. Es difícil definir según reglas lógicas este tipo de sentencia, tan frecuente sobre todo en «casos difíciles» de derecho constitucional. Dos cosas, sin embargo, parece posible decir. La primera: los valores y principios, fuera de la constitución, pueden ser hostiles y convertirse en guerra pero, una vez insertados en la constitución, deben coexistir. La humillación de uno en beneficio de otro sería enemiga de la constitución y la haría impopular entre partes enteras de la sociedad. Lo segundo: la composición de valores y principios es la función primordial de la política, no de la jurisprudencia. Sin embargo, corresponde a los jueces establecer los límites más allá de los cuales, razonablemente, el equilibrio rayaría en la opresión.

Dos ejemplos. La interrupción voluntaria del embarazo como derecho o como delito ocupa un lugar importante en la jurisprudencia más discutida de los Tribunales Constitucionales de todo el mundo. No hay paz en este asunto crucial. Las decisiones se pueden argumentar de dos maneras. Una es apelar a un principio básico abstracto, el derecho a la vida del embrión o, al contrario, el derecho a la

autodeterminación de la mujer. Aunque siempre hay excepciones en un caso y en otro (violación, incesto, malformaciones, salud y tiempo de concepción), estas formas de argumentar, por así decirlo, fundamentalistas, dividen, despiertan contrastes éticos insuperables que en última instancia debilitan la constitución. «Si esta es la Constitución, no es la mía», dirían quienes, de un lado o del otro, han sido agraviados, precisamente en nombre de la Constitución. Es diferente proceder considerando las circunstancias de la concepción, las condiciones médicas de gestación, las dificultades sociales y familiares, etc., cada una de las cuales puede ser iluminada por su propio principio constitucional. Ninguna de las dos partes en conflicto, abortista y prohibicionista, puede cantar la victoria como en una guerra donde uno pretende destruir al otro. Las discusiones, como es correcto, pueden continuar sin degenerar.

El segundo ejemplo es el clásico de las actividades productivas que comprometen la salubridad del medio ambiente. La difícil composición de un equilibrio entre derechos, todos de naturaleza constitucional —derecho a la salud de los ciudadanos individuales y las comunidades locales, derecho al empleo de los trabajadores, a la actividad de los empresarios, a la producción de bienes esenciales para la vida de los ciudadanos— no pertenece a los Tribunales Constitucionales. El equilibrio reclama la discrecionalidad política ejercida democráticamente. Pero no es *exclusivamente* político. El equilibrio se puede encontrar con diferentes dosis. El principio constitucional, del que los Tribunales son guardianes, es el límite de la razonabilidad o, en otras palabras, la necesidad de que ninguno de los intereses constitucionales en juego sea humillado por la prevalencia de otros. No sólo no debe ser humillado, sino que debe ser protegido en la mayor medida posible: máxima protección y mínimo sacrificio.

Estas operaciones de composición constitucional se basan en el supuesto de la ausencia de jerarquías entre los valores y principios de la constitución. Sin embargo, como hemos visto, en situaciones de emergencia, de peligro para la vida de las personas, de las comunidades locales y de la sociedad como tal, la jerarquía se impone no sólo para las necesidades fácticas sino también constitucionales. Sin embargo, los Tribunales Constitucionales no cesan de desempeñar su función de defender la Constitución. Por el contrario, esta función asume la mayor importancia, porque el mayor peligro es cuando un solo principio y un solo valor se imponen sobre todos los demás. Las revoluciones y los golpes de Estado se hacen siempre a través de absolutizaciones y no se detienen con sentencias, pero con sentencias se pueden contrarrestar las absolutizaciones, resbalones e invasiones que son las premisas de las revoluciones y golpes de Estado. Esto, sí, es lo que podemos esperar de nuestros Tribunales, cuando saben defender su independencia y ponerla al servicio de su papel.

(*la constitución como tarea*) Las constituciones viven en los tiempos de su duración. Decir que la Constitución es tarea de los Tribunales es como decir que deben garantizar su duración. Las tres dificultades de las que he hablado —descomposición, complicación, afán— no pertenecen al mundo de las ideas, sino que son experiencias y las experiencias están inmersas en el tiempo. La más perfecta de las constituciones, la constitución como un cristal bohemio que no puede seguir el ritmo de los tiempos cambiantes, no es una buena constitución. Pronto se rompe. «La constitución como tarea», expresión elegida como título de esta conversación, es «la vida de la constitución como tarea». La vida de las constituciones es una sucesión de preguntas y respuestas: preguntas fundamentales que provienen de la sociedad y respuestas dadas por la constitución. Corresponde a los tribunales dar la forma correcta a las preguntas y formular las respuestas adecuadas.

En este ir y venir está la vida de la constitución. Las constituciones, en su parte más importante, es decir, en los valores traducidos en principios, en sí mismas son sólo palabras que podemos comentar produciendo sólo otras palabras, paráfrasis. Cobran vida cuando se ponen en contacto con los casos de la vida y, a partir de estos, surge la pregunta: ¿cómo puede la constitución ayudar a resolverlos; qué respuestas obtenemos para estar fielmente al servicio de ellos? La tarea no es una deducción, sino que es una investigación que se renueva cada vez que surge un nuevo caso. La vida, y también la vida de la constitución, no es una mera e infinita sucesión de repeticiones. Esta es precisamente la «hermenéutica constitucional». Su herramienta indispensable es lo que los juristas llaman «interpretación evolutiva». El «originalismo» puede aplicarse al principio, en el momento del nacimiento, pero, a medida que pasa el tiempo y la vida constitucional avanza con los años, se convertiría en una técnica de embalsamamiento.

(*final*) Una colección de escritos de constitucionalistas de todo el mundo sobre *Interpretación Constitucional*, publicada en 2005 en la Ciudad de México, lleva la inusual dedicatoria «a los jueces constitucionales». En la introducción a la obra, nuestro Eduardo Ferrer Mac-Gregor menciona la «noble y trascendental función que cumplen, como fieles guardianes de las constituciones democráticas de nuestro tiempo». Si nos miramos aquí hoy, tan numerosos y todos animados por la misma idealidad y conciencia, entendemos que no son palabras de circunstancia.

Los jueces de las jurisdicciones constitucionales, junto con los jueces de las jurisdicciones supranacionales y, en general, los constitucionalistas de todos los países democráticos, pueden asociarse en un homenaje colectivo ya que forman un medio vivo, fructífero de diálogo y apoyo mutuo, más allá de las políticas cotidianas de los respectivos países. Pertenezco a una generación de juristas para quienes el derecho constitucional, de todos los derechos, fue quizás el más marcado por la

matriz estatal. Las constituciones eran, incluso ideológicamente, la expresión más alta de la soberanía del Estado-nación cerrado. Hoy en día, incluso sin necesidad de tratados internacionales, las fronteras no aíslan, sino que se han convertido en puntos de contacto. El conocimiento y la sabiduría constitucional no pueden no ser difusivos de sí mismos.

El derecho constitucional, al estar dedicado a los derechos, los deberes, la justicia, la democracia, se ha convertido así, de todos los derechos, en el más abierto. Se ha convertido tan espontáneamente porque su materia no es reducible a fragmentos y es refractaria a la hegemonía, la arrogancia, el imperialismo. De todas las «globalizaciones», esta es la menos peligrosa, de hecho, quizás la más beneficiosa. Felicitémonos, reconozcamos nuestra buena fortuna y saquemos fuerzas para el futuro.

CAPÍTULO I
PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

PRESENTACIÓN

Ricardo Alonso García
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

El 9 de marzo de 2022 tuve el honor y el placer de realizar una suerte de entrevista colectiva, en el Antiguo Salón de Sesiones del Senado, a los Presidentes Eméritos del Tribunal Constitucional que siguen entre nosotros, incluida María Emilia Casas, única mujer que hasta el momento ha llegado a presidir nuestro más Alto Tribunal (cuando se incorporó en 1998, el Tribunal llevaba casi diez años sin Magistradas en su seno, desde el cese por fin de mandato de la Vicepresidenta Gloria Begué).

Del más antiguo al más moderno en el ejercicio de la Presidencia, intervinieron en el mismo: Miguel Rodríguez-Piñero (1992-1995), Álvaro Rodríguez Bereijo (1995-1998), Pedro Cruz Villalón (1998-2001), la ya mencionada María Emilia Casas (2004-2010), Pascual Sala (2011-2013), Francisco Pérez de los Cobos (2013-2017) y Juan José González Rivas (2017-2021).

Nos abandonaron hace ya años Manuel García-Pelayo, primer Presidente del Tribunal (1980-1986), Francisco Tomás y Valiente (1986-1992), vilmente asesinado por ETA en su despacho de la Universidad Autónoma de Madrid el 14 de febrero de 1986, y Manuel Jiménez de Parga (2001-2004).

La entrevista colectiva giró en torno al pasado, el presente y el futuro de la Institución.

El contenido de la misma se recoge en las páginas siguientes, según el formato elegido por cada interviniente (esto es, ateniéndose en mayor o menor medida a lo que fue la pura intervención oral).

Presentaré a continuación unas muy breves consideraciones al hilo de lo que allí se dijo, enlazándolo con los primeros años de existencia del Tribunal, desnuda al respecto la entrevista de protagonistas al no encontrarse ya entre nosotros, como adelanté, sus dos primeros Presidentes, Manuel García-Pelayo y Francisco Tomás y Valiente.

Comenzaré así por recordar cómo desde sus mismos orígenes, el Tribunal Constitucional entró en funcionamiento sin estar completada la designación de todos sus miembros. En concreto, constituido formalmente el 12 de julio de 1980 (aunque venía funcionando como «Colegio de Magistrados» desde febrero), no sería hasta noviembre de ese año cuando se completó su constitución con la incorporación de los dos Magistrados que aún faltaban por nombrar a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (Ángel Escudero y Plácido Fernández-Viagas).

Como si de un mal augurio se tratara, también nos encontramos en el momento de redactar estas líneas (octubre de 2022) ante un retraso en la propuesta del Consejo General del Poder Judicial para proceder a la renovación de un tercio de los miembros del Tribunal, cuyo mandato expiró el pasado mes de junio. Como es bien sabido, los motivos de tal retraso son bastante más tristes y preocupantes que los que se produjeron hace cuarenta años, fruto de la creación tardía del propio Consejo; motivos que han llegado a provocar la irrupción en escena de la Unión Europea, cuya incidencia en nuestro sistema constitucional, incluido el propio Tribunal, es hoy decisiva.

En efecto, la Constitución de las dos primeras Presidencias del Tribunal no se corresponde exactamente con la actual, ya sea, al pronto, por el hecho formal de que no llegaron a convivir siquiera con la primera de las dos únicas reformas hasta la fecha operadas en el texto constitucional, como consecuencia de nuestra integración europea (si bien Tomás y Valiente llegó *in extremis* a ser partícipe indirecto de dicha reforma, la del artículo 13.2 de la Constitución, al firmar, pocos días antes de la expiración de su mandato, la DTC 1/1992, de 1 de julio, que impuso, como es sabido, una adecuación de nuestro texto constitucional al Tratado de Maastricht a los efectos de su pretendida ratificación). Advertido lo cual, en la actualidad parece unánime la opinión, compartida por los Presidentes Eméritos, de que no cabe una lectura de la Constitución si no es a la luz del contexto europeo, y que tal lectura tenderá a acentuarse en el futuro. Sin ir más lejos, baste con tener presente la incidencia decisiva que en el marco del recurso de amparo, que tanta trascendencia tuvo en la configuración de la naturaleza misma de nuestra jurisdicción constitucional, tiene en estos momentos la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, habida cuenta del alcance que a esta ha venido a reconocer el Tribunal europeo de Justicia.

Volviendo sobre los orígenes del Tribunal Constitucional, cabría advertir, en términos absolutamente objetivos, el llamativo cambio sufrido en su composición: frente al claro predominio de la academia ante la judicatura en los comienzos de su andadura (sólo tres Jueces de carrera), en la actualidad el predominio es el inverso (sólo tres son Catedráticos de Universidad).

«¿Se trata de un cambio de modelo reflexionado, bien que no explicado en sus razones», se pregunta María Emilia Casas, «¿o es resultado del azar en la elección

de las personas propuestas por los órganos correspondientes para integrar la jurisdicción constitucional?» En su opinión, «en ambos casos la mutación es preocupante y debiera corregirse».

Más allá de las opiniones de cada cual, lo que parece estar fuera de debate es el progresivo y desaconsejable proceso de politización que ha venido sufriendo con el tiempo el Tribunal, y que parece haberse agudizado en los últimos tiempos, por una doble vía: una que nació prácticamente a la par que el Tribunal, consistente en el intento de manipularlo, como expresó Francisco Rubio Llorente, «no para determinar el sentido de sus sentencias, sino para dar batallas políticas en el seno del Tribunal»; la otra, peor y de más grave alcance, el reparto de sillas entre los partidos, el cual, pudiendo ser una consecuencia, en opinión también de Rubio Llorente, del sistema de «lotizaciones» diseñado constitucionalmente (esto es, de renovación de los Magistrados por lotes), parece poner en todo caso en entredicho la excelencia del Tribunal, con el riesgo, apuntado por Pedro Cruz, de convertir este en «irrelevante».

En fin, no fue tampoco ajeno el Tribunal Constitucional, en los comienzos de su andadura (v.gr., STC 76/1983, sobre la LOAPA), a los problemas de un Título VIII que los Presidentes Eméritos consideran, junto con el de la profundización en la integración europea, el principal reto del Tribunal de cara al futuro.

Cierro esta breve presentación recomendando animosamente la lectura de las páginas que siguen a juristas y políticos, no ya porque reflejen parte de nuestra historia constitucional reciente, sino también porque resultan imprescindibles de cara a una seria reflexión acerca de, dicho sea en plural, nuestros posibles futuros.

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer
Presidente emérito del Tribunal Constitucional 1992-1995

Quiero agradecer a los organizadores de este importante seminario internacional la iniciativa de invitarme e invitarnos a los expresidentes del Tribunal Constitucional para reflexionar sobre nuestras experiencias como Magistrados y Presidentes de este órgano.

Dado el breve tiempo de que dispongo, me voy a referir sobre todo a mi experiencia como Magistrado, y luego Presidente, del Tribunal entre 1986 y 1995.

Fue una época importante para la jurisprudencia constitucional en la que pude compartir y convivir con los padres fundadores del Tribunal Constitucional, que eran personas de gran nivel, grandes maestros de los que aprendí mucho, en una convivencia amigable y exenta de conflictos y divisiones. Pero me permito también recordar a los letrados del Tribunal Constitucional que fueron una parte fundamental para la elaboración de la primera jurisprudencia constitucional y siguen siéndolo también en el momento actual.

Según las hermosas palabras que hemos oído de Zagrebelsky, estamos en un momento de relativa crisis tanto de las constituciones como de los órganos de justicia constitucional. En el momento inicial del funcionamiento del Tribunal Constitucional la situación era la contraria. Existía un «deseo de Constitución» y existía una conciencia social de necesidad de un órgano de justicia constitucional para poner en aplicación efectiva el texto constitucional, muy mayoritariamente apoyado por la ciudadanía, y que suponía un marco que instauraba un sistema democrático de derechos y libertades en un Estado social de Derecho.

Por eso, las primeras sentencias del Tribunal Constitucional fueron muy innovadoras, pues tanto en el sistema político como en el ordenamiento jurídico la Constitución supuso una cesura frente al sistema político precedente. No solo había que introducir nuevas normas sino también y sobre todo leer la normativa

precedente a la luz de la Constitución, una interpretación constitucional del Derecho que tropezaba con una realidad, la permanencia de un funcionariado y una judicatura heredada del pasado, y a la que no le fue siempre fácil autocorregirse ante los nuevos valores, principios y derechos que la Constitución contenía.

Con prudencia y, al mismo tiempo, con audacia el Tribunal Constitucional emprendió la labor de que el texto constitucional calara y transformara todas las ramas del ordenamiento jurídico, no solo la del Derecho Público sino también la del Derecho Privado.

Hay que reconocer que salvo casos anecdóticos que conviene olvidar los intérpretes y los aplicadores del Derecho asumieron e hicieron suya la jurisprudencia constitucional y la idea de que había que interpretar con nuevos ojos las normas preconstitucionales, en unos casos para considerarlas derogadas, y en otros casos para interpretarlas a la luz de la Constitución.

En esos primeros años la atención principal del Tribunal Constitucional se centró en los recursos de amparo. Fue a través de sentencias de recursos de amparo donde pudo el Tribunal, gota a gota, ir transformando y modificando la lectura de normas precedentes y también la interpretación de las normas posteriores a la Constitución. La penetración de los derechos y valores constitucionales cambió sustantivamente esa interpretación, que fue asumida por la jurisprudencia ordinaria.

También el Pleno del Tribunal Constitucional tuvo ocasión de conocer de conflictos de competencia, de recursos de inconstitucionalidad y de cuestiones de inconstitucionalidad sobre disposiciones en conflicto, impugnadas o judicialmente cuestionadas, tanto de normas estatales como de normas de las Comunidades Autónomas. Una labor de depuración de normas anteriores y posteriores a la Constitución en las que el Tribunal Constitucional, como juez de las leyes, aseguró la primacía de la Constitución.

Pero quizás la labor más importante del Pleno del Tribunal Constitucional en esos años fue la de llenar vacíos o inconcreciones en el marco abierto que la Constitución había diseñado para el Estado de las Autonomías. No fue una tarea fácil, lograr no solo un equilibrio entre tendencias contrapuestas sino también de racionalizar un sistema que el constituyente no tuvo la audacia de dejar suficientemente diseñado aceptando un principio dispositivo que el tiempo ha demostrado suponía un factor de desestabilización que la jurisprudencia constitucional, entonces y hasta el momento, ha tratado de estabilizar.

La jurisprudencia constitucional fue en esos años ochenta muy innovadora y creativa, en parte porque a través de los recursos de amparo hizo una reinterpretación del ordenamiento y lo completó, haciendo que la Constitución penetrará en todas las facetas de la vida jurídica, pero también porque en las sentencias de pleno hubo una labor de reinterpretación para que una nueva lectura de normas vigentes permitiera su conformidad con el texto constitucional. Un buen ejemplo puede

ser la STC 11/1981, de 8 de abril, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 17/1977, regulador del derecho de huelga. Esa Sentencia no solo se pronuncia sobre la facultad de los jueces ordinarios para no aplicar las normas anteriores a la Constitución que consideraran derogadas por ésta, sino que también pudieran plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y, además, declara que el hecho de que el legislador no derogue una normativa anterior no permite deducir que la haya asumido como propia. En esa Sentencia se declara, desde la perspectiva del pluralismo político, que la Constitución es un marco amplio que permite opciones políticas de distinto signo y, por ello, el legislador puede regular con mayor o menor generosidad las condiciones del ejercicio de un derecho, aunque respetando los límites impuestos por la Constitución. Define cual es el contenido esencial del derecho fundamental para que sea reconocible, lo que impide limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable y lo despojen de la necesaria protección.

Esa Sentencia se ha referido específicamente al derecho de huelga al que define como derecho y no mera libertad y limita la libertad del empresario que no puede contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa. Señala que su titularidad es individual, aunque ejercicio colectivo, delimita su contenido esencial y en función de ello declara inconstitucionales algunos preceptos del Real Decreto-ley impugnado y, al mismo tiempo, declara que no son inconstitucionales otros preceptos siempre que se entiendan de determinada manera y alcance. Esta forzada reinterpretación de los preceptos le da un alcance absolutamente novedoso, pero el resultado global de la sentencia supone una relectura transformadora del régimen legal de la huelga que persiste hasta nuestros días.

La conexión entre las sentencias de inconstitucionalidad y las sentencias de amparo es muy clara en la materia de discriminación. En un primer momento el Tribunal Constitucional hizo una lectura conjunta del art. 14 CE contemplando la discriminación como mero aspecto de la igualdad. Ello se va a reflejar en diversas sentencias sobre el llamado «viudo discriminado» que examinan la cuestión del no reconocimiento de la pensión de viudedad al varón viudo, sin contemplar las razones subyacentes de diferencia de género en un sistema que parte del no trabajo de la mujer viuda.

No obstante, y desde otra perspectiva y en relación con la libertad sindical, la STC 38/1981, en relación con el despido de un trabajador a causa de su afiliación sindical declara ya, aparte de reconocer el alcance de la libertad sindical, que la protección eficaz contra los actos discriminatorios debe imponer al empresario la carga de probar que el despido está justificado, que obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical, y que para restablecer al demandante en la integridad de su derecho a la libertad sindical ese despido debe ser radicalmente nulo, lo que comporta necesariamente la readmisión del

trabajador. Se trata de un primer paso para separar el tratamiento común de la igualdad del tratamiento de la discriminación desde la perspectiva de la protección de un derecho fundamental o desde la perspectiva de la víctima.

Un paso fundamental posterior va a ser el de la asunción por el Tribunal Constitucional de la perspectiva de género. Es curioso que esa perspectiva fuera asumida por un tribunal de distrito norteamericano en una sentencia relativa a un tema fiscal en el que un varón soltero que cuidaba a su madre quiso desgravar de la contribución de la renta el gasto de la enfermera que la cuidaba, lo que la legislación fiscal pertinente solo reconocía a las mujeres o a las varones viudos. La entonces profesora y abogada Ginsberg defendió el caso planteando la perspectiva de género desde la idea que la norma discriminaba a las mujeres al presuponer que serían las cuidadoras y que, por ello, los varones no tenían derecho a ese descuento. La utilización del término género se hizo casualmente porque a la secretaría de la abogada le pareció que el uso reiterado del término sexo no era, por así decirlo, elegante, no siendo consciente de que el cambio del término supondría un cambio de perspectiva en torno a la función social asignada o presupuesta de la mujer.

También entre nosotros fue un tema fiscal el que dio lugar a la aceptación de esta perspectiva de género en cuanto a la norma fiscal que imponía en el impuesto sobre la renta la declaración conjunta del matrimonio (STC 45/1989).

En esa década quedó perfectamente delimitada la figura de la discriminación que luego ha tenido un papel muy relevante por efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea, y que ha sido recibida y protegida por la legislación ordinaria, continuando el Tribunal Constitucional su labor de delimitación y protección de la tutela antidiscriminatoria.

En los años que estuve en el Tribunal Constitucional y en particular en los de mi presidencia no hubo divisiones permanentes, en su mayoría las sentencias fueron dictadas con amplio consenso, y no recuerdo haber utilizado el privilegio del voto de calidad. Tengo que manifestar públicamente mi agradecimiento al Vicepresidente Luis López Guerra que contribuyó decisivamente a lograr la armonía y el buen ambiente en el Tribunal Constitucional, lo que permitió un alto nivel de trabajo tanto en las Salas como en el Pleno, una labor que continuaron felizmente los magistrados y presidentes que me siguieron.

Álvaro Rodríguez Bereijo
Presidente emérito del Tribunal Constitucional 1995-1998

I. Cuando echo la vista atrás y rememoro mi paso, como Presidente, por el Tribunal Constitucional el recuerdo me resulta inseparable de Francisco Tomás y Valiente y su vil asesinato a manos de la banda terrorista ETA. Un 14 de febrero de 1996, poco después de las 10 de la mañana, durante la sesión de un Pleno jurisdiccional, Ángel Regidor, gerente del Tribunal, abrió la puerta que comunica con mi despacho llamando mi atención con gestos apresurados y apenas me dijo *«han disparado a Paco»*. Salí inmediatamente y me confirmaron que un comando de ETA había asesinado a Francisco Tomás y Valiente en su despacho de la Universidad Autónoma de Madrid. Inmediatamente suspendí el Pleno y me trasladé a la Facultad de Derecho, allí me encontré con el Decano, Manuel Aragón Reyes, para el trágico y triste momento del levantamiento de su cadáver. Justamente el día anterior habíamos comido juntos en un restaurante de la Plaza de Oriente. El recuerdo y la inspiración que Francisco Tomás y Valiente dejó en el Tribunal —su impronta como Presidente, su reflejo en las deliberaciones y en las sentencias y votos particulares— han sido una guía constante para mí y para los que hemos integrado, antes o después, el Tribunal Constitucional. El Tribunal perdió un magnífico Presidente y magistrado ejemplar. España perdió con él a un hombre de Estado, tan necesario en momentos como los que hemos vivido en los últimos años. Algunos hemos perdido también a un amigo. No he querido dejar de hacer esta referencia en un momento tan especial y solemne como éste porque la única manera de vencer a la muerte y a quienes que la practican como arma política, en este caso los integrantes de la banda terrorista ETA, es la *memoria* y la *palabra* de los hombres. Se vive en la memoria y Paco Tomás para mí, como para muchos de los magistrados que hemos integrado el Tribunal Constitucional, vive en esa memoria.

Lo que había preparado para este momento del Pasado vivido —porque el moderador, el Decano Ricardo Alonso García, ha sido muy insistente en este punto de la brevedad— es un asunto pequeño, menor, casi una anécdota pero que tiene que ver con el título de estas Jornadas de Estudio de Derecho Procesal Constitucional, me refiero al *«Desestimiento como forma de terminación de los procesos constitucionales»*; singularmente en los recursos de inconstitucionalidad, donde la tensión entre Política y Derecho, casi siempre presente en la jurisdicción constitucional, presenta algunos agudos y curiosos perfiles. Algo así como que el Derecho debe cesar allí donde comienza la Política, con el riesgo de que los acuerdos políticos o las razones de mera oportunidad política sustituyan al Derecho que emana de la Constitución y a la garantía de su control jurisdiccional por el Tribunal Constitucional.

El recurso de inconstitucionalidad, como proceso de control abstracto de normas orientado a la depuración objetiva del ordenamiento y que sirve al interés objetivo de garantizar la supremacía de la Constitución, es probablemente una constatación universal en nuestras jurisdicciones constitucionales, al margen de cualquier particularidad procesal que pueda acompañarlo.

Ocurre a veces que, tras una controversia jurídica planteada ante el Tribunal Constitucional subyace un conflicto político y éste puede haber mutado —no en su esencia constitucional— por el cambio de las circunstancias que lo motivaron o por el acuerdo entre los actores políticos. Se componen nuevas mayorías parlamentarias, nuevas alianzas y nuevos equilibrios entre los agentes políticos. Esta tensión se pone de manifiesto, en ocasiones, en el *desestimiento* como forma de terminación de los procesos constitucionales, por más que el Tribunal Constitucional se haya cuidado de advertir que en la justicia constitucional, a diferencia del proceso civil ordinario, pese a ser rogada, no opera con toda su plenitud el principio dispositivo. Quien tiene la legitimación activa no es el *«dueño»* absoluto de la acción, por lo que el Tribunal Constitucional no queda vinculado *de forma absoluta* (subrayo este matiz) por la voluntad unilateral de quien formula el desestimiento (ATC 419/1986, F.J. 2º; ATC 278/2001, F.J. 2º). Por consiguiente, el efecto de la terminación del proceso será siempre y cuando el Tribunal no aprecie *«razones de interés general público»* que pudiera resultar lesionado por el desestimiento y aconsejen la resolución mediante una sentencia. Los perjuicios para el interés público son también —según creo— los que se derivan de la necesidad de preservación de las normas, principios, valores o bienes protegidos de la Constitución, cuya interpretación última corresponde al Tribunal Constitucional. El *«interés general público»* es, pues, también el interés de la Constitución como norma. La fórmula tópica o cláusula de estilo empleada por el Tribunal es estos casos es: *…»sin que se advierta «interés constitucional» u otras razones prevalentes concurrentes en el caso que justifiquen la prosecución del proceso hasta su finalización por sentencia»*

(STC 237/1992, F.J. 1º; ATC 128/1954, F.J. único; ATC 34/1993, F.J. 2º). En mi memoria viva no recuerdo un caso relevante, con importantes preceptos de la Constitución en juego, en el que, sin embargo, el Tribunal Constitucional haya rechazado el desestimiento procesal del Gobierno en un recurso de inconstitucionalidad. Como en cierta ocasión me respondió, cínicamente, un Ministro del Gobierno de la Nación «se negocia mucho mejor con un recurso ante el Tribunal Constitucional».

A menudo me he preguntado qué habría ocurrido al respecto si, ante las insistentes demandas y presiones en ese sentido, los recurrentes de la Ley Orgánica 6/2006 de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (el Partido Popular y el Defensor del Pueblo, Enrique Múgica Herzog), que dió lugar a la importante STC 31/2010, hubiesen desistido de su acción procesal ante el Tribunal Constitucional.

II-III. El Presente y Futuro del Tribunal Constitucional sobre el que nos interroga el Decano moderador puede ser, en esta perspectiva que se nos pide, un mismo tiempo. Es el tiempo de *«un Tribunal necesariamente fuerte»* dentro de la compleja arquitectura política del Estado, en la medida en que se ha descargado sobre él, acaso en mayor medida de lo políticamente exigible, la tarea de definir los límites de un proceso dinámico (la descentralización política) tan peligrosamente abierto que no parece tener fin. El texto de nuestra Constitución de 1978 es hija de su tiempo, con las peculiaridades del pacto constituyente implícito en su art. 2 CE y el Título VIII («un compromiso apócrifo»); y con la complejidad de un orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la cuestión central de toda estructura federal: *«quien hace qué»*, que la dinámica política ha devenido en una especie de *«todos hacen de todo»*. Lo hemos visto claramente en estos largos dos años de pandemia del COVID19. De ahí la importancia del cometido que cabe esperar de *la interpretación constitucional*: hacer servible la Constitución, proteger el poder constituyente objetivado en ella y dar respuestas a problemas imprevistos de un orden constitucional de competencias tan complejo, dinámico y abierto como el que resulta del juego del Título VIII y los Estatutos de Autonomía. Esa es la responsabilidad que ha hecho del Tribunal Constitucional una institución capital en el buen funcionamiento del Estado y lo que hace tan importante y delicado el cuidado que merece por parte de todos (y, desde luego, por parte del propio Tribunal Constitucional) pero singularmente por parte del Gobierno y los poderes públicos.

Todo ello tiene mucho que ver con la preceptiva *renovación del Tribunal Constitucional* y la irresponsabilidad de los partidos políticos a la hora de cumplir este deber constitucional, cuya demora hemos sufrido en demasiadas ocasiones que ahora no es preciso recordar. La Constitución es, ante todo, vínculo jurídico para los

gobernantes y así debe ser percibido por los ciudadanos. Por tanto, es la integridad misma de la Constitución y la lealtad ante sus mandatos lo que se pone en riesgo cuando los órganos del Estado llamados a la renovación parcial del Tribunal incumplen de manera abierta y flagrante su deber constitucional, convirtiéndolo en su particular tablero del juego político con menosprecio de su alta función de Estado y grave daño además para la imagen y buen funcionamiento del propio Tribunal.

Por otra parte, la renovación parcial ha de hacerse no sólo «en tiempo y forma (esto es, por terceras partes)», para evitar las infundadas sombras de legitimidad que a menudo se vierten en los medios de comunicación sobre los magistrados cuyo mandato se ve automáticamente prorrogado por la demora de los agentes políticos. Sino también en algo todavía más importante: una renovación que procure la excelencia de sus miembros y atienda a las necesidades internas del Tribunal Constitucional tanto en el equilibrio y pluralidad de ideas y sensibilidades jurídicas, como equilibrio en las diferentes especialidades del Derecho que el Tribunal necesita para cubrir con solvencia la deliberación de los problemas constitucionales que son sometidos a su control.

No hay nada que sintetice mejor la voluntad que debería guiar esta importante tarea institucional que la frase de Francisco Tomás y Valiente con ocasión de la demora en una de las renovaciones del Tribunal Constitucional: *«el Tribunal gana o pierde prestigio por lo que hace, pero también por lo que con él se hace»*. Se refería concretamente al abuso que los partidos políticos hacen del Tribunal Constitucional cuando llega el momento de su renovación parcial.

Con respecto al futuro y los desafíos para la Constitución y el Tribunal Constitucional mencionaría dos. El primero tiene que ver con la *«voluntad de Constitución»* sostenida a lo largo del tiempo cambiante como muestra de su fuerza y vitalidad ante el efecto corrosivo de éste. Voluntad colectiva de Constitución respecto de lo que está implícito en sus arts. 1 y 2 y la dicotomía «nacionalidades« y «regiones», que en el texto es apenas una distinción sin ninguna diferencia. Esto, «lo que no se dice», es un punto decisivo para comprender si el compromiso que implica el consenso constitucional y está implícito en los artículos mencionados, «debe interpretarse —como ha escrito el Profesor Zagrebelsky— como un simple armisticio destinado a romperse en cuanto se presente una ocasión favorable para alguna de las partes implicadas o un pacto duradero, un auténtico tratado de paz sobre el cual construir un futuro común». Este desafío es el mayor riesgo que ha de afrontar no sólo la Constitución y el Tribunal Constitucional, por esa posición necesariamente fuerte en la arquitectura política del Estado, sino España como nación. Lo hemos visto claramente en el desafío secesionista en Cataluña en septiembre-octubre de 2017.

El otro desafío viene de la Unión Europea, pero no tanto porque pueda ser controvertido quién tiene «el derecho a la última palabra» en un ordenamiento

como el europeo asentado en un *«pluralismo constitucional»* en el que concurren ordenamientos y jurisdicciones separadas y diferentes que es necesario integrar jurisprudencialmente con *«estándares de protección»* de los derechos fundamentales distintos en las Constituciones nacionales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que es preciso conjugar y en el que la mera apelación al *«diálogo entre Tribunales»* puede no ser suficiente. El problema es más agudo en la medida en que los conflictos derivados de este pluralismo constitucional no pueden solucionarse sin reformas en el propio seno de la Unión Europea que superen las indeterminaciones de los Tratados constitutivos respecto de algunas competencias atribuidas, por ejemplo en materia económica y financiera. Algunas cesiones de soberanía o atribución de competencias a la Unión dejan zonas grises o abiertamente vacíos inherentemente conflictivos, respecto de los cuales la vía jurisprudencial, del Tribunal de Justicia de la UE y de los Tribunales Constitucionales, no basta por sí sola para la pacificación del conflicto, como se ha puesto de manifiesto recientemente con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en el conocido *«asunto Weiss»* respecto de las compras masivas de Deuda pública de los Estados de la eurozona por el Banco Central Europeo para sostener la moneda común (el famoso *whatever it takes*), sino que requerirían de la modificación de los términos de las atribuciones de competencia en los Tratados «para una unión cada vez más estrecha», en este caso en materia económica y financiera.

Pedro Cruz Villalón
Presidente emérito del Tribunal Constitucional 1998-2001

Se nos pregunta a quienes en el pasado tuvimos el excepcional privilegio de integrar y, llegado el momento, de presidir el Tribunal Constitucional español por su «pasado, presente y futuro», resultando que esto es algo que puede ser respondido de diversas maneras. En el curso del acto celebrado meses atrás en el histórico Salón de Plenos del Senado respondimos por separado, pues de este modo se nos inquirió, acerca del pretérito, del momento presente y del porvenir de esta jurisdicción. Este enfoque compartimentado de la pregunta, más allá de su propia lógica, puso de manifiesto la dificultad de hacerlo de modo medianamente consecuente. El presente se colaba inevitablemente en el pasado, y el pasado en el futuro. Ahora, cuando se trata de dejar algún testimonio escrito de aquel señalado acto, se plantea la oportunidad de sustituir aquel enfoque por un tratamiento integrado del Tribunal Constitucional español (en adelante, «el tribunal») siempre en su dimensión evolutiva. Es lo que me propongo hacer de manera sencilla en lo que sigue, advirtiendo ya que mi eventual autoridad en la materia se reduce, si ello es posible, en lo referido a la segunda mitad del periodo abarcado, es decir, a partir del momento en que dejo el tribunal hace ya dos décadas cumplidas. No es decir que, desde entonces, el tribunal quedara fuera de mi foco de atención, pero sí es claro que esa atención ha debido ir compartida con el giro de mi dedicación al espacio jurídico europeo.

Las instituciones no tienen conciencia de su temporalidad. Esa conciencia sólo podemos prestársela nosotros, los individuos pensantes y actuantes que en un momento determinado dimo cuerpo a su ensamblaje. Nosotros, los que podemos llamarnos sus protagonistas, tenemos la facultad de construir esa conciencia de lo temporal en beneficio de la institución, y ello como parte esencial de su identidad. Hubo un día en el que los ahora interrogados soltamos amarras de la institución,

o quizá fuera más acertado decir que fue la institución la que soltó amarras de cada uno de nosotros, para proseguir la que siempre fue su propia travesía.

Todo lo anterior suena desagradablemente presidencialista pero no carece de alguna lógica. Después de todo, la pregunta se nos dirigió a nosotros, a la expresidenta y a los seis expresidentes afortunadamente en vida. El tribunal es un órgano colegiado en todas sus dimensiones, pero la presidencia, junto con la correlativa vicepresidencia, tiene atribuido un suficiente fondo de facultades como para que sea posible inmovilizar la imagen de la institución en el correspondiente periodo presidencial. Por desgracia, no vamos a poder sustituir ya la voz de los tres presidentes desaparecidos, pero fuimos testigos directos y, casi sin excepción, coprotagonistas de aquellas etapas. Es evidente que podemos contribuir a reconstruir la historia del tribunal, también en ocasiones tan felices como estas. En este sentido, creo que una dosis de visión subjetiva puede ser bienvenida.

En 1980 nada permitía asegurar que la institución y, para empezar, la propia Constitución, iban a estar vivas y con relativa salud al cabo de cuarenta años, como ahora desde esta atalaya la contemplamos. Apenas meses después de la constitución del tribunal, en febrero del año siguiente, con las rotativas del BOE aun calientes con las primeras sentencias constitucionales, todo aquel flamante depósito de ilusión colectiva estuvo cerca de irse al traste. Pero podían también pasar infinidad de otras cosas, aun con menos dramatismo, comenzando por reformas constitucionales de envergadura. La Constitución de 1978 había previsto un procedimiento ordinario de reforma aceptablemente manejable, a cuyo alcance, por cierto, se situaba toda la institución que nos ocupa. Y el texto de 1978 estaba plagado de pasajes marcados por la coyuntura. Lo que quiero decir, acaso torpemente, con todo esto es que el futuro aparecía lleno de interrogantes para quienes en julio de 1980 se constituían interinamente en el madrileño Paseo de La Habana. Y, sin embargo, lo importante a destacar es que aquella jurisdicción constitucional echó a andar con una madurez que todavía impresiona. Empezó a pronunciarse con una seguridad que tal pareciera que llevaban haciéndolo desde que había memoria. Varios factores ayudan a explicarlo.

A la altura de 1980 la jurisdicción constitucional concentrada vivía en Europa un momento de juvenil esplendor. Todavía tendría que pasar un año para que el Consejo Constitucional francés se librara del corsé ordenancista con el que había nacido. Pero el *Bundesverfassungsgericht* y la *Corte costituzionale* estaban demostrando con éxito toda la potencialidad de su contribución a hacer realidad la idea de la constitución normativa en Europa. El Derecho constitucional comparado es todo menos una entelequia y aquel nuevo tribunal nacional, el español, lo pondría con toda evidencia de manifiesto. El tribunal que pronto se instalaría en Doménico Scarlatti pudo así simplemente subirse al carro europeo, a la marcha ascendente de la jurisdicción constitucional en Europa. Y así el Tribunal Constitucional se

erigió en unas de las instituciones que con más fuerza contribuirían a dar confianza en el exterior a la joven democracia española. Y, sin pecar de presunción, es legítimo pensar que, con su ejemplo, no dañó precisamente la iniciativa de la joven democracia portuguesa de sumarse dos años más tarde, con sus propias peculiaridades, al sistema europeo de control concentrado de constitucionalidad. Pero hay otros factores dignos de reseñar.

En aquel tribunal acertaron a reunirse algunas de las más reconocidas eminencias de nuestro saber jurídico. No eran todavía tiempos en los que el término 'excelencia' estuviera como hoy en la boca de todos, pero ese fue el objetivo compartido por todos los implicados en la operación de dar cuerpo y alma a la institución: a saber, las dos Cámaras de las Cortes Generales, el Gobierno y, pocos meses más tarde, el recién constituido Consejo General del Poder Judicial. Tampoco fue casualidad, visto lo que se acaba de indicar, el que aquellos primeros integrantes del órgano decidiesen con total autonomía la cuestión de su primera presidencia. Con ello lanzaban ya una señal potente a los órganos políticos que sólo el tiempo diría hasta qué punto resultó crucial para su evolución futura.

Hoy día acaso haya quienes piensen que era lógico que, para aquella primera composición del órgano, se buscase la excelencia y con ello la independencia de criterio y de juicio que de aquélla ordinariamente se deriva. Pero un planteamiento de este tipo, aparte de errado, de existir, sólo es expresivo de un empobrecimiento progresivo de nuestra cultura cívica. 'Empobrecimiento' es una forma caritativa de referirse a una evolución que ha llevado a la difuminación en la conciencia pública de lo que son las instituciones constitucionales por oposición a lo que es propio de los órganos políticos de expresión directa de las mayorías.

Todavía podría señalarse un factor al que atribuir la seguridad con la que se manifestó desde el principio aquel primer tribunal. Los integrantes de aquel grupo eran conscientes del momento único que la institución se disponía a vivir o, dicho quizá más acertadamente, eran conscientes de las características únicas de la misión que se les confiaba en un periodo histórico irrepetible. Si el momento inaugural en la implementación de un nuevo diseño constitucional es por principio singularmente importante tanto más era ese el caso de una constitución que había confiado su acabado final a los órganos constitucionales recién creados. El nuevo tribunal fue consciente de la responsabilidad no menor que debía asumir en esa tarea.

Señalado lo anterior, quizá sea este el momento de advertir cómo se está echando ya en falta la presencia de historiadores que se ocupen de la Constitución de 1978 y de su Tribunal Constitucional con la competencia requerida. Está claro que la historiografía nunca hace su trabajo 'sola', particularmente cuando se trata de un sujeto como el que nos ocupa. Quien en su día haga la historia de este tribunal tendrá que hacer un ingente trabajo de hemeroteca, de expurgo de la crítica

de su jurisprudencia, de recogida de testimonios personales procedentes de diferentes campos. Y de mucho trabajo de archivo. A cuyo respecto lo primero que se plantea es la peliaguda y al mismo tiempo clásica cuestión de cuándo y hasta qué extremos se abre a los investigadores el archivo del tribunal. Pero hay otros archivos también relevantes, y no sólo los del propio tribunal, como son los de los diferentes actores presentes en la litigiosidad constitucional, desde la Abogacía del Estado a las de las Comunidades Autónomas pasando por la Fiscalía ante el propio Tribunal. El espacio que tienen por delante los historiadores en esta materia es amplísimo. ¿Por qué, por ejemplo, el tribunal renunció desde el principio a celebrar vista pública en los supuestos en los que la ley orgánica lo permitía? ¿Por qué no se promovió la oralidad que en cualquier cultura jurídica caracteriza a la justicia? Habría que darse prisa en preguntar a los protagonistas del momento.

Sabemos ya, o más bien intuimos, que sin la mano invisible del tribunal no se explica el diseño final del Estado de las Autonomías. Pero acerca de cómo esto concretamente ocurrió, caso por caso, nuestro conocimiento es sólo aproximado. Los grandes asuntos en la historia del tribunal debieran ser hoy revisados, así, por ejemplo, de estos primeros años, los de la Ley orgánica de armonización del proceso autonómico o el de la expropiación del holding Rumasa. Hoy día disponemos del beneficio de la distancia, como también de una mayor capacidad de contextualización.

El tribunal creó un estilo que modificó el modo de pronunciarse la justicia en nuestro país. Por exclusiva iniciativa propia sustituyó los tradicionales resultandos y considerandos por unos 'antecedentes de hecho' y unos 'fundamentos' que, sobre todo por estos últimos, implicaban un nuevo modo de dirigirse a unos destinatarios, a la opinión pública al cabo, cualitativamente diferentes. El tribunal sabía que la jurisdicción constitucional estaba obligada a dirigirse hacia su exterior de una manera que debía aspirar a la transparencia, un exterior que nunca se limitaba a las partes en el proceso. Así ha venido siendo desde entonces.

A lo largo del tiempo el tribunal ha ido creando pautas de conducta. Así, ha reducido la complejidad del proceso de elección de presidente y vicepresidente centrándolo en el grupo o tercio de salida o mayor antigüedad. La duración de las presidencias se consolidó en tres años, con las excepciones conocidas, cada una con sus razones. Del mismo modo, salvada la primera presidencia, las siguientes han venido entrando, con matices, en el turno automático de asignación de ponencias, al menos hasta donde lo conozco. El presidente ciertamente dispone el orden del Pleno. Sin embargo, no ha alcanzado a controlar con la intensidad requerida el momento de distribución de la ponencia por parte del ponente, de nuevo al menos en la experiencia por mí conocida. El presidente siempre dispuso del voto de calidad por disposición de la ley: El número par del Pleno y de las Salas prácticamente venía a imponerlo. Lo cual no impide decir que la disposición

se ha revelado disfuncional, cuando ha habido que recurrir a ella, en términos de reconocimiento de la respuesta jurisdiccional adoptada.

El constituyente arbitró para el tribunal una fórmula de renovación que parecía tener algo de mágica en su diseño, la hoy tan famosa renovación, por terceras partes cada tres años, de un total de 12 magistrados designados para nueve años de función. Cada tres años, como un reloj, el órgano constitucional de turno aportaría los cuatro nombres correspondientes, decididos por la mayoría constitucional prevista. Pero eso era no contar con el factor humano, es decir, con las incidencias de la política, con la consecuencia de que el reloj se ha venido atascando en repetidas ocasiones. Los nueve años de función han quedado en una entelequia a veces incumplida por abajo, a veces por arriba. La artificiosidad se acaba pagando, con costes para todos, pero para el propio órgano en primer lugar. Hoy día acaso habría consenso acerca de que la antinomia latente entre la duración asignada al oficio y la renovación por tercios hubiera debido resolverse en favor de la primera.

La Constitución y la Ley orgánica son poco precisas en lo que se refiere a la extracción de los miembros del tribunal, más allá de su reconocida competencia como juristas, acreditada durante un considerable periodo de tiempo. Pero también aquí se ha generado una convención que es de esperar que se mantenga. Los miembros del tribunal, casi por principio, han sido reclutados entre académicos, bien reconocidos, y miembros del Tribunal Supremo, igualmente reconocidos. Ha habido excepciones, pero hasta ahora siempre aisladas y espaciadas. Ha sido así una convención que hasta ahora ha reducido el margen de sorpresa a la hora de los nombramientos. Sobre todo, es una convención que ha sido ampliamente aceptada desde el principio. Ahora bien, no se puede desconocer que, por lo que hace al peso respectivo de académicos y jueces de carrera en la composición del tribunal se ha producido una evolución, especialmente visible a partir de la mitad del periodo contemplado. La 'hegemonía' de los académicos durante la primera década ha ido evolucionando en sentido decreciente. Mi intuición es que las direcciones políticas con poder decisivo en los nombramientos han generado una cierta desconfianza hacia el estamento académico, en todo caso mayor que hacia el estamento judicial. Dejar este extremo que comentamos a la pura inercia política no me parece la solución ideal. El legislador orgánico debiera concretar algo más este aspecto de la composición del órgano.

Creo que el tribunal nunca se sintió totalmente cómodo con la idea de un 'cuerpo' de letrados. De hecho, me pregunto de dónde procedió la idea inicial de esta previsión. En todo caso, esta pieza técnica, fundamental siempre en el trabajo del tribunal, ha cambiado mucho a lo largo del tiempo. De manera interesada diré que fue gracias a la circunstancia de que el tribunal se persuadiera pronto de que la modalidad de adscripción temporal en régimen de lo que hoy se designa como

'servicios especiales' extraídos de otros cuerpos de funcionarios era la que más le convenía, como tuve la oportunidad de incorporarme al mismo en el crucial momento de 1986. En todo caso, es justo decir que la presencia de un núcleo funcionarial entre los letrados ha sido beneficioso para el tribunal en términos de estabilidad de la institución.

El elevado grado de circulación temporal en el colectivo de letrados del tribunal, que a mi juicio debió ser incluso más intenso, más allá de sus propias ventajas, se ha traducido complementariamente en la circulación, en forma de trasvase, de una cultura de la jurisdicción constitucional que va del mundo académico al judicial y viceversa, mundos que han dejado de ser absolutamente estancos entre nosotros. Hoy antiguos letrados están destacadamente representados tanto en la Universidad como en las instancias judiciales supremas. El tribunal, complementariamente, se ha convertido en una institución abierta, en un sentido dialógico. Los miembros del tribunal, y los ponentes en primer lugar, deben necesariamente 'dialogar' no sólo con los escritos procesales y con la doctrina jurisprudencial y académica, sino también con unos asesores de alto nivel que pueden resultar implacables, pero siempre beneficiosos.

Hablando de las funciones del tribunal, el legislador no le ha sustraído ninguna de las originales, vale decir, las que son en definitiva las marcas de la jurisdicción constitucional. Pero la Constitución, con cierta precipitación, incorporaba al mismo tiempo una cláusula de apertura a otras competencias jurisdiccionales. El legislador ha ido echando mano de esta cláusula para desdibujar un tanto la justicia constitucional española. La garantía de la autonomía local es el mejor ejemplo, aunque no el más crítico.

El tribunal rompió desde el primer momento con el corsé de los estrictos plazos legalmente previstos para dar respuesta a los litigios constitucionales. Es posible que le asistiera la razón en esto, pero desde luego no para liberarse, como a la postre ocurrió, de cualesquiera límites temporales, ni tan siquiera autoimpuestos. Visto con perspectiva, creo que fracasamos desde el principio y subsiguientemente en imponernos un cronograma razonable de tramitación de los asuntos. El resultado ha sido una justicia constitucional frecuentemente tardía, como un defecto que hemos venido arrastrando desde el principio hasta alcanzar en ocasiones dimensiones sencillamente inadmisibles.

El legislador orgánico configuró el amparo individual de derechos como un recurso constitucional, a la alemana, frente a cualesquiera resoluciones judiciales firmes, haciendo recaer así sobre el tribunal una responsabilidad ingente tanto en términos de intensidad como de extensión. Ciertamente, había mucho trabajo por hacer en materia de garantías procesales en España, pero es dudoso que todo ese trabajo, que era ante todo de la jurisdicción ordinaria, debiera inexcusablemente situarse bajo el control de la jurisdicción constitucional. Todo esto tuvo un coste

para el tribunal como institución, pero a la vuelta de tan buen número de años puede decirse con cierta seguridad que la calidad de nuestra tutela judicial, y eso es lo que importa, resultó beneficiada. Y España, como Estado parte en el Convenio de Roma, también obtuvo beneficio de esa tutela, como a algunos les pudo parecer, asumida por el tribunal sobre el conjunto de la administración de justicia.

El constituyente español innovó dando carta de naturaleza a los 'votos particulares', específicamente para la jurisdicción constitucional. Es posible que dando marchamo constitucional a esta figura se estuviera dando satisfacción en aquel momento a alguna corriente de desconfianza hacia la jurisdicción constitucional. El caso es que desde el primer momento el voto particular se hizo una figura presente en el paisaje de nuestras sentencias constitucionales. Su manejo se dejó a la discreción de cada uno de los magistrados, sin que me consten intentos de encuadrarlos ni en la forma, ni en el número, ni menos en el fondo. Hoy se piensa que el voto particular es un derecho del miembro de la jurisdicción, como tal intangible. Desde la perspectiva actual, el constituyente 'se precipitó' en esta decisión, puede sostenerse que escasamente deliberada, dejando poco margen, primero al legislador orgánico y más generalmente al curso de la experiencia. Es difícil hacer el balance final de esta característica de nuestra justicia constitucional en la que tan mezcladas están las luces y las sombras.

El tribunal careció de reflejos a la hora de entender lo que la incorporación de España a las entonces Comunidades Europeas suponía. Me incorporé al tribunal como magistrado justo antes de que éste, con escaso acierto, utilizara el adjetivo 'infraconstitucional' referido al derecho europeo. Mi paso por el tribunal como magistrado coincidió con años cruciales para el proceso de integración. Son, nada menos, los años de Maastricht, de Ámsterdam y de Niza, Carta de Derechos Fundamentales incluida. En el tribunal, esto debo decirlo, no hicimos la reflexión que las circunstancias exigían. Podríamos decir en nuestro descargo que el tribunal de Estrasburgo ya nos daba suficiente dolor de cabeza. Pero, más allá de las consecuencias concretas para nuestra jurisprudencia, nuestra actitud mental ante la intensidad que mostraba el proceso de integración, no estaba siendo la propia de un señalado tribunal constitucional de un Estado miembro.

Las llamadas «filtraciones» a los medios de difusión infectan como un virus el proceso deliberativo, un proceso que en el caso de la justicia constitucional puede prolongarse en el tiempo. Ningún tribunal está del todo a salvo de ellas y el nuestro empezó a sufrir experiencias de este tipo bastante pronto. El problema es que una cosa son los episodios y otra muy distinta y más grave son las epidemias. En el tribunal, duro es decirlo, está alcanzando el carácter, no ya de epidemia, sino incluso de endemia.

El Tribunal Constitucional es un órgano estatal. Esta simpleza resulta sin embargo crucial para una institución que tiene a su cargo la garantía de unas 'ver-

dades' que cada vez tienen menos de estatales. Bien es cierto que ésa no es su única misión. Le compete además una serie de tareas de vigilancia constitucional que siguen siendo estatales: así, el respeto de la distribución constitucional de competencias territoriales, el esquema rector de la división de poderes o el diseño competencial de los distintos legisladores, ordinarios o excepcionales. Pero todo eso, importante como es, es en cierto modo 'la prosa': 'la poesía', en el mejor sentido de la palabra, está en otra parte. Y está claro que me refiero a los derechos fundamentales.

Hoy día, desde luego en Europa, todo lo relativo a los derechos fundamentales se escapa como en un coladero al Estado concernido y por consiguiente a sus tribunales. Esto es así para los Estados que son parte en el sistema del Convenio de Roma y tanto más para los que son, hoy casi constitutivamente, Estados miembros de la UE. El que sea un problema común no resta importancia a su proyección sobre el tribunal español. En esta materia, los tribunales nacionales trabajan hoy como 'por delegación', y sólo así se explican algunas iniciativas como las del tribunal alemán, de asumir el amparo de los derechos de la Carta.

Queda, sin embargo, el diálogo judicial, la liga de jueces europeos en diálogo. Es esta una de esas grandes palabras a las que se puede mirar con escepticismo, con todo el escepticismo que merecen las metáforas. Pero en un mundo tan marcado por la transformación y por la inseguridad consecuente, lo más razonable es aceptar la limitación de nuestras solas fuerzas ante algunos de los retos con los que el mundo actual confronta al juez constitucional. En definitiva, en el terreno de los derechos sólo cabe trabajar hombro con hombro en el espacio europeo, que es ya el inmediatamente nuestro. El problema para cada jurisdicción nacional, y desde luego para la nuestra, es el de estar a la altura de esos retos. Dicho de otra manera, el de ser capaces de aportar algo, en lugar de ir a remolque.

Hace ya un siglo, Heinrich Triepel declaraba a la justicia constitucional como la más incómoda de entre las funciones constitucionales. Hoy podríamos decir que se quedó corto en su apreciación. Es la más cuestionada, sin dejar de ser tan necesaria como las restantes. Por la propia naturaleza de la función, está llamada a ser puesta en cuestión en sus sucesivos pronunciamientos de relevancia, y casi sería preocupante que no lo fuera. Ahora bien, más allá de esto y en el mismo nivel de abstracción, la posición de reconocimiento alcanzada por la jurisdicción constitucional alemana es algo singular, sólo explicable en función de una confluencia de astros a la que no es realista aspirar por parte de otros tribunales y señaladamente por el nuestro. La llamada «dificultad contramayoritaria» siempre va a estar presente, siempre va a acompañar a la justicia constitucional como una sombra, a veces incluso como una losa. Otra cosa es que, a base de excelencia en el trabajo, se genere un umbral suficiente de consenso en torno a su gestión. Sería exagerado decir que, como institución, la justicia constitucional está permanentemente en la

cuerda floja, pero sí puede decirse que nunca se encontrará en terreno definitivamente conquistado. Todo esto sea dicho en términos abstractos. Pero es bueno partir de aquí a la hora de proyectar la mirada sobre el tribunal español.

En el momento de redactar estas páginas, el presente y el futuro de nuestro tribunal están marcados por una coyuntura difícil, sobre la que no es el momento de extenderse. Los rasgos de esta coyuntura están en la mente de todos, no siendo por lo demás seguro que se trate de una simple coyuntura, que vaya a ser dejada atrás más pronto que tarde. El problema de fondo va más allá, me temo. Hay algo de sistémico en todo esto, por lo que no es justo ni acertado culpar al tribunal de todo lo que hoy le ocurre. Sobra decir que un tribunal constitucional no existe en el vacío, de tal modo que pudiera seguir girando como un autómata en el interior de un sistema que se encuentre como tal en situación crítica. Muy al contrario, el propio tribunal es sólo una pieza más dentro de nuestro sistema político-constitucional, por más que se le haya encomendado una función de 'recalce' del propio sistema. Hay así una evidente dependencia en lo que al momento de constitución del órgano se refiere, frente a la que el tribunal él solo puede hacer poco. Y hay también una dependencia funcional, acaso menos evidente, pero igual de determinante: al tribunal se le puede desbordar a base de acarrear cuestiones ultrasensibles delante de su puerta. Entre lo uno y lo otro se diría que nuestro tribunal se encuentra al límite de sus fuerzas. Realmente no se lo merece y siempre hay que confiar en una reacción a tiempo. Pero es más que desalentador, a la vuelta de cuatro décadas de servicios innegables a un logro colectivo como raramente había conocido España.

María Emilia Casas Baamonde
Presidenta emérita del Tribunal Constitucional 2004-2010

No es fácil describir la historia de nuestro Tribunal Constitucional a través de las sucesivas presidencias de quienes tuvimos el privilegio de acceder a tan alta función y tenemos la fortuna de participar en este *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* en el Salón de Plenos del Senado español. La historia del Tribunal Constitucional es un *continuum* a lo largo de sus más de cuatro décadas de vida, en las que ha contribuido decisivamente, frente a las dudas iniciales que se expresaron en el debate constituyente, en el de elaboración de su ley orgánica reguladora, y aun después, a asegurar la normatividad de la Constitución, conducirla a completar la configuración del Estado autonómico y, muy visiblemente, a garantizar los derechos fundamentales de todos. Ciertamente, ha habido momentos relevantes o destacados de su historia, en ocasiones sin merecer serlo por no responder la acaparación del interés de la opinión pública al análisis jurídico, legítimamente crítico, de la tarea de clarificar la interpretación de la Constitución que efectúa el Tribunal Constitucional, sino a disfunciones de las que, desafortunadamente, ha sido y es víctima. Ha de decirse también que las sucesivas presidencias han podido marcar esa historia de la institución, no solo por la coyuntura de los asuntos más relevantes que el Tribunal ha debido resolver y por el modo de resolverlos, por los pronunciamientos más destacados dictados en cada una de ellas y el grado de aceptación o crítica pública que han generado, sino también por la impronta que cada presidente, en ejercicio de sus competencias, ha podido infundir al órgano constitucional en la organización de su tarea jurisdiccional, en su rendimiento, y en sus relaciones institucionales, apreciable internamente de modo inmediato; y externamente a través de sus decisiones, del cuidado y calidad de la doctrina constitucional.

Comenzando por la esplendorosa y asombrosa fase inicial de la jurisdicción constitucional desde la constitución solemne del Tribunal Constitucional el 12 de

julio de 1980, no estará de más recordar, aunque sea sobradamente conocido, que la ingente tarea desarrollada por la jurisdicción constitucional, integrada por juristas eminentísimos, en las presidencias de los recordados presidentes García Pelayo y Tomás y Valiente, mirando en las experiencias de las jurisdicciones constitucionales europeas, cuenta con un reconocimiento general. La jurisdicción constitucional se estrenó en nuestro país, en un clima de incertidumbre y expectación no exento de cuestionamientos, con cambios visibles en los modos del decir jurisdiccional, insufló vida al nuevo Estado constitucional, enraizó nuestros derechos en la vida política y ciudadana vinculándolos al contexto de las normas internacionales, fue ensamblando el Estado autonómico, se cuidó de la eficacia de sus decisiones y elaboró los parámetros o cánones del enjuiciamiento constitucional, la mayor parte de los cuales perviven en la jurisprudencia actual, sin perjuicio de los cambios naturales en una interpretación evolutiva de un texto constitucional cada vez más alejado del momento de actuación del poder constituyente y sin apenas reformas parciales. El Tribunal inaugural dejó establecida, desde sus primeras decisiones, la deferencia en el enjuiciamiento del legislador democrático, pues el legislador no es mero ejecutor de la Constitución, y el pluralismo político y la libertad de configuración del legislador son bienes constitucionales que la jurisdicción constitucional ha de proteger. La definición de la Constitución como un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro del mismo quepan opciones políticas de diverso signo quedó fijada desde 1981. El Tribunal fundacional forjó su identidad institucional y sus modos de trabajo. En sus consecuencias, el Tribunal cambió de arriba a abajo la cultura jurídica de nuestro país, introdujo los derechos y los valores democráticos, e hizo de la Constitución un logro colectivo. Son méritos indiscutibles que siempre estarán en su haber. A su indiscutible y ejemplar legitimidad de origen unió una legitimidad de ejercicio adornada de iguales virtudes, que, sin embargo, no estuvo exenta de cuestionamiento en algunas de sus decisiones de mayor relevancia.

El Tribunal que se constituyó casi veinte años después del primero e irrepetible, en diciembre de 1998, bajo la presidencia de P. Cruz Villalón, al que tuve la suerte de incorporarme, seguía siendo un Tribunal de excelencia, integrado por magistrados con capacidades notabilísimas, con un probado caudal de conocimientos y de experiencia como «juristas de reconocida competencia», que abordó los asuntos que hubo de resolver bajo la impronta del patrimonio jurisprudencial recibido y la necesidad de acometer procesos de cambio y de reflexión interna, a la altura de aquel momento, sobre el ejercicio de la jurisdicción constitucional: sobre el ejercicio de las funciones del Tribunal y sus tiempos —los procesos de control de la ley con la particularidad de las cuestiones de inconstitucionalidad, los conflictos competenciales y los numerosísimos recursos de amparo, en esencia—, la acomodación de los cánones de enjuiciamiento a las nuevas realidades

jurídicas provenientes del ordenamiento internacional o del Derecho europeo, las reformas de la ley rectora en su vigésimo aniversario, o la organización interna del trabajo en sus distintas dimensiones y en la esencial del perfil técnico de los letrados de colaboración temporal y la duración de esa colaboración, tan beneficiosa para el órgano y para los letrados asesores. Fue un Tribunal marcado por una firme voluntad de avanzar o completar su institucionalización y de racionalizar su organización y trabajo, así como de estrechar vínculos con otras jurisdicciones constitucionales europeas. Las deliberaciones de los proyectos de sentencia de los magistrados ponentes se realizaban con todo rigor. De manera que la función de interpretación jurisdiccional constitucional, cuya singularidad ha explicado el profesor Zagrebelsky, combinaba la búsqueda individual de la razón de la decisión en la propia Constitución según la libertad de criterio del magistrado, en que radica su independencia, asesorado por los excelentes letrados que han servido y sirven al Tribunal, con su compartición en el esencial momento deliberative, al que no se ahorraba esfuerzo ni tiempo. La jurisprudencia constitucional de aquella época no era una jurisprudencia de ponente, sino plenamente colegiada de las Salas o del Pleno. Me parece que así debe ser. No se trataba solo de deliberar sobre el fallo, sino sobre la *ratio decidendi* y la argumentación entera de la decisión. Hablaba el Tribunal Constitucional y, en su nombre, el magistrado o magistrada ponente, no siendo esta expresión de las sentencias una mera formalidad. El intrínseco carácter colegiado de la institución se tradujo en la desautorización de las propuestas de constitución en su seno de «oficinas» de los magistrados, convenientemente dotadas de medios personales para ejercer una cierta autonomía en el seno del órgano colegiado y en su actuación en pleno, sala o sección.

Me incorporé a un Tribunal Constitucional en el que anormalmente no había ninguna mujer. En consecuencia, durante tres años compartí colegio con once, cinco o dos magistrados, siendo la primera, como más moderna, en exponer mi opinión sobre el proyecto de sentencia objeto de deliberación. Obviamente, no quiero celebrar con ello una excepcionalidad, una rareza admitida por excepción a los estereotipos que señalan las capacidades y talentos como propiedades masculinas; me limito a describir una realidad institucional gravemente desajustada a la Constitución, pues la interpretación de la Constitución de todos no estaba confiada a las mujeres, «juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función», contra el propio valor superior de igualdad y el mandato a los poderes públicos que eligen a los nuevos magistrados y proponen al rey su nombramiento de conseguir la igualdad real y efectiva que la Constitución proclama y ordena (arts. 1.1 y 9.2). Aunque la Constitución llama a la mujer por su nombre sólo en dos ocasiones, en su artículo 32.1, que proclama la igualdad conyugal, y en su artículo 57.1 que desafortunadamente relega a la mujer frente al varón en la sucesión al trono, es mas que sabido que

la Constitución no es neutral ante la igualdad y la prohibición de discriminaciones por causas odiosas, entre ellas el sexo y el género, reconocidos como derechos fundamentales (art. 14 CE), cumpliendo la prohibición constitucional de discriminación una función reparadora de la histórica postergación de las mujeres e igualadora de sus derechos con los hombres. Por ello es siempre obligado reflexionar sobre la importancia que la igualdad tiene en una sociedad integradora de la diversidad, sin la que no hay libertad ni justicia, valores superiores de nuestro Estado social y democrático de Derecho y de nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

Era, además, un Tribunal en el que desde hacía demasiados años faltaban magistradas, porque la magistrada y vicepresidenta Gloria Begué Cantón había abandonado el Tribunal fundacional en su renovación parcial de 1989, de modo que la institución permaneció casi diez años sin magistradas. En la renovación de 2001 se incorporó felizmente la magistrada Elisa Pérez Vera, con quien tuve la fortuna de compartir jurisdicción hasta mi cese en 2011. En 2004 ni el Gobierno ni el Consejo General del Poder Judicial propusieron mujeres para integrar la institución. En la última, por el momento, renovación parcial, de 2021, puede haberse iniciado la corrección de este desequilibrio, eligiendo el Congreso dos magistradas y dos magistrados, con lo que la composición actual del órgano está integrada por tres mujeres, el número más alto de su historia.

Ese dato real y censurable, que hay que lamentar, no permite, sin embargo, ignorar la elaboración de una doctrina constitucional relevante sobre igualdad y no discriminación de las mujeres, de manera particular a partir de 1987 (STC 128/1987). Estoy especialmente satisfecha de haber contribuido al fortalecimiento de esa jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación por sexo femenino (y por otras causas discriminatorias). El Tribunal Constitucional, ya en mi presidencia, convalidó la constitucionalidad de las leyes estatal y autonómicas sobre candidaturas electorales equilibradas o iguales por sexo en elecciones legislativas (SSTC 12/2008, 13/2009, 40/2011) y la Ley de Protección Integral de la Mujer frente a la Violencia de Género (a partir de la SSTC 59/2008 y 45/2009), piezas normativas básicas, la última aprobada por unanimidad para luchar contra tan intolerable violencia, objeto de recursos y de un buen número de cuestiones de inconstitucionalidad. Y estimó numerosos recursos amparos sobre igualdad. Todos nos sentimos orgullosos, creo, de aquella tarea.

Brevemente me permito señalar que tuve la satisfacción de que la institución fuera escuchada por el legislador orgánico y en mi etapa se reformó la ley rectora por la Ley Orgánica 6/2007. Aquélla no fue una reforma irrelevante del funcionamiento de la justiciar constitucional, sino que cambió la configuración del recurso de amparo individual, al introducir un *certiorari* relativo y exigir la especial trascendencia constitucional del recurso, con efectos en el ejercicio de las competen-

cias jurisdiccionales del Tribunal. Los datos pueden comprobarse en sus Memorias anuales. Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007 hasta 2011 las secciones, salas y pleno del Tribunal resolvieron 50 mil recursos de amparo, con lo que el número de asuntos pendientes se redujo a 3500. El cambio legislativo permitió aminorar sustancialmente los tiempos de respuesta en los procesos de control de la ley, en los recursos de amparo, y en lo demás de que conoce el Tribunal, antes excesiva e indebidamente largos como consecuencia de la enorme energía, en gran parte perdida, que el Tribunal dedicaba al recurso amparo. Sobre este problema, que venía preocupando al Tribunal desde tiempo atrás, los presidentes habían desplegado esfuerzos, en sus discursos institucionales, para reconducir la doctrina constitucional «en negativo» de las providencias y autos de inadmisión de los recursos de amparo, que se iba por las cañerías del sistema sin el conocimiento de los ciudadanos, sin la transparencia debida de la doctrina constitucional. De escaso provecho era la doctrina de las providencias de inadmisión, aunque la concepción subjetiva y amplia del recurso de amparo constitucional fuera necesaria en el arranque de la aplicación de la Constitución y de la definición del contenido constitucionalmente reconocido de los derechos fundamentales objeto de la protección del recurso, tarea con la que el Tribunal cambió nuestro ordenamiento jurídico y el entendimiento de la tutela judicial de los derechos. La Ley Orgánica 6/2007 sustituyó las providencias y autos de inadmisión, aquéllas que, como tales, no precisaban de motivación, pero que la contenían siempre por lo que consumían un tiempo desaprovechado —o no bien aprovechado— del trabajo de la jurisdicción constitucional, por autos de admisión de los recursos de amparo. Pilotar ese cambio, cuando se contaba ya con un piso firme de doctrina constitucional, fue también apasionante. El Tribunal comenzó a apreciar la trascendencia constitucional de los recursos de amparo (STC 155/2009), a destinar mayor tiempo a la tarea esencial de control del legislador, a los conflictos territoriales y a los nuevos procesos constitucionales atribuidos al conocimiento del Tribunal por las reformas de su ley rectora, que innecesariamente sobrecargaban su trabajo. El Tribunal enfrentó una tarea muy importante de reorganización de su ingente trabajo y mantuvo la defense cerrada de su actuación colegiada. El acortamiento de los tiempos de solución de la litigiosidad constitucional benefició solo en parte, lamentablemente, al recurso contra mas de doscientos preceptos de la ley orgánica reformadora del Estatuto de Autonomía de Cataluña, por diversas razones; entre ellas, su complejidad aparte, por los numerosos incidentes procesales e impugnaciones colaterales que salpicaron e interrumpieron su tramitación, en un clima de crispación ininterrumpida, y por la dificultad notoria de alcanzar la necesaria mayoría sobre el fallo por un pleno anómalamente fomado por diez magistrados y magistradas —por el fallecimiento de un magistrado, sin que el Congreso cubriera la vacante, y la recusación de otro, a la que después me referiré-—, dificultad

que obligó a acordar la votación separada sobre los distintos pronunciamientos que hubieron de hacerse, lo que constituyó una experiencia inédita en la historia de la justicia constitucional española (STC 31/2010). Resurgió el debate sobre la conveniencia de reintroducir la figura del control previo de constitucionalidad para el caso específico de las normas sometidas a referéndum, que el legislador orgánico después asumió al atribuir al conocimiento del Tribunal los recursos previos de inconstitucionalidad contra proyectos de estatutos de autonomía y contra propuestas de reforma de los estatutos de autonomía (Ley Orgánica 12/2015).

La Ley Orgánica 6/2007 preservó, además, como debía, la condición del Tribunal Constitucional de órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE) y de supremo intérprete de la Constitución (art. 1 LOTC). Los magistrados del Tribunal Constitucional habíamos sido condenados por responsabilidad civil por culpa grave por un presunto *non liquet* cometido por el Pleno, al dictar una providencia de inadmisión de un recurso de amparo, con obligación resarcitoria solidaria frente al demandante, por la Sala Primera del Tribunal Supremo, por su sentencia de 23 de enero de 2004. Si la sentencia hubiera condenado a los magistrados por dolo civil, todos sabemos a que situación hubiera conducido al Tribunal Constitucional, que, por lo demás, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo no ocultaba en la exposición de la pretensión del demandante. Sin necesidad de recordar aqui el procedimiento jurídico-constitucional seguido por los Magistrados del Tribunal Constitucional frente a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, bastará con señalar la general consternación producida por semejante decisión judicial. He de decir que, durante largo tiempo, no hubo conferencia de Tribunales Constitucionales, ni encuentros o reuniones bilaterales de trabajo con otras jurisdicciones constitucionales, en que no fuésemos interrogados sobre cómo era posible que en el sistema español de control concentrado de constitucionalidad el Tribunal Supremo pudiera condenar por responsabilidad civil a los magistrados del Tribunal Constitucional por el ejercicio de su jurisdicción. El artículo 4 de la LOTC, en su versión original, se limitaba a decir que en ningún caso se podía promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional y que éste apreciaba, de oficio o a instancia de parte, su falta de jurisdicción o de competencia. El artículo 4 de la LOTC, modificado por la Ley Orgánica 6/2007, determina en su literalidad, que convedrá reproducir por su importancia:

El artículo 4 de la LOTC, modificado por la Ley Orgánica 6/2007, determina en su literalidad, que convedrá reproducir por su importancia:

> «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.
>
> 3. Cuando el Tribunal Constitucional anule un acto o resolución que contravenga lo dispuesto en los dos apartados anteriores lo ha de hacer motivadamente y previa audiencia al Ministerio Fiscal y al órgano autor del acto o resolución».

La composición del órgano es cuestión esencial y ocupa un espacio al que tocan plurales cuestiones, y de manera singular su independencia y función. Obligada es la referencia al mandato constitucional de renovación por terceras partes cada tres años de los doce magistrados y magistradas integrantes del Tribunal, elegidos por la mayoría reforzada prevista para un mandato de nueve años, garantía de su independencia. En este extremo, la historia del Tribunal, y de otras instituciones constitucionales, que es la historia de la Constitución, no es nada feliz, resultando el Tribunal el más dañado por el incumplimiento político —el cumplimiento ha sido la excepción— de un deber constitucional de inexcusable cumplimiento inmediatamente enlazado con la lealtad constitucional, que ha deslegitimado las instituciones y perjudicado la calidad de nuestra democracia. Las mayorías cualificadas que la Constitución exige para renovar las instituciones es, como se sabe, un mandato constitucional para la búsqueda del consenso, que, sin embargo, no permite el retraso en su consecución. El incumplimiento del plazo de la renovación por tercios es tan grave como el que rige la celebración de las elecciones cada cuatro años. La reflexión, en este extremo crucial, debe combinar la capacidad de la comunidad jurídica de reavivar una demanda cívica de censura de ese gravísimo incumplimiento, que ha dado lugar a magistrados con mandatos prorrogados durante más doce años y a otros con mandatos acortados a seis años— con una nueva llamada a la intervención del legislador orgánico para —en línea contraria a la seguida por la Ley Orgánica 8/2010— incorporar normas de cierre impeditivas del retraso en la renovación por tercios de los magistrados y asegurar su mandato constitucional.

Otra lección extraíble de la experiencia atañe al uso abusivo de la figura de la recusación de magistrados constitucionales y a la consecuente necesidad de impedir legislativamente, o de regular muy restrictivamente, las causas de recusación —y abstención— de los magistrados del Tribunal Constitucional, y no mediante la aplicación supletoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no tienen en cuenta las especialidades de los procesos constitucionales de control de leyes y de preservación del orden constitucional de com-

petencias, ni la exigencia constitucional de que los magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional han de ser juristas de reconocida competencia de largo recorrido en el que su exigida experiencia profesional no puede convertirse en un prejuicio de imparcialidad. Realmente, esa aplicación supletoria no tiene en cuenta la especificidad del Tribunal. La experiencia de la tramitación del recurso de inconstitucionalidad frente al Estatuto de Autonomía de Cataluña, a la que ya me he referido, puso palmariamente de manifiesto la necesidad de esta reforma legal. Defrauda la Constitución (art. 159), el derecho al juez constitucionalmente predeterminado, la modificación de la composición personal del Tribunal por esa vía. La doctrina del ATC 26/2007, que, injustificadamente en mi opinión personal que dejé argumentada en un voto particular, aceptó la recusación en aquel proceso de inconstitucionalidad del magistrado Pérez Tremps, cuya memoria quiero evocar de manera especial, es expresión de la necesidad de esa reforma legislativa.

En fin, la elección de los magistrados propuestos por el Senado «entre» los candidatos presentados por los parlamentos autonómicos de acuerdo con el Reglamento de la Cámara, respondió a la voluntad del legislador orgánico de introducir algún mecanismo de participación de las Comunidades Autónomas en la designación de Magistrados del Tribunal que constitucionalmente corresponde al Senado como cámara de representación territorial. La STC 49/2008 razonó sobre la legitimidad constitucional de esa participación autonómica en correspondencia con «la trascendencia de las decisiones del Tribunal para la estructura territorial del Estado». La modificación, en su aplicación, no ha sido siempre realmente —solo formalmente— discernible en el plano fáctico al resultar los candidatos autonómicos del pacto alcanzado entre los partidos politicos mayoritarios en el Senado.

La Ley Orgánica 6/2007 formalizó el procedimiento de elección de los magistrados procedentes de las Cámaras, exigiendo su comparecencia ante comisiones de las propias Cámaras, de acuerdo con sus reglamentos, para permitirles ejercer adecuadamente su función constitucional de velar por el cumplimiento de los requisitos constitucionales de elegibilidad, capacidad e independencia, que han de reunir los magistrados y magistradas del Tribunal.

La valoración de la situación presente de la jurisdicción constitucional obliga a extremar las precauciones en las consideraciones institucionales y funcionales que pueden efectuarse, pues además del debido respeto al Tribunal, al que no pueden atribuírsele responsabilidades por su constitución, mi conocimiento «externo» es ostensiblemente menor al «interno» que tuve hasta que abandoné la institución en enero de 2011. Pese a la relativa imprecisión de la fórmula y la libertad de elección de los órganos constitucionales titulares de la facultad y del deber de elegir a los magistrados, parece elemental decir que los requisitos de elegibilidad —además de los de capacidad e independencia— que impone la Constitución a las instituciones políticas llamadas a hacer real la renovación parcial del

órgano respecto de cada uno de sus miembros, que han de ser «juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional» (art. 159.2), no sólo ha de cumplirse sin sombra de duda, sino que, como ha señalado públicamente el presidente Cruz Villalón, se conforman de un requisito material de excelencia, cualidad de la que deriva la independencia de criterio e imparcialidad de los magistrados y magistradas. Añado una reflexión, que creo imprescindible, sobre la evolución estructural de la jurisdicción constitucional española, atendiendo a la procedencia académica *v*. judicial de sus miembros.

Es ésta una cuestión que exigiría cierto detenimiento y obligaría al análisis de las renovaciones parciales sucesivas del Tribunal, singularmente desde 1989. Baste con tomar en consideración comparativa la composición del primer Tribunal y del actual para concluir que del Tribunal inaugural formaron parte solo tres magistrados de procedencia judicial, magistrados que lo eran del Tribunal Supremo y de la Audiencia Territorial de Sevilla —fallecido éste en el ejercicio de su mandato fue sustituido por otro magistrado del Tribunal Supremo—, y nueve magistrados de procedencia académica; el actual está integrado por ocho magistrados de procedencia judicial y fiscal, esto es, dos tercios de sus miembros, encontrándose la institución únicamente a falta de un magistrado o magistrada procedente de la carrera judicial para invertir matemáticamente su composición inicial. La reflexión aquí no debería olvidar que la opción del constituyente por un Tribunal Constitucional hubo de superar el debate acerca de la creación de una Sala constitucional en el Tribunal Supremo, especialmente para conocer de los recursos de amparo, cuyos efectos se prolongaron en el tiempo, resurgiendo, no sin una finalidad de cuestionamiento de la jurisdicción constitucional, en los episodios más sonados de confrontación abierta con la doctrina de aquél por la sentada por el Tribunal Constitucional. La presencia de especialidades en el colegio de magistrados y magistradas también está dislocada, agrupándose la determinante composición de procedencia judicial entre los órdenes penal y contencioso-administrativo. ¿Se trata de un cambio de modelo reflexionado, bien que no explicado en sus razones, o es resultado del azar en la elección de las personas propuestas por los órganos correspondientes para integrar la jurisdicción constitucional? En ambos casos la mutación es preocupante y debiera corregirse, sin que en ello pueda despreciarse de nuevo la comparación con otros modelos de justicia constitucional en Europa.

Puede sostenerse, sin riesgo de equivocación, que los retos que ha de enfrentar el Tribunal en el futuro, que ya es presente, siguen estando, entre otros, en el Título Octavo de la Constitución y, con nuevas exigencias a medida que ha avanzado el proceso de integración europea, en el Derecho de la Unión Europea; lo están, en síntesis, sin perjuicio de la coyuntura y sus complejidades, en la garantía de la normatividad de la Constitución. Pero sería una gravísima equivocación no colocar los derechos fundamentales a la cabeza de los desafíos inmediatos de la

jurisdicción constitucional, que ha de aplicar una Constitución apenas reformada y sin visos de reformarse en una sociedad digitalizada y en transformación acelerada, inmersa en una incertidumbre creciente. Por lo demás, la problemática actual de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales enlaza directamente con el Derecho de la Unión en el estadio evolutivo en que se encuentra: el de la aplicación por el Tribunal de Justicia de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en vigor desde 2009 con el mismo valor de los Tratados. La sentencia *Melloni* (STJUE de 26 de febrero de 2013, C399/11; STC 26/2014) debería obligar al Tribunal Constitucional a efectuar una profunda reflexión sobre su propia condición de órgano superior en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE) e intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia emanada en su condición de tribunal de garantías o protección de los derechos fundamentales de la Carta. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia los derechos fundamentales ocupan ya un lugar central, tanto cualitativo como cuantitativo, en el diálogo prejudicial con los órganos jurisdiccionales estatales. Se sabe que esa jurisprudencia afirma con determinación la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión, con la consecuencia de que el Tribunal de Justicia no permite estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales más altos que los de la Carta, interpretados por el propio Tribunal de Justicia, cuando los Estados aplican el Derecho de la Unión y su acción esté determinada por esa aplicación (art. 51 de la Carta), hecho que puede pasar a ser habitual de acuerdo con la mayor extensión de aquel Derecho y con la afirmación del Tribunal de Justicia de que la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta (Sentencia Åkerberg, de 26 de febrero de 2013, C-617/10, 21). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no plantea especiales problemas al Tribunal Constitucional en la medida en que constituye un estándar mínimo de protección para la jurisdicción constitucional española. Puede preocupar al demandante si debe agotar la la vía interna constitucional por causa del *certiorari* que significa la especial trascendencia constitucional como requisito de admisibilidad de los recursos de amparo. Pero es incuestionable el valor interpretativo de las decisiones del TEDH sobre derechos del CEDH y sus Protocolos para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (art. 10.1 CE) con el carácter mínimo señalado. La situación es muy distinta, y más compleja, respecto de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y su interpretación por el Tribunal de Justicia. El presidente Cruz Villalón ha escrito sobre las garantías jurisdiccionales de la Carta, o sobre su falta, y sobre los cambios experimentados por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales austríaco y alemán con motivo de su aplicación, demandando la necesaria reflexión de nuestro Tribunal Consti-

tucional sobre su labor futura en la interpretación de los derechos en el espacio jurídico europeo.

Y enlazo con otro reto para el Tribunal Constitucional, que creo que es objetivamente preocupante y vuelve a traer al primer plano los derechos fundamentales. Es el referido al control difuso de convencionalidad. El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que las normas internacionales de derechos no son canon de enjuiciamiento de la adecuación de las leyes a la Constitución, son normas infra constitucionales, como las integrantes del Derecho de la Unión, aunque desde la entrada en vigor de la Carta esta afirmación no se avenga con la problemática que plantea su aplicación, que es visible en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, en la sentencia *Melloni*. En las pautas de la jurisprudencia del Tribunal la aplicación de las normas internacionales origina un conflicto de selección de la norma aplicable cuya resolución queda diferida a la jurisdicción ordinaria. En la STC 140/2018 el Tribunal dejó dicho que el control de convencionalidad es una mera regla de selección —no de validez— del derecho aplicable, cuestión de legalidad ordinaria que corresponde a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria, que, al efectuarlo, interpretan las normas internacionales sobre derechos fundamentales, pudiendo inaplicar al caso concreto las normas internas contrarias a los tratados internacionales (art. 96 CE). Es verdad que el propio Tribunal ha reservado para si un resorte último de control de la aplicación por los jueces y tribunales del Derecho de la Unión Europea (a partir de la STC 232/2015) y del control de convencionalidad (en la misma STC 140/2018) a través de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, lo que, de entrada, desmiente su negativa a interpretar las normas europeas e internacionales en liza aplicativa por su falta de rango constitucional. Hasta el momento el Tribunal ha conferido una nueva virtualidad a los derechos procesales para asegurarse, de alguna manera, su posición de intérprete supremo de la Constitución, la llave de cierre del sistema constitucional de derechos sustantivos y procesales. Esa construcción doctrinal, sin embargo, no ofrece el mismo recorrido ni funcionalidad en el control constitucional del control de convencionalidad efectuado por los jueces ordinarios que en las relaciones del Tribunal con el de Justicia en el ámbito de los derechos. Baste atender a la jurisprudencia de este último. En la relación con el Tribunal de Justicia radica el futuro de su condición de intérprete supremo —obviamente, no único— de los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución y de su contribución a la interpretación de la Carta.

Finalmente, todavía en relación con los derechos fundamentales, está la problemática de su efectividad en el actual mundo digital, en transformación continua, y los avances de la neurociencia y de la neurotecnología y su proyección en los derechos. Vivimos una realidad en la que las *Big Tech* o gigantes tecnológicos

dominan nuestras vidas, tienen un poder económico superior a cualquier economía mundial —salvo las cuatro economías mundiales más importantes—, y escapan a la acción de los Estados y de sus instituciones de justicia constitucional, incluso de la Unión Europea, de protección y garantía de nuestros derechos de privacidad. El movimiento global en favor del reconocimiento de los neuroderechos pide su acceso a las normas internacionales sobre derechos humanos. Los derechos fundamentales son siempre un reto para la jurisdicción constitucional.

Pascual Sala Sánchez
Presidente emérito del Tribunal Constitucional 2011-2013

I. Introducción

El pasado, presente y futuro del Tribunal Constitucional son tres aspectos de la institución que se encuentran íntimamente ligados. Quiero decir que resulta casi imposible exponer su significación y transcendencia como supremo intérprete de la Constitución —así lo define el artículo 1 de su Ley Orgánica— sin considerar toda su trayectoria hasta el momento presente y sin tenerla en cuenta para prever su futuro.

Pero, siguiendo este criterio y puesto que así se nos pidió por el Moderador —el ilustre catedrático Ricardo Alonso García— en nuestra comparecencia como Presidentes/a eméritos/a del Tribunal Constitucional en el histórico Salón de Plenos del Senado con motivo del XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional —cuyo Instituto está actualmente presidido por el no menos ilustre constitucionalista Eduardo Ferrer Mac-Gregor, impulsor de este Encuentro—, voy a intentar hacerlo comenzando con un juicio valorativo general que el Tribunal merece, continuado con consideraciones más particularizadas sobre la importancia de sus decisiones e interpretaciones constitucionales para la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho que la Constitución proclama también en el primero de sus artículos —lo que sería fundamentalmente un examen de su extenso pasado— y terminando con el análisis de su situación actual y de sus previsiones para el futuro.

La valoración general del Tribunal Constitucional español y de su actuación a lo largo de los 42 años de su existencia ha de ser positiva. Esta conclusión no constituye una opinión particular, sino una apreciación objetiva generalmente admitida, sin perjuicio de las dificultades que ha tenido que superar para resolver,

con criterios estrictamente jurídicos, problemas y situaciones de marcado cariz político derivadas al Tribunal sin haber agotado previamente su solución en el marco adecuado. Es esta una realidad también generalmente admitida de que, en España, desde hace tiempo, pero con más frecuencia en el presente, se tiende ante la menor discrepancia respecto de problemas políticos a deferirlos al Tribunal Constitucional como si este fuera un órgano no decisorio de conflictos constitucionales, sino de moderación de controversias situadas en un plano completamente alejado de sus verdaderas competencias. Posteriormente me referiré a algún supuesto en que, a mi juicio, así ha ocurrido.

Para hacer esta valoración general hay que comenzar reconociendo que las razones por las que la Constitución española introdujo, en su Título IX e inmediatamente anterior al dedicado a la Reforma Constitucional (el Título X y último del Texto Fundamental), el establecimiento y regulación, en sus líneas esenciales, del Tribunal Constitucional a modo de última pieza de cierre y garantía de la organización jurídico-política que conocemos como Estado de Derecho, en concreto del Estado Social y Democrático de Derecho que proclama su artículo 1º, son las propias que justifican la existencia de una jurisdicción constitucional concentrada en un órgano que, sin perjuicio de desarrollar una función auténticamente jurisdiccional, es independiente de la Justicia Ordinaria y se configura como un órgano constitucional al que corresponden, ha desarrollado y desarrolla esenciales funciones que se erigen en la base de la convivencia política y ciudadana en nuestro país.

Así, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, ha garantizado la normatividad y supremacía de ésta como primera norma del ordenamiento jurídico a la que se encuentran sometidas todas las demás y sometidos, también, todos los ciudadanos y los poderes públicos, descartando puntuales apreciaciones jurisdiccionales ordinarias, que, en un principio, le atribuyeron naturaleza programática o principal, ha asegurado y mantenido el equilibrio de los poderes del Estado, resolviendo los conflictos producidos entre sus órganos constitucionales; ha contribuido de manera decisiva a la articulación territorial del Estado, que solo diseña el Título VIII de la Constitución, resolviendo principalmente los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o los de éstas entre sí; y por último y de forma muy destacada, ha protegido y garantizado la efectividad y el contenido de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución, por medio principalmente del recurso de amparo, cuando no han recibido total o parcialmente la protección preferente y sumaria que se asigna a la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Solo con esta sucinta exposición, el balance positivo de la actuación del Tribunal resulta incuestionable, sin perjuicio, conforme ya he anticipado, de las disfunciones que ha tenido —y tiene— que superar con motivo de su necesidad de

resolver la acumulación de asuntos directamente a él deferidos, sin pasar por una fase previa de solución política pese a que su naturaleza así lo hacía razonable.

Hay, además, una última razón para que la evolución del Tribunal sea positiva: ha logrado impregnar el ordenamiento jurídico y la actuación de los tribunales ordinarios de un claro ámbito de defensa y protección de los derechos fundamentales que convierten a España en un «raro» y escaso cliente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II. Pasado

Hecha esta valoración general y concentrándome ahora en el pasado, que lógicamente comprende el primero y más largo periodo de actuación del Tribunal Constitucional (desde 1980 a 2021), mi primera apreciación ha de referirse a la excelencia y preparación de sus componentes. Me uno al criterio expuesto por quienes me han precedido en la exposición e incluso adivino que también al de los expresidentes que me seguirán y, sin mengua alguna para el mérito de los integrantes del Tribunal a lo largo de esos años, quiero recordar especialmente a sus dos primeros presidentes: Manuel García Pelayo y Francisco Tomás y Valiente. Al primero, aparte de su positiva labor en el Tribunal, lo conocemos todos por los tres tomos de Obras Completas que le editó el Centro de Estudios Constitucionales en 1991. Al segundo, por haber tenido con él una estrecha y antigua amistad, derivada de haber estudiado Derecho (él dos cursos delante del mío y del de la que fue después su esposa, Carmen Lanuza, amiga y compañera mía) en la vieja Universidad de Valencia (la situada en el Carrer de Nau). Su trabajo en el Tribunal queda reflejado en su actuación en el Tribunal y en sus trabajos acerca de las funciones por éste desempeñadas, muchos de los cuales fueron publicados en las obras «La jurisdicción constitucional en España» y «Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional» de la misma editorial.

Tomás y Valiente fue asesinado por la banda terrorista ETA un 14 de febrero de 1996, cuando acababa de regresar a su labor docente como catedrático. Perdí, y perdimos, no solo a un entrañable amigo, sino y como ha resaltado antes Álvaro Rodríguez Bereijo, a una gran persona y a un gran jurista.

El extenso periodo de pasado del Tribunal Constitucional, al que pertenecí de 2004 a 2013, los dos últimos años y medio como Presidente, es el periodo en que el Tribunal desplegó todo su quehacer constitutivo y sentó las bases de las funciones esenciales a las que sintéticamente me he referido en la Introducción.

Quiero destacar, sin embargo, algunas puntuales decisiones del Tribunal que afrontaron temas de muy variada apreciación o que contribuyeron a superar confrontaciones y problemas políticos de difícil solución en otro ámbito.

Así, en materia de integración en nuestro ordenamiento del Derecho de la Unión Europea por su primacía y efecto directo, la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, pese a referirse a un proyecto fracasado de Constitución para Europa, sentó doctrina admitiendo la indicada primacía, con su efecto de desplazamiento del Derecho interno, que dio base, incluso, a que el Tribunal Constitucional se pudiesen plantear, y lo hiciese, cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión. No obstante, se trata de una materia necesitada de más clara solución, como después se dirá, mediante la puntual y necesaria reforma del artículo 93 de la Constitución.

La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, al introducir, como requisito formal de la demanda y como material de la decisión de admisión a trámite del recurso de amparo, la justificación de su especial trascendencia constitucional, con la consecuente objetivación de este proceso, dio lugar a la Sentencia 155/2009, de 25 de junio, en que el Tribunal enumeró los principales supuestos en que puede apreciarse el nuevo requisito, pero sin hacerlo con criterios de exhaustividad y abriendo la posibilidad de evitar una objetivación completa del amparo «cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, transcienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica, o tenga unas consecuencias políticas generales…»

También a este pasado pertenece la Sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), porque el legislador ordinario, al reducir como intérprete las distintas posibilidades o alternativas que pueden darse en el Estado Autonómico a una sola, se convertía en constituyente.

Pero fue la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, la que ocupó gran parte de la vida política española, y también la actividad del Tribunal durante mucho tiempo, al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica que aprobó la reforma del Estatuto de Cataluña de 2006, hasta el punto de ser considerada el reto más importante a que se había enfrentado en sus primeros treinta años de historia.

Y es que se trataba de una reforma estatutaria aprobada por el Parlamento catalán, en referéndum por el pueblo de Cataluña y, posteriormente, en el Congreso y Senado después del «cepillado», como se calificó a las modificaciones introducidas en la primera de las Cámaras. Pese a ello, y como ha puesto de relieve María Emilia Casas, se vio sometido el examen del Tribunal a múltiples incidencias; fue pedida por la Abogacía del Estado la desestimación del recurso (Antecedente 127); prosperó la recusación del Magistrado Pablo Pérez Tremps— a quien también quiero reconocer su acreditada valía— con cinco votos particulares en contra; quedó reducida la composición del Tribunal a diez miembros por falleci-

miento de un Magistrado sin haberse cubierto la vacante; hubo de procederse a la votación separada de los distintos apartados del fallo, con especificación del resultado a favor y en contra de cada uno de ellos, por cierto luego concretados con la mención nominal de quienes habían votado en contra de la privación de efecto interpretativo —no normativo— del Preámbulo del Estatuto con referencia a las consideraciones en el mismo contenidas a «Cataluña como nación» y a la «realidad nacional de Cataluña» en la Sentencia 137/2010, de 16 de diciembre (Antecedente 22 y 23), en recurso del Defensor del Pueblo contra el mismo Estatuto prácticamente con el mismo contenido impugnatorio del recurso y al que atendió la Sentencia 31/2010.

La efectividad de los derechos fundamentales de participación política (artículo 23 de la Constitución) y de asociación en su vertiente de libertad de creación de partidos políticos (artículos 6 y 22 CE), fueron objeto de las Sentencias 62/2011, de 5 de mayo, y 138/2012, de 20 de junio, que estimaron sendos recursos de amparo interpuestos respectivamente, contra la anulación de candidaturas para elecciones locales y forales de 2011 y contra el rechazo de inscripción de un nuevo partido político en el Registro de Partidos Políticos, pronunciamientos que se habían fundado en que eran continuación de partidos políticos ilegalizados por su vinculación al terrorismo. Las razones para los pronunciamientos constitucionales fueron, fundamentalmente, el expreso rechazo al terrorismo, el carácter democrático de los estatutos de los partidos afectados, la patente insuficiencia de la prueba de vinculación partidista con las formaciones ilegalizadas, la imposibilidad entonces de que la mera sospecha de continuidad de partidos ilegalizados pudiera condicionar el pleno ejercicio del derecho de asociación y el valor del pluralismo político y los claros instrumentos de control «a posteriori», en caso de que ulteriormente pudiera acreditarse la vinculación, de que dispone el Estado para proceder a la ilegalización.

El reconocimiento del derecho a contraer matrimonio del hombre y la mujer (artículo 32.1 CE) tuvo su desarrollo en la Ley 13/2005, de 1 de julio, al autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Su constitucionalidad fue reconocida en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, al desestimar el recurso en su contra formulado con fundamento en la libertad de configuración que al legislador reconoce la Constitución y en la cláusula antidiscriminatoria que establece en su artículo 14, al estar en ella incluida la proscripción de la discriminación por razón de orientación sexual, según ya reconoció la STC 41/2006.

Igualmente, el derecho a la protección de datos de carácter personal se ha visto reforzado con la exigencia de que las imágenes de supervisión laboral captadas por cámaras de videovigilancia, para surtir efecto, necesitan que la instalación de éstas haya sido previamente informada al trabajador de forma expresa, clara y precisa (STC 29/2013, de 11 de febrero).

También la necesidad de reconocimiento legal para la fundación de universidades por la Iglesia Católica, por ser un requisito común para todas las universidades privadas (STC 31/2013, de 5 de julio), y la imposibilidad de que las resoluciones del Tribunal Constitucional puedan ser enjuiciadas por los órganos jurisdiccionales del Estado (artículo 4.2. LOTC), que ha sido tajantemente reconocida en la STC 133/2013, de 5 de junio, que estimó el recurso de amparo interpuesto por los Magistrados del Tribunal Constitucional que fueron condenados como responsables civiles por una Sentencia del Tribunal Supremo (STS, Sala 1ª, de 23 de enero de 2004) por inadmitir un recurso de amparo en que el recurrente, insólitamente, había recusado a todos los miembros del Tribunal Constitucional.

Mi mandato como Presidente y miembro del Tribunal Constitucional concluyó el 10 de junio de 2013. La actividad jurisdiccional del Tribunal, lógicamente, continuó en los años sucesivos con los mismos caracteres positivos que en etapas anteriores. Pero voy a dejar a mis sucesores que, si lo creen conveniente, singularicen las sentencias o resoluciones que estimen más significativas. Solamente hare mención a que, a lo largo del 2014, 2015, 2016 y 2017, sobre todo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones y resoluciones del Parlamento de Cataluña, relativa a consultas populares por vía de referéndum u otras formas de participación ciudadana, así como de actos derivados de ese elenco normativo. Su exposición particularizada haría interminable esta intervención.

III. Presente

El presente del Tribunal va ligado en la actualidad a un momento de su renovación parcial por tercios que establecieron la Constitución y su Ley Orgánica (artículos 159 de la primera y 16 a 27, inclusive, de ésta última), concretamente a la que corresponde a los Magistrados/as a designar por el Consejo General del Poder Judicial y por el Gobierno. Respecto de los dos primeros, la renovación se encuentra totalmente sometida al retraso que a su vez presenta la renovación del Consejo General del Poder Judicial, con casi cuatro años de incomprensible y totalmente rechazable retraso que he criticado en otros ámbitos y que no corresponde comentar ahora.

El sistema de elección y renovación del Tribunal Constitucional me parece correcto, pues, como generalmente se ha comentado, lleva a su composición las sensibilidades procedentes de los tres Poderes del Estado combinados con el mantenimiento de la independencia y de la excelencia de sus miembros. Esperemos, pues, que no se incurra, para la renovación parcial del Tribunal Constitucional, en

el despropósito en que se encuentra la renovación del Consejo General de Poder Judicial. Quiero recordar aquí el trabajo de Elisa Pérez Vera («El Tribunal Constitucional Español a debate», publicado en los Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, volumen VII) que no tiene desperdicio.

Una de las críticas más frecuentes a la actuación del Tribunal Constitucional es la relativa a la tardanza en sus pronunciamientos, principalmente los relativos a los recursos de inconstitucionalidad. Sin embargo, muchas veces, este retraso es debido a la tendencia, que al principio he denunciado, de llevar al Tribunal problemas que podrían haber tenido solución en el ámbito político o incluso en la actuación de quienes plantearon los procesos de inconstitucionalidad. Un caso, a mi juicio claro, es el relativo al recurso contra la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo que, pudiendo haber sido modificada para volver al sistema de supuestos, ya que los recurrentes tenían mayoría absoluta en el Parlamento, se llevó al Tribunal Constitucional para ver si su decisión coincidía con el contenido del recurso, a modo de un « a ver que piensa», como si se tratara de una consulta.

Solo me resta añadir que la demora en la renovación de la parte del tercio que corresponde al Consejo General del Poder Judicial, podría evitarse acudiendo a un recurso de amparo contra omisiones no legislativas de un órgano no constitucional, pese a la mayor dificultad que las omisiones supondrían para un proceso constitucional.

IV. Futuro

Para terminar y respecto, sobre todo, a las modificaciones que cabría introducir en la Constitución para adaptarla a la situación actual, para ser breve, — parece que he sobrepasado el tiempo de mi intervención— y porque han sido consideradas como necesarias en el lúcido Informe del Consejo de Estado sobre la Reforma Constitucional, emitido a solicitud del Gobierno el 16 de febrero de 2006, las reformas constitucionales, en cuanto afectan a las competencias del Tribunal Constitucional, deberían concentrarse en dos puntos:

El primero, en la necesidad de completar el diseño —solo diseño— que la Constitución sentó en el Título VIII sobre el Estado de las Autonomías, complitud que no debería ser restrictiva, sino amplia y abierta para facilitar la integración de las Comunidades Autónomas en la unidad, dentro de la variedad, que sienta el artículo 2 de la Constitución, recogiendo las interpretaciones amplias que ha efectuado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, señalando nominalmente todas las Comunidades actualmente existentes y respetando expresamente las singularidades que las acompañan.

El segundo, en la necesidad también de resolver con claridad las consecuencias derivadas de la integración de España en la Unión Europea, en orden al reconocimiento de la primacía y el efecto directo del Derecho de la Unión, sentando claramente la aplicabilidad de los Tratados y de las normas emanadas de sus instituciones en el ejercicio de sus competencias, con la consiguiente y clara reforma de la Constitución en su artículo 93.

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
Presidente emérito del Tribunal Constitucional 2013-2017

Pasado

Deduzco de las intervenciones de quienes me han precedido en el uso de la palabra que quizás se pretendía de este primer turno de intervención una reflexión sobre mi experiencia personal al frente del Tribunal y sobre el funcionamiento del Tribunal durante mi mandato. No lo he entendido yo así y he querido hacer un balance de las principales aportaciones del Tribunal en sus cuarenta años de historia, que quisiera poner en valor. Tres son, a mi entender las principales aportaciones que el Tribunal Constitucional ha hecho durante sus años de ejercicio y que en buena medida se corresponden con las de la Constitución española de 1978, que ha debido interpretar, a saber:

1º) En primer lugar, el Tribunal ha sido el principal garante del extenso y moderno catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas que contiene la Constitución. En permanente diálogo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que le obliga el art. 10.2 de la propia Carta Fundamental, el Tribunal ha elaborado una sólida y avanzada doctrina sobre los derechos fundamentales que ha calado, a su vez, en la jurisdicción ordinaria y ha redundado en un elevado y eficaz nivel de protección de los derechos humanos en España.

Prueba de ello es la escasa conflictividad española ante el Tribunal de Estrasburgo. Como ha señalado el propio presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, España es de manera constante uno de los países signatarios del Convenio de Roma que menos demandas suscita y menos condenas padece de Estrasburgo. La conflictividad española, además, se centra en casos aislados y denota la inexistencia de problemas estructurales o sistémicos.

2º) En segundo lugar, el Tribunal ha desempeñado con solvencia —creo— el arduo y seguramente excesivo papel de definir el estado autonómico —solo esbozado en el texto constitucional— y el no menos arduo de defenderlo frente a embates provenientes de diversos frentes.

Las contribuciones que la jurisprudencia constitucional ha hecho a la construcción del estado autonómico han sido y son de mayor cuantía. Al Tribunal le ha correspondido dar cuerpo a muchas de las normas constitucionales semielaboradas que el Título VIII recoge, construir categorías que solo en ciernes pueden leerse en él y sentar principios, criterios y técnicas de articulación materialmente constitucionales que han resultado capitales en la construcción del Estado autonómico.

Por lo que se refiere a la defensa de ese mismo Estafo autonómico, el Tribunal ha debido enfrentar en sus cuarenta años de historia importantes desafíos al modelo territorial pergeñado por la Constitución de 1978. Y ha sabido hacerlo, con independencia de cual fuera el origen de los mismos, con notable coherencia en su lectura de la Constitución. La doctrina sentada en la sentencia que enjuició la LOAPA (STC 76/1983) es, en esencia, la misma con la que el Tribunal dio respuesta a los denominados Estatutos de Autonomía de segunda generación y al posterior desafío independentista catalán.

3º) En tercer lugar, el Tribunal ha interpretado la Constitución como un marco que hace posible la alternancia política con naturalidad y permite a los partidos turnantes desarrollar sus programas de gobierno. La afirmación jurisprudencia de que la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio en el que caben opciones políticas de muy diverso signo, no se ha limitado a ser un mantra que el Tribunal repite, ha sido una verdadera pauta de lectura de la Carta Fundamental.

Citaré dos ejemplos de sentencias — en cuya deliberación participé— que evidencian que esto ha sido así y que el Tribunal ha acertado al asumir el pluralismo como pauta de lectura de la Constitución: la sentencia que enjuició la Ley que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo y las que enjuiciaron la reforma laboral del 2012. Ambas reformas legales estuvieron acompañadas de encendidas polémicas y las sentencias constitucionales que avalaron su constitucionalidad fueron recibidas con acerbas críticas, no menores, por cierto, de las que suscitó en su día la STC. 11/1981, que enjuició la regulación preconstitucional de la huelga y hoy es tenida por modélica. El tiempo, que todo lo pone en su sitio, ha venido a evidenciar —creo— que en ambos casos el Tribunal acertó en su enjuiciamiento.

Presente

En relación al presente, quisiera referirme en el tiempo de que dispongo a las renovaciones periódicas de la institución. Un problema que empieza a ser crónico, que no es achacable al propio Tribunal —la responsabilidad del nombramiento corresponde a otros— pero que, al no producirse en tiempo y forma, acaba por comprometer gravemente el prestigio, la autoridad y la estabilidad de la institución.

Sobre el particular, el art. 159 de la Constitución establece un puñado de reglas simples, que bastaría observar en su letra y en su espíritu para que el problema —que no beneficia a nadie y perjudica a todos— se conjurase:

1º) La primera regla es que el Tribunal se compone de doce miembros, nombrados por el rey; cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

Pues bien, cuando la Constitución exige una mayoría de tres quintos está postulando un compromiso amplio y un compromiso sobre cada candidato, sobre su solvencia técnica e independencia para el ejercicio de las altas funciones que van a corresponderle: nada menos que el control de los demás poderes del Estado. La lotización, el llamado reparto de cuotas entre los principales partidos vulnera claramente el espíritu y tal vez la misma letra del texto constitucional.

2º) La segunda regla viene referida a los miembros del Tribunal Constitucional, que deben ser Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

La Constitución está llamando aquí a la excelencia profesional en la selección de candidatos, excelencia acreditada que debe responder a la «communis opinio» de la comunidad jurídica.

Una regla no escrita en la selección de candidatos pero que todos los tratadistas subrayan es la necesidad de atender, asimismo, al perfil psicológico de cada candidato: el candidato ideal es el que es capaz de atender a las razones del otro, el que está abierto a su argumentación, a la transacción y al compromiso, pues de transacción y de compromiso y no de inteligencias berroqueñas está hecho el pacto constitucional.

3º) La tercera regla es la previsión de que el mandato de los magistrados del Tribunal Constitucional sea de nueve años y que la renovación se haga por terceras partes cada tres.

Se trata de una regla sabia, porque combina la necesaria estabilidad institucional con la renovación paulatina, la memoria con la savia nueva. Pero el legislador la ignoró en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del 2010 que vino a normalizar los retrasos en la renovación por tercios y a legalizar, por tanto, esta práctica deletérea, amen de a acortar el mandato de algunos magistrados.

Valorando esta reforma Jorge de Esteban habló en su día de crimen perfecto, pues solo podía perseguirse a instancia de parte de quienes lo habían perpetrado. La perversión, si bien se repara , es todavía mayor, pues solo pueden declarar la norma aquellos que eventualmente van a beneficiarse de ella. Probablemente, el Tribunal Constitucional debiera vencer su muy natural reticencia y expulsar de su Ley Orgánica una norma que claramente vulnera el art. 159 CE.

Ya se que llamar a la responsabilidad institucional y pedir respeto a esta norma, cuando lo que algunos parecen impugnar es la propia democracia liberal, puede parecer ingenuo, pero es nuestro compromiso como juristas y como ciudadanos.

Futuro

Sobre el futuro quisiera limitarme a expresar dos deseos. Uno atinente al Tribunal Constitucional , en la perspectiva de una futura reforma constitucional y otro de naturaleza y alcance más general, en el que al Tribunal, sin embargo, también le toca su parte.

En buena medida —ya se ha apuntado—, el Tribunal ha sido víctima de la indefinición constitucional del modelo territorial de Estado. Un modelo que ha resultado ser bastante conflictual y en el que el Tribunal ha debido ejercer un papel en exceso protagonista, tanto en su configuración general como en su gestión ordinaria. No creo exagerar si digo que este protagonismo ha hecho que el Tribunal se deje algunos pelos en la gatera…

Aunque el debate sobre la reforma constitucional está hoy aparcado, creo que antes o después se retomará, y que existía y existe general consenso en la necesidad de reforma del Título VIII de la Constitución. No voy, obviamente, esta tarde aquí y en el poco tiempo del que dispongo a pronunciarme sobre cual debiera ser el contenido de esa reforma, pero si quisiera apuntar alguna pauta que, a mi entender, debiera orientarlo.

La reforma de las instituciones sociales debe llevarse a cabo desde el detenido análisis de su funcionamiento, prestando sobre todo atención a los comportamientos humanos que han acompañado su praxis, pues presumiblemente, salvo que se ponga adecuado remedio, tenderán a reproducirse. Desde esta perspectiva,

creo que la reforma del Título VIII debiera intentar paliar o minimizar la dimensión conflictual de nuestro modelo territorial, desmesurada innecesariamente, y reducir el protagonismo que ha correspondido al Tribunal Constitucional, que debiera ser la «ultima ratio» en la gestión del conflicto. Se trataría, en primer lugar, de reformular aquellas previsiones constitucionales que se han manifestado particularmente problemáticas —señaladamente el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas— y, en segundo lugar, de completar la regulación con principios, técnicas e instrumentos que contribuyan a armonizar y pacificar el funcionamiento del sistema. Estoy persuadido de que el excesivo protagonismo al que vengo aludiendo ha sido a menudo consecuencia de la práctica total ausencia de otros instrumentos y mecanismos practicables para evitar y solventar los conflictos.

El segundo deseo es, como decía, general. Toda Constitución, también la del 78, es un proyecto cultural, es una invitación a la sociedad a interiorizar los valores que en ella se recogen, a hacerlos propios. Pues bien, yo que no tengo duda alguna del éxito que ha sido la Constitución española de 1978 como proyecto político materializado, dudo mucho que podamos hablar de un éxito cultural parejo. Ha faltado relato, han faltado iconos —algunos se han desvanecido—, ha faltado pedagogía…

Nos lamentamos de la falta de sensibilidad institucional de nuestra clase política, pero algunos de ellos han sido nuestros alumnos y alguna responsabilidad tendremos en no haberles sabido transmitir esa sensibilidad que reclamamos.

Creo que es una tarea que no se ha hecho y que hay que hacer, que resulta insoslayable para la salud del sistema. Hay una nueva asignatura en la enseñanza media «Valores cívicos y éticos» que va a ponerse en marcha el próximo curso. En los descriptores de la misma, la Constitución ocupa un papel central y sería básico que la lectura del texto constitucional se hiciera de la mano de la jurisprudencia constitucional, para que los alumnos conozcan la alta función que el Tribunal desempeña y puedan hacer suyos los tópicos fundamentales de su doctrina.

Juan José González Rivas
Presidente emérito del Tribunal Constitucional de España 2017-2021

Pasado

Los Tribunales Constitucionales, en los modernos sistemas de Justicia constitucional, juzgan con arreglo a criterios y razones jurídicas determinadas controversias de singular relevancia que hacen referencia a las limitaciones establecidas al poder, que pueden tener indudables connotaciones políticas en la medida en que la disputa sobre el ejercicio, la distribución y el uso del poder constituye el núcleo de la política[1].

En Austria y Checoslovaquia se desarrolla, en el plano europeo occidental, bajo la directa influencia del jurista vienés Hans Kelsen los iniciales sistemas que consagran la garantía judicial de la Constitución, la supremacía de la norma fundamental y la interpretación de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico, de conformidad con ella.

Después se instaura en la Constitución de 1.931, en España, y tras la segunda guerra mundial, surge la potenciación de los derechos humanos se van a plasmar en las sucesivas Constituciones: italiana en 1.947, Ley Fundamental de Bonn (1.949), Francia (1.958) y Portugal en 1.976.

---

[1] Así lo he sostenido en reiteradas publicaciones: *La Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Español*. Edersa, Madrid, 1985; *Estudio legal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional español 1981-2000*. Civitas, Madrid 2001; *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución.* Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011. También pueden verse los *Comentarios a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*. Fundación Wolters Kluwer/Boletín Oficial del Estado/Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

Todo ello conduce con el devenir sucesivo de los tiempos al tránsito de la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional, desde Hans Kelsen, cuyas Obras Completas se anuncian por el Parlamento de Viena el 11 de octubre de 2.006, a propósito del 125 Aniversario de su nacimiento[2] y el surgimiento del Derecho Procesal Constitucional como nos recuerda Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su obra «Forjadores del Derecho Procesal Constitucional»[3].

Llegamos, así, a la definitiva regulación de la Constitución española de 1.978 que dedica el Título IX al Tribunal Constitucional (art. 159 a 165), comprendiendo el análisis de su naturaleza, composición, funcionamiento y competencias que completa la L. O. 2/79, de 3 de octubre y las sucesivas reformas por Leyes Orgánicas 8/84, 4/85, 6/88, 7/99, 1/2000, 6/2007, 1/2010, 8/2010, 12/2015 y 15/2015.

Presente

La trayectoria del Tribunal Constitucional español viene avalada por más de cuarenta y dos años de jurisprudencia constitucional que han vinculado a los jueces y Tribunales ordinarios (art. 5 LOPJ 6/85) y ha hecho efectiva los valores, principios y derechos que representa nuestra norma fundamental.

En efecto, sus competencias se han concretado al resolver los recursos de inconstitucionalidad, las cuestiones de inconstitucionalidad, los recursos de amparo (parlamentarios, mixtos, judiciales, electorales y de reunión y manifestación), los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado y los conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, fortaleciendo los elementos configuradores del Estado compuesto, el control previo de constitucionalidad de los Tratados internacionales (en los dictámenes 1/1992 y 1/2004), los conflictos en defensa de la autonomía local y el control de constitucionalidad de los Estatutos de autonomía.

También ha analizado, por la vía del art. 161.2 de la C.E., la suspensión automática de los actos y acuerdos de las Comunidades Autónomas cuando incidan en la supremacía constitucional y en la unidad de la Nación española.

Desde sus comienzos el Tribunal potenció el valor normativo de la Constitución en la STC 9/1981 desarrollando su carácter jerárquico, desde el punto de vista material y temporal, respecto de las restantes normas del ordenamiento jurídico, suprimió el recurso previo de inconstitucionalidad en la STC 66/1985, reconoció el doble carácter material y formal de la Ley de Presupuestos en STC

[2] La edición estuvo a cargo de la editorial Mohr Siebeck (Tübingen, Alemania) en colaboración con el Hans Kelsen Institut.

[3] Buenos Aires, 2009, con prólogo de Néstor Pedro Sagüés.

76/1992 e incidió en temas sustanciales de nuestra organización política como la legalización de partidos en la STC 48/2003, en materia de asilo en STC 53/2002, sindicatos en STC 164/2003 y en materia de extranjería en STC 236/2007.

También, con carácter más reciente examinó los conflictos en defensa de la autonomía local en STC 240/2006, la trascendencia constitucional del recurso de amparo en la importante STC 155/2009, en cuyo fundamento segundo analiza, en profundidad, las causas de admisión, y en el ámbito específico del control de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía realiza una valoración específica en la STC 31/2010, completada por las posteriores SSTC 46, 47, 48 y 49/2010, lo que después va a ser examinado en materia de derecho a decidir con la STC 42/2014 y la inconstitucionalidad de la proclamación del estado independiente de Cataluña en la STC 259/2015.

Durante el periodo de mi mandato (22 de marzo de 2.017 a 18 de noviembre de 2.021) el Tribunal ha asistido a la celebración de importantes aniversarios: el XL aniversario de la Constitución Española en 2.018, el XL aniversario de la L.O.T.C 2/79 en 2.019, el XL aniversario de la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional en 2.020 con un acto institucional y presencia de Su Majestad el Rey Felipe VI y las autoridades del Estado.

Desde la perspectiva jurisprudencial, en 2.017 el Tribunal se pronunció en STC 90/2.017 reconociendo la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Cataluña 4/2017, de 28 de marzo de presupuestos de la Generalitat para 2017, y en dos sucesivas sentencias: STC 114/2017, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada «del referéndum de autodeterminación», y en la posterior STC 124/2017 declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre, denominada «de transitoriedad jurídica y fundacional de la República».

También se reconoció la inconstitucionalidad de la Sindicatura electoral en las SSTC 120, 121 y 122/2017. En todas estas resoluciones se defendió la supremacía de la Constitución y se resolvieron por unanimidad.

En 2.018 la jurisprudencia constitucional incidió en aspectos sustanciales de la vida pública, como en la mejora de la calidad educativa en STC 14/2018, en la importante STC 16/2018 sobre el derecho a la vivienda, que después sería determinante para la valoración de las posteriores SSTC 32/2018 en Navarra, en Canarias y en Valencia, como sucedió con la STC 80/2018 en esta Comunidad y en la STC 97/2018 en el País Vasco. También merece destacarse la STC 140/2018 que desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la L. O 1/2014 relativa a la jurisdicción universal.

La anualidad de 2019 dio lugar a la aprobación de importantes resoluciones como la STC 6/2019 sobre la inconstitucionalidad del primer emplazamiento

edictal electrónico; el examen de la cuestión interna de inconstitucionalidad sobre el art. 240 LOPJ en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por privación de libertad que, finalmente, es resuelta por sentencia absolutoria, fue examinada en las SSTC 85 y 125/2019.

También hay que subrayar dos importantes resoluciones, correspondientes a las SSTC 89 y 90/2019 sobre constitucionalidad del mecanismo de coerción en el ámbito del estado de adopción de medidas que afectan al interés general del Estado y en aplicación del art. 155 de la CE, todo ello en una cuestión novedosa aprobada por unanimidad.

En 2020 continuaron dictándose importantes sentencias en diversos ámbitos y entre ellas destacaría la STC 65/2020 sobre el Código Tributario de Cataluña y la STC 135/2020 sobre la inconstitucionalidad de la acción exterior en Cataluña; la protección de la seguridad ciudadana en la STC 172/2020, en coherencia con la STEDH de 13 de febrero de 2.020 y aspectos puntuales sobre temas concretos: injurias a la bandera en STC 190/2020 y libertad religiosa en STC 192/2020.

La anualidad de 2.021 vino caracterizada por la resolución de numerosos recursos de amparo planteados contra la STS, Sala 2ª de 14 de octubre de 2.019, tales como las SSTC 91/2021, 106 /2021, 121/2021, 122/2021 y 184/2021.

La inconstitucionalidad del impuesto de plusvalía se reconoce en STC 182/2021 de 26 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, después de varias sentencias precedentes destacando la STC 107/2019 sobre la inconstitucionalidad parcial, y en 2.017 (por todas, las SSTC 26/2017, 37/2017, 48/2017, 59/2017 y 72/2017).

Finalmente, la STC 148/2021 de 14 de julio resuelve la aplicación del estado de excepción a una situación de alarma sanitaria y declaró la estimación parcial del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. La posterior STC 183/2021 de 27 de octubre estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad promovido contra el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que el Gobierno declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

La proyección de estos criterios jurisprudenciales de los que conoce el Tribunal han propiciado una doctrina conformadora de los postulados básicos de nuestro Estado de derecho con incidencia en el Estado democrático, defensor de los derechos y libertades fundamentales, y del Estado social, como Estado prestacional, pues son los principios rectores de política social y económica los que han de inspirar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, como reconoce el art. 53.3 de la C. E.

Futuro

Las SSTJUE de 26 de febrero de 2.013 en los asuntos Melloni y Akerberg Fransson constituyen para el futuro un parámetro de referencia iusfundamental sobre la Carta de los derechos fundamentales de la Unión y con margen de apreciación en el umbral mínimo, desplazable por estándares nacionales de protección superior. Tales valoraciones no han de afectar a la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión Europea.

En la STC 215/2014, de 18 de diciembre, de la que fui Ponente, con ocasión del enjuiciamiento de la L. O de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, en desarrollo de art. 135 de la CE, sostuve la plenitud de la cooperación leal entre la Unión Europea y los Estados miembros.

En jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se pone de relieve (en AATC de 4 de octubre y 13 de diciembre de 2.016) la prevalencia de la cuestión prejudicial europea sobre la cuestión de inconstitucionalidad y en la STC 37/2019 de 26 de marzo se subraya la importancia del control del juez constitucional sobre el juez ordinario, ante la inaplicación de una norma interna, por contraria al Derecho de la Unión, a la luz del concepto del acto aclarado en la doctrina del TJUE sobre el caso Cilfit, aunque, en este caso, no se excluye el planteamiento del art. 267 TFUE, como realiza el Tribunal Supremo en Auto de 9 de julio de 2.019.

El futuro del Tribunal Constitucional incide, sin duda, en su proyección en la jurisprudencia del TEDH, reconociendo el valor hermenéutico de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, con fundamento en el art. 10.2 de la CE, dentro del Título I de nuestra Constitución y la perspectiva del Derecho de la Unión Europea (art. 93 y ss. de la Constitución y 2, 4 y 6 del Tratado de la Unión), mediante el desarrollo de un dialogo prejudicial y una cada vez más intensa cooperación judicial.

La coexistencia de la primacía del derecho de la Unión y la supremacía de la Constitución en el orden interno han de desarrollarse en los años sucesivos.

Es esencial el fortalecimiento del Estado de Derecho en España y en Europa, desarrollando los valores esenciales preconizados en el art. 2 TUE, especialmente los de carácter democrático y pluralista, inmersos en la búsqueda de la seguridad, certeza y tutela judicial efectiva (art. 19 TUE).

La justicia constitucional ha de mantener y desarrollar la fortaleza del Tribunal, pieza clave en la preservación de la Constitución y en la articulación de los poderes del Estado. También ha de fomentar los mecanismos de dialogo con el TJUE.

Para alcanzar esos objetivos, respetando las tradiciones constitucionales comunes y las identidades nacionales, sin necesidad de reformar el reglamento de procedimiento del TJUE o el Estatuto del TJUE, podría implementarse un paso

final, conforme al art. 101 RPTJUE, con la introducción de una previsible solicitud de aclaración del Tribunal, dirigida al Tribunal nacional remitente.

Otra perspectiva internacional sería el desarrollo del CEDH en lo relativo a la constitucionalización de sus principios, como parte inherente de una acción colectiva, con el alcance de la emisión de opiniones consultivas al amparo del Protocolo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La continuidad de la proyección internacional de nuestro Tribunal Constitucional, que presenta momentos relevantes en el XVI Congreso de la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos en Viena en 2.014, la reunión en Praga del Circulo de Presidentes en 2.018, en la que expuse una Ponencia sobre la figura de Hans Kelsen y el desarrollo de los principios del XVIII Congreso de Tribunales Constitucionales de Praga (febrero de 2.021), en el que participamos on line, son aspectos puntuales de esa posterior actuación del Tribunal Constitucional español.

La plena efectividad del memorándum de entendimiento que suscribí con la actual Presidenta de los Tribunales Constitucionales Europeos, de la República de Moldavia, en la sede de nuestro Tribunal en octubre de 2.021, y la participación prevista en mayo de 2.022 en República Dominicana, así como el desarrollo de la Conferencia mundial de Justicia Constitucional, a celebrar en Indonesia del 4 al 7 de octubre de 2.022, fortalecerán la presencia y el prestigio de nuestro Tribunal en la esfera internacional.

Un Tribunal Constitucional que ha de seguir rigiéndose en la esfera del derecho interno por la excelencia y transparencia en la selección de sus miembros, haciendo efectivo el principio de la no dependencia partidista del juez. Sólo así podrá profundizar este órgano constitucional en los valores democráticos que desde el momento de su puesta en funcionamiento ha sabido preservar

Epilogo

Me adhiero al recuerdo de la figura de D. Francisco Tomás y Valiente y me honro en haber presidido un homenaje en la sede del Tribunal el día 14 de febrero de 2021, con ocasión del XXV aniversario de su muerte.

No dejo de tener palabras de recuerdo para D. Héctor Fix-Zamudio y su legado en el derecho procesal constitucional y para mi amigo y compañero Pablo Pérez Tremps, a cuya viuda y familiares trasmití mi sincera condolencia en la sede del tanatorio a donde fueron conducidos sus restos mortales, tan pronto tuve conocimiento de su fallecimiento.

Descansen todos en paz.

Mi agradecimiento, al posibilitar mi participación, al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, a la Facultad de Derecho de la Universidad Complu-

tense y a su Decano D. Ricardo Alonso, al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, al Max Planck Institute for comparative públic law and internacional law, al Tribunal Constitucional español y especialmente a D. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, presidente del *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*.

CAPÍTULO II

IN MEMORIAM HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (1924-2021): LEGADO AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL



PRESENTACIÓN

Pedro Salazar Ugarte
Exdirector del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Para mi es un honor y un acto de enorme responsabilidad moderar —a nombre de la comunidad del Instituto de Investigaciones Jurídicas que dirijo— esta mesa en homenaje al Mtro. Héctor Fix-Zamudio. Se trata del primer homenaje presencial que podemos realizarle desde que nos dejó en pleno contexto de pandemia. Estoy seguro que él estaría contento de saber quiénes estamos aquí para recordarlo y en qué recinto lo estamos homenajeando. Sus vínculos con este centro y con sus amistades en España eran motivo de orgullo y materia de conversación cada vez que se presentaba la ocasión para referirlos.

Saludo a Manuel Aragón Reyes, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, colega y amigo queridísimo del Mtro. Fix. También a Carlos Ayala Corao, Allan Brewer Carías, Domingo García Belaunde y Néstor P. Sagués quienes desde Venezuela, Perú y Argentina tendieron lazos con él y con otros colegas que hoy no pudieron acompañarnos —menciono con especial aprecio a Diego Valadés— y sentaron las bases para promover la existencia de institutos como el que hoy nos convoca y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional del que todos formamos parte.

A mis colegas y amigos Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Cecilia Mora Donatto un especial agradecimiento por partida doble. A Eduardo por generar este espacio académico de encuentro, memoria y reflexión. A Cecilia por ayudarme a coordinar una serie de actividades de conmemoración en recuerdo del maestro desde el Instituto de Investigaciones Jurídicas del que los tres formamos parte. A ambos por representar a alumnos, colegas y amigos mexicanos de Fix-Zamudio.

Los temas de este congreso son los temas del maestro: constitución, tribunales constitucionales, democracia, sistemas y procedimientos, convencionalidad, amparo, derechos sociales. Todas las personas que nos encontramos el día de hoy aquí

leímos sus trabajos sobre estas temáticas y abrevamos de las mismas en nuestra formación. Así que el solo hecho de que nos encontremos aquí

En el Instituto, en el recinto en el que se ubicaba su despacho, hemos abierto una la Sala de Lectura «Héctor Fix-Zamudio. En la entrada de esa sala puede leerse el mensaje con el que lo despedimos el día de su fallecimiento: «Un referente moral, un jurista ejemplar y un maestro de vida». Ahí, gracias a la generosidad de su familia, se exhiben sus togas, libros, medallas y reconocimientos más importantes. La Sala se inauguró el año de su muerte, permaneció cerrada algunos meses por el coletazo final de la pandemia y, poco a poco, esperamos que se irá convirtiendo en un espacio de remembranza, reflexión y recogimiento. Ojalá puedan conocerla en un futuro cercano.

Para concluir estas palabras de apertura y dar paso a las intervenciones de nuestra y nuestros panelistas quiero recordar la memoria también de nuestro querido Héctor Felipe Fix-Fierro. Otro referente de nuestra comunidad fallecido en estos años. La ausencia de ambos gravita en el ambiente de este evento y en el devenir histórico de nuestros institutos. Recordarlos es motivo de nostalgia pero también de orgullo y admiración.

PALABRAS EN HOMENAJE A HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Manuel Aragón Reyes
Catedrático emérito de la Universidad Autónoma de Madrid

Es para mí un honor, y por supuesto una gran satisfacción, participar en el merecido homenaje a la memoria de Héctor Fix-Zamudio y hacerlo, además, en la compañía de tan queridos amigos como los que también intervienen en este acto. Felicito a mi querido y admirado amigo Eduardo Ferrer Mac-Gregor, por haber previsto este acto de homenaje al maestro Fix en el seno, tan apropiado, del *Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* que, dirigido por él, ahora estamos celebrando, y le agradezco de todo corazón que me haya invitado a pronunciar estas palabras de recuerdo a una persona a la que tantos lazos me unieron durante más de cuarenta años.

Aunque ya había leído parte de su obra, fue en el otoño de 1977 o en la primavera de 1978 (no puedo precisarlo ahora) cuando conocí personalmente a Héctor Fix-Zamudio, lo que sucedió en Madrid, en el entonces Centro de Estudios Constitucionales (ahora Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) con ocasión de un congreso sobre justicia constitucional en el que ambos participamos. A partir de ahí se forjó una relación de amistad personal y de colaboración intelectual que se intensificó a lo largo de los años y se mantuvo hasta que la muerte nos arrebató al Maestro Fix. Su edad longeva hacía previsible que eso sucediese, pero ello no elimina el dolor que sentimos todos aquellos a los que nos regaló con el don de su amistad.

Fue, de verdad, una persona extraordinaria. No sólo por la excelencia de su obra como constitucionalista y como procesalista, sino también por los rasgos que adornaban su carácter: hombre esencialmente bondadoso, austero en su conducta, poco amante de los oropeles, parco en el uso de la palabra, pero bromista y con una cierta dosis de socarronería, y por ello más dado a la ironía que a la descalificación, siempre con la sonrisa por delante y sin un mal gesto que la enturbiase,

aunque eso sí, firme en sus convicciones de constitucionalista y, en general, de jurista, que podrían resumirse en la constante defensa del Estado de Derecho y del constitucionalismo democrático.

El impacto de su persona y de su obra en el constitucionalismo mexicano ha sido extraordinario. Tanto a través de su ya lejana dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas, del que hasta su muerte fue un pilar fundamental, como por la fecunda enseñanza que trasmitió a través de sus publicaciones y sus disertaciones orales. También, por haber creado una escuela de insignes discípulos que constituyen uno de los grupos más sólidos e influyentes del constitucionalismo mexicano. No voy a citarlos a todos, porque son muchos, pero entre ellos sí quiero destacar a Jorge Carpizo (mi gran amigo y su primer y más querido discípulo, cuya repentina muerte, tanta pena nos produjo a todos, y especialmente a su maestro), o a Diego Valadés, José Luis Soberanes, Jorge Madrazo, Salvador Valencia, Jesús Orozco, Eduardo Ferrer y, por supuesto, a José Ramón Cossío, con quien tantos lazos me unen.

Pero aquel impacto de Héctor Fix no se limita a México, pues se extiende a los demás países iberoamericanos y, por supuesto, a España. En todos ellos se ha proyectado su magisterio. Y en todos ellos ha sido Héctor Fix admirado, y reconocida la influencia que su obra ha tenido entre los constitucionalistas de ambos hemisferios. Sin que podamos olvidarnos tampoco de su estrecha conexión con Italia, sobre todo a través de su gran amistad y colaboración intelectual con Mauro Cappelletti. Y, por supuesto, hay que destacar su extraordinaria labor como juez y presidente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde, en sus doce años de servicio a la misma, contribuyó, de manera muy personal, a fijar las líneas jurisprudenciales que después la Corte seguiría, dejando allí una impronta permanente de respeto y admiración.

Porque la conozco mejor, me referiré a la influencia de Héctor Fix-en el Derecho Público español, reflejada en la intensa y larga relación que tuvo con Manuel García-Pelayo, o con Eduardo García de Enterría, Francisco Rubio Llorente y Pedro de Vega, entre otros, o en la profunda amistad que mantuvo con Jesús González Pérez (ya también desgraciadamente fallecido). Y por qué no decirlo, reflejada también en la relación personal e intelectual que a él y a mí nos unió durante tanto tiempo.

Por influencia directa de él, o indirecta a través de los profesores que en España hemos difundido y valorado su obra, puede decirse que hay muy pocos constitucionalistas españoles que no hayan citado reiteradamente esa obra como fuente de autoridad cuando se han ocupado escribir sobre justicia constitucional o protección nacional e internacional de los derechos humanos, materias a las que Héctor Fix-Zamudio dedicó la mayor parte de su producción intelectual.

Héctor Fix-Zamudio no fue sólo, pues, un maestro de los constitucionalistas mexicanos, sino también un maestro de los constitucionalistas de habla española

(o italiana, o portuguesa, pues su influencia ha sido notable entre los constitucionalistas brasileños). Para mí, desde luego, era, sin discusión, «el maestro Fix», como así le llamaban también cariñosamente sus discípulos directos.

Disculpen que rememore ahora algunos datos personales de aquella amistad que nos unía. Que llegó a ser prácticamente familiar, pues comprendía también a su inolvidable esposa María Cristina (una mujer llena de alegría y bondad, cuya forma de ser, desinhibida y expansiva, contrastaba y compensaba la natural austeridad, incluso con algún punto de timidez, que caracterizaban la personalidad del maestro Fix). Mi esposa, Carmen, y yo, tuvimos el privilegio de gozar de la amistad de aquel matrimonio ejemplar, ejemplar por el cariño indestructible que los unía. María Cristina fue el báculo en el que siempre Héctor Fix se apoyó, de manera que, cuando María Cristina falleció me preocupó enormemente cómo podría él subsistir sin ella. Pero la fortaleza de carácter del maestro Fix y su decidida vocación por la enseñanza y el estudio le permitieron resistir durante buen tiempo a aquella, para él, irreparable pérdida.

En este capítulo de los recuerdos personales quiero contarles una anécdota que refleja muy bien la personalidad del maestro. En una de mis numerosas estancias en México, siempre de la mano del maestro Fix y de sus discípulos para dictar cursos y conferencias, Ignacio Burgoa nos invitó a él y a mí a participar en una sesión del seminario que dirigía en la UNAM. Creo que ello debió ocurrir en los años en que se planteaba la posibilidad de ampliar las funciones de la Suprema Corte de Justicia para que fuera también tribunal constitucional.

Como probablemente saben algunos de los hoy presentes en este acto de homenaje, el maestro Burgoa, además de ser una personalidad bastante peculiar, tenía una concepción completamente patrimonial del amparo mexicano, de manera que pensaba que él era el auténtico custodio de esa institución, cuya singularidad y virtudes defendía a capa y espada. El amparo no sólo lo consideraba como algo suyo y de nadie más, sino que también sostenía que no había ninguna otra institución jurisdiccional en el mundo que fuera mejor. Ello le llevó a cruzar alguna polémica con el maestro Fix, siempre deseoso de enriquecer las instituciones mexicanas con lo bueno que el Derecho comparado podía aportar.

Pues bien, en aquella sesión del seminario, una vez expuesta mi ponencia sobre la justicia constitucional en Derecho comparado, y contestando a la posterior intervención de Ignacio Burgoa en la que afirmó que el conocimiento de las instituciones extranjeras de control de constitucionalidad no le interesaba en absoluto, pues el amparo mexicano (y en general, la garantía jurisdiccional de la Constitución en México) no tenía nada que aprender del Derecho de otros países, yo le dije que ninguna institución de un país era perfecta y que todos podíamos aprender de la experiencia de otros, justamente para enriquecer y mejorar la nuestra. Añadiendo que, como nos enseñó un sabio historiador universalmente reco-

nocido, y lo cité literalmente, «una buena forma de no conocer bien lo propio es desconociendo lo ajeno». Ignacio Burgoa puso cara de furia y se calló, mientras Héctor Fix me dedicaba una sonrisa chispeante, pícara y agradecida. Sin necesidad, pues, de tomar la palabra y entrar en polémica con Burgoa, el maestro Fix no se privó de expresar, de esa manera, elegante, pero clara, su asentimiento con lo que yo había dicho.

En fin, qué les voy decir más. Sólo me cabe repetir lo mucho que los constitucionalistas debemos a ese hombre ejemplar que fue Héctor Fix-Zamudio. Y lo que yo, en particular, también de debo por su enseñanza y por su testimonio personal. Y porque, además, me proporcionó la dicha de departir con él en tantas reuniones académicas organizadas, en México por el Instituto de Investigaciones Jurídicas o, en otros muchos otros países, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, del que fue su primer presidente y siguió siendo pieza clave de sus actividades o, en España, organizadas por el Centro de Estudios Constitucionales u otras instituciones académicas. Tuve el honor, además, de participar en el merecido gran libro homenaje que hace años le dedicamos.

Pero también, y no puedo olvidarlo, el maestro Fix hizo posible que yo entablase una relación de profunda amistad con sus principales discípulos, que hasta ahora se mantiene. Siempre le estaré agradecido por tanto cómo de él recibí. Pocas veces ha habido, como él, un universitario tan cualificado, un investigador tan capacitado, un jurista tan profundo y ponderado y, sobre todo, un hombre tan honrado y bondadoso.

Que su memoria ejemplar siempre nos acompañe. He terminado.

EL MAESTRO DON HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Carlos Ayala Corao
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Hablar de Don Héctor Fix-Zamudio es hablar de un maestro, de un sabio y de un amigo. Sus virtudes son muchas, pero hoy me concentraré solo en las siguientes: sabiduría, sencillez, humildad, generosidad y alegría. Quisiera hoy hablar brevemente de estas virtudes el maestro Fix a través de mi vivencia personal.

Conocí por primera vez al maestro Héctor Fix-Zamudio en 1979 cuando yo era estudiante de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello en Caracas y Don Héctor participaba como conferencista en un seminario sobre derechos electorales organizado por el entonces Consejo Supremo Electoral de Venezuela. Allí tuve la oportunidad de escuchar una conferencia magistralmente profunda pero sencilla de comprensión sobre el derecho al voto como un derecho constitucional y humano, y los estándares internacionales exigidos para configurar las elecciones como democráticas. En esa primera ocasión si bien no tuve la oportunidad de conocer personalmente al maestro Fix, me impresionó la profundidad de sus conocimientos mezclada con la sencillez de su lenguaje.

Posteriormente, conocí personalmente al Don Héctor en los años ochenta en unos encuentros en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, cuando él ya era juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Allí sí tuve la oportunidad de tratarlo personalmente e intercambiar brevemente con él temas académicos sobre el amparo constitucional como instituto para la protección de los derechos humanos. Para ese momento yo ya había estudiado su obra sobre el amparo y varias de sus obras, incluida su publicación sobre el amparo constitucional en Venezuela («Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela», *Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, 1970, vol. II, pp. 335-390). Dichos estudios los cité en mi trabajo sobre el amparo constitucional en Venezuela, que publiqué en 1988 con ocasión de la

sanción de la ley venezolana de amparo. En ese encuentro, tuvimos oportunidad de compartir no sólo intelectualmente sino personalmente, dando inicio a nuestra amistad. A partir de ese momento me percaté de la sencillez de un gran maestro que estaba no solo dispuesto, sino interesado en conocer a los jóvenes juristas y entablar una relación personal e intelectual con ellos.

A partir de finales de los años ochenta y comienzos de los años noventa nuestros intercambios de publicaciones y cartas comenzaron a fluir. El maestro Fix era muy puntual y acucioso en el envío de sus publicaciones y en la respuesta a mis comunicaciones. Nuestro siguiente encuentro personal ocurrió con ocasión la invitación que me hizo para que yo participara como ponente en el Quinto Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en Querétaro en 1994. Allí me honró con una invitación a su casa donde conocí a su esposa María Cristina; y luego compartimos durante el congreso, en el cual expuse mi ponencia sobre *El Derecho de los derechos humanos.*

Pero la mejor y más completa oportunidad que tuve para conocer al maestro Fix fue en ese mismo año de 1994, con ocasión de un viaje académico que realizamos ambos acompañados de nuestras esposas: María Cristina y Carmen. Se trató de un viaje por México que realizamos para dictar un ciclo de conferencias en varias universidades del país. Originalmente, el convocado para ese viaje era el gran jurista venezolano Allan Brewer Carías, quien debió de excusarse por estar ejerciendo en ese momento funciones como ministro de la descentralización. Brewer tuvo la gran generosidad de proponerme para ir en lugar suyo, lo cual fue acogido de manera entusiasta por el maestro Fix. En ese viaje tuvimos oportunidad de compartir mucho los cuatro como amigos. Estuvimos juntos en los recorridos y en los transportes en aviones, autobuses y carros que nos trasladaban a Guadalajara, San Luis Potosí, Querétaro y Ciudad de México. Allí compartimos muchos ratos agradables y variadas comidas, animadas por conversaciones de todo tipo, pero que, por supuesto yo siempre aprovechaba para hacerle preguntas académicas, sobre libros y autores en distintas materias. De verdad que esta fue una oportunidad de oro para conocernos bien personalmente, para compartir y profundar nuestra amistad.

En ese viaje me percaté que nuestro querido maestro era un «buen diente» desde el desayuno. Disfrutaba del comer, sobre todo de las comidas típicas mexicanas. Pero para nada puede uno decir que nuestro maestro se excedía; y en todo caso, ¡María Cristina siempre lo mantenía bajo cuidado y observación!.

Ciertamente después de esta verdadera convivencia de una semana entre los cuatro, se selló una profunda y larga amistad personal e intelectual con el maestro Fix, aunque desigual, pues siempre recibí de él mucho más de lo que recibí. De allí en adelante, cada vez que yo iba a Ciudad de México o nos encontrábamos en algún congreso o evento en otra localidad, siempre lo visitaba y pasábamos un

buen rato conversando sobre los más variados temas, que terminaba con el intercambio de nuestras últimas publicaciones. De nuevo, siempre desigual a mi favor.

De mi conocimiento y trato que tuve con el maestro Fix-Zamudio, me quedan claras las virtudes que señalé al comienzo:

Sabiduría, era un hombre culto y estudioso, por cierto, no sólo del Derecho sino de otros campos como la historia, la ética, la música, el cine, la filosofía y la política.

Sencillez, no era una persona pretensiosa ni arrogante para nada. Una expresión de su sabiduría siempre fue su sencillez. Era de trato afable, no sólo con sus pares, sino con los entonces jóvenes juristas que nos acercábamos a conocerlo. Esta cualidad le permitía —como dije— exponer las tesis jurídicas más complejas con las palabras más sencillas, que las hacía al alcance de todo el público.

Humildad, tiene que ver con la sencillez, pero en una dimensión cualitativa adicional: exponía su sabiduría como dijimos de manera accesible, pero a su vez escuchaba con atención a los demás. No predicaba, sino que proponía. Recuerdo entablar conversaciones con él sobre alguna tesis que él no compartía, pero que respondía con un diálogo. No se imponía. Esta es una cualidad propia de sabios de espíritu como era el maestro Fix..

Generosidad, siempre se mostraba abierto a obsequiar a sus amigos y discípulos sus activos: su conocimiento, sus libros, su amistad, su saludo, etc. Era una generosidad sincera sin esperar nada a cambio, aunque si lo había, igualmente se mostraba generoso con su agradecimiento y comentarios.

Alegría, sí, el maestro Fix era una persona de muy buen humor y alegre. Alegre de espíritu. La alegría le hacía ser siempre joven y jovial. Le encantaba echar una broma personal e incluso contar sus chistes, lo cual por cierto hacía muy bien.

En fin, le doy gracias a Dios y a la vida haber podido conocer a Don Héctor Fix-Zamudio, porque conocí en vida a una bella persona y a un profesor e investigador de quien mucho aprendí, no sólo de su conocimiento intelectual, sino además y sobre todo, de sus valores humanos, que lo colocan sin contienda alguna en el merecido pedestal de los verdaderos y grandes maestros iberoamericanos.

MI RELACIÓN ACADÉMICA Y PERSONAL CON HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Allan R. Brewer-Carías
Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

Muy complacido y honrado de participar en este Homenaje a mi amigo de tantos años, Héctor Fix-Zamudio, en este importante evento internacional organizado en el Centro de Estudios Constitucionales; y quería hacerlo mencionando a grandes rasgos el origen y el curso de nuestra relación, de la mano del derecho procesal constitucional, y específicamente del amparo constitucional; y sobre todo de los libros y publicaciones mutuas que tanto nos unieron.

Por su formación procesalista inicial, en efecto, puede decirse que el profesor Héctor Fix-Zamudio comenzó a trabajar desde 1956 el tema de lo que hoy llamamos el derecho procesal constitucional, partiendo del prisma del juicio de amparo mexicano, y su comparación con instituciones similares en el mundo. Y ello fue con su Tesis de grado de licenciado de 1956, denominada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo,* publicada luego en 1964. A ese trabajo le siguió su tesis de doctor de 1972, sobre *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales,*

Su interés académico sobre nuestros temas continuó desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y en México desde el Instituto de Derecho Comparado de la UNAM que luego se convirtió en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, del cual fue director de 1966-1978; e investigador hasta 1996.

Desde ese instituto siempre estuvo pendiente de todo lo que acontecía en América Latina en materia de amparo, y de justicia constitucional, particularmente con la creación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (presidente honorario desde 2003) y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, del cual fue Presidente titular (1975-1992).

Su interés América Latina lo llevó a escribir, sobre la institución del amparo tal como se fue regulando en todos los países, lo que hizo también, por ejemplo,

en relación con la institución del amparo consagrada en la Constitución de Venezuela de 1961, en un texto escrito apenas la misma se sancionó[1].

Yo siempre he sostenido, al contrario de lo que era y sigue siendo la tendencia general en América Latina, que el amparo a los derechos fundamentales se consagró en Venezuela en 1961, en el mismo sentido que luego se estableció en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como un derecho fundamental en sí mismo, que tienen todas las personas a ser amparadas judicialmente en sus derechos y garantías constitucionales, y no solo como una acción o recurso específico de amparo, protección o tutela; lo que plasmé antes incluso de la sanción de la ley Orgánica de Amparo de 1988 en el estudio[2]:

Es decir, la Constitución reguló un derecho de amparo constitucional, que puede ejercerse además de mediante una garantía específica que es la acción de amparo constitucional autónoma, mediante múltiples otros medios procesales existentes que son acordes con la protección constitucional.

Esta característica precisamente la captó igualmente Héctor Fix-Zamudio quien, en 1970, al estudiar comparativamente la institución del amparo en Venezuela y México, habiendo expresado en el trabajo antes mencionado que la Constitución venezolana había consagrado «definitivamente el derecho de amparo como instrumento procesal para proteger todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente», en lo que calificó como «uno de los aciertos más destacados en la avanzada Carta Fundamental de 1961.»

Esto lo dijo quien había escrito cientos de páginas sobre el juicio de amparo, y en particular, del mexicano, concebido más como una garantía procesal; y lo plasmó luego en un artículo que escribió hace 20 años, que muy generosamente tituló: «La teoría de Brewer-Carías sobre el derecho de amparo latinoamericano y el juicio de amparo mexicano», publicado en el libro homenaje que un grupo de juristas me hizo, publicado aquí en Madrid en 2002[3]:

En ese estudio, Fix-Zamudio, de nuevo, hizo la comparación destacando específicamente el tema sobre el cual tanto insistí en su momento en relación con la Constitución de l961, de que en Venezuela se había establecido un «derecho de amparo» que podía ser exigido como tal ante los tribunales, es decir, que podría

[1] Héctor Fix-Zamudio, «Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela», Libro *Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza,* UCV, Caracas, 1970, Tomo II, pp. 333-390.

[2] Allan R. Brewer-Carías, «El derecho de amparo y la acción de amparo», en *Revista de Derecho Público*, núm. 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abriljunio 1985, pp. 51-61.

[3] Héctor Fix-Zamudio, «La teoría de Allan R. Brewer-Carías sobre el derecho de amparo Latinoamericano y el juicio de amparo mexicano», en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2002, Tomo I, pp. 1125 ss.

ser justiciable a través de una acción de amparo, pero además, a través de todas las vías procesales ordinarias acordes con la protección constitucional.

Pero a esos contactos entre los dos por vía de artículos académicos, le habían precedido los contactos personales, que se iniciaron cuando en 1976, cuando me invitó y asistí al *Coloquio sobre 75 años de Evolución Jurídica en el Mundo* que organizó, bajo su dirección, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde expuse sobre *El Derecho Administrativo de la propiedad y de la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela,* publicado como[4]:

Luego volví al Instituto, siempre invitado por él, en 1979, para participar en el, *Simposio sobre Petróleo y Desarrollo: La experiencia de Venezuela*, Instituto donde expuse sobre *Aspectos Organizativos de la Industria Petrolera Nacionalizada,* que se publicó como[5]:

Y luego volví a México, en 1982 al mismo Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, para participar en el muy importante y memorable *Congreso sobre La Constitución y su Defensa,* en el cual Fix-Zamudio tuvo participación muy activa, donde hablé sobre *La Constitución y su Defensa en Venezuela,* que dio origen a un pequeño libro[6]:

A partir de entonces, se acrecentó nuestro contacto epistolar personal, particularmente a partir de 1984 cuando comencé a preparar el curso que me tocó dictar, como Profesor Sión Bolívar en la Universidad de Cambridge en el año 1985-1986, en el curso de maestría de la facultad de Derecho (LLM), sobre *Judicial Review in Comparative Law,* es decir, sobre control de la constitucionalidad en el derecho comparado o justicia constitucional en el derecho comparado que ahora sería derecho procesal constitucional comparado.

Para ese entonces, los referentes mundiales sobre estos temas en el derecho comparado eran Mauro cappelletti, de Italia, Louis Favoreu de Francia, y Héctor Fix-Zamudio, de México. Con los tres me puse en contacto directo, desarrollando con todos ellos una relación epistolar importante (recordemos que todavía esa comunicación era por carta y correo ordinario), y todos muy generosamente me suministraron referencias bibliográficas cada uno bajo su perspectiva: la europea en el caso de Favoreu, la Europea comparada con los países Anglosajones en el caso de Cappelletti, y Latinoamericana en el caso de Fix-Zamudio.

---

[4] Allan R. Brewer-Carías, «La evolución y situación actual del régimen del derecho de propiedad en Venezuela» en *Estudios de Derecho Económico*, Vol. III, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, pp. 7-64.

[5] Allan R. Brewer-Carías, «El proceso jurídicoorganizativo de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela» en Marcos Kaplan (Coordinador), *Petróleo y Desarrollo en México y Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1981, pp. 333-432

[6] Allan R. Brewer-Carías, *La Defensa de la Constitución*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, 176 pp.

Esa visión comparatista que cada uno de ellos fue importantísima para poder redactar mi curso que, por lo demás, fue el primer intento de estudiar globalmente la Justicia Constitucional en el mundo, y cuyo producto fue un libro (debo decir ya clásico, en ingles)[7].

Fix estudió y escribió mucho sobre el amparo en todos nuestros países, y yo también había hecho mi tarea, pues escribía y gracias a Dios sigo escribiendo mucho, por lo que en serio y en broma, cada vez que nos veíamos me preguntaba sobre cuál era mi último trabajo de la semana; lo preguntaba quien sin duda también era un gran publicista, de manera que mi respuesta era siempre la misma pregunta para él: que cuál era el último suyo.

Muestra de su interés académico y de publicista, por ejemplo, fue todo lo que escribió específicamente sobre Venezuela, una muestra de lo cual quedó registrada en la obra[8]:

Además de los trabajos de los diversos autores venezolanos que colaboramos, en dicha obra incluimos tres estudios publicados por el profesor Fix-Zamudio, relativos a diversos aspectos del derecho venezolano. El primero, sobre el Reglamento del Consejo de la Judicatura de 5 de octubre de 1973, y los otros dos, referidos al proceso de amparo venezolano en una dimensión comparativa con el juicio de amparo mexicano y, en general, con el amparo latinoamericano.

Cabe destacar, que además de estos ensayos, Fix-Zamudio publicó otros ocho en Venezuela, si bien dedicados a temas diversos del ordenamiento mexicano y latinoamericano[9]:

---

[7] Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law,* Cambridge University Press, Cambridge 1989.

[8] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordiandores), L*a Ciencia del Derecho Procesal Constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho. Homenaje Venezolano*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Editorial Juridica Venezolana (EJV), Caracas, 2012.

[9] «La protección procesal de las garantías individuales en América Latina. (Conclusiones)», *Repertorio Forense*, Tomo 3, 2º Trimestre. Caracas, 1967, p. 77; y en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 31-32. Universidad de Carabobo. Enero 1967-Diciembre Valencia, 1969, p. 151;

«En torno a los problemas de la metodología del derecho», en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 15, Mérida, Venezuela, diciembre de 1967, pp. 5-49;

«Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social» en *Libro Homenaje a Luis Loreto con ocasión de los 50 años de habérsele conferido el título de* abogado *de la República 1922-1972*, Ediciones de la Contraloría General de la República de Venezuela, Caracas, 1975, pp. 577-611;

«El sistema presidencial y la división de poderes en el ordenamiento mexicano» en *Homenaje a Manuel García Pelayo*, Tomo 1, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1980, pp. 223-315;

«Algunas tendencias pedominantes del constitucionalismo Latinoamericano Contemporáneo», *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano. IV Congreso Venezolano de Derecho Consti-*

En todo caso, después de mi curso en Cambridge, seguí muy vinculado con Fix-Zamudio, habiéndome invitado en 1993 para participar en un importante Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, en el cual se consolidaron los esfuerzos organizativos de agrupar a los constitucionalistas del Continente. Lamentablemente, en aquella ocasión me tuve que excusar, por mis funciones entonces de Ministro de Estado para la Descentralización, pidiéndole a mi querido amigo, alumno y socio Carlos Ayala Corao que asistiera en mi lugar, y de allí su vínculo tan fructífero con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Mi vínculo, amistad y admiración con Héctor Fix-Zamudio lo ratifiqué con mi último libro de 2021 sobre el tema que tanto nos unió: Derecho de Amparo y acción de amparo[10],

Libro que fue dedicado a su memoria pues el Maestro Fix-Zamudio falleció cuando ya estaba terminándolo de preparar. Lamentablemente, este libro no se lo pude dar en persona, pero está también dedicado a quien fue su discípulo predilecto, el profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Sé que esa obra le hubiera gustado mucho verla, particularmente por su interés con el acontecer del derecho venezolano, y específicamente sobre por mis trabajos.

Por ello quiero recordar hoy parte de lo que Fix-Zamudio escribió en 2016 sobre la sentencia dictada en 2014 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de la cual había él fue Juez en el pasado), en mi caso contra el Estado venezolano), en su libro[11]:

En esas páginas Fix expresó:

> «Esa decisión me llamó la atención debido a que desconoce los precedentes que la Corte que estableció en los primeros casos que resolvió contra el Gobierno de Honduras y a los que se ha hecho referencia con anterioridad

tucional. Volumen I. Caracas, 1996, p. 41; «Reflexiones comparativas sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos», en *Gobernabilidad democrática y derechos humanos*, Nueva Sociedad, Caracas, 1997, pp. 61-89. «La justicia constitucional y la judicialización de la política», *Constitución y Constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*. Caracas, 2000, p. 557; y «Breve introducción al concepto de leyes orgánicas constitucionales», *Visión Iberoamericana del Tema Constitucional*. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, 2004, p. 479.

[10] Allan R. Brewer-Carías**,** *Derecho de amparo y acción de amparo constitucional* (A manera de Prólogo, Héctor Fix-Zamudio «La teoría de Allan R. Brewer Carías sobre el derecho de amparo Latino Americano y el juicio de amparo mexicano»), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 129, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Jurídica Venezolana, 2021 768 pp.

[11] Véase Héctor Fix-Zamudio, Universitario *de vida completa. Memorias académicas y recuerdos personales*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2016, pp. 371- 373

en esta obra. En efecto, la Corte resolvió admitir la excepción preliminar interpuesta por el Estado venezolano, en el sentido de que el demandante no había agotado los recursos internos a su disposición, por lo que el tribunal ya no procedió a examinar el fondo de la controversia.

Esa sentencia firmada por una mayoría circunstancial que conformaron los jueces Antonio Humberto Sierra Porto (Colombia), Roberto de F. Caldas (Brasil), Diego García Sayán (Perú) y Alberto Pérez Pérez (Uruguay) contó con un extraordinario Voto negativo Conjunto, que los honra, de los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México) y Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica).»

Sobre dicho Voto Negativo de los jueces Ferrer Mac-Gregor y Ventura, el Maestro Fix-Zamudio agregó:

«Por lo que se refiere al primer razonamiento, el voto disidente señala que no fue correcto ni de acuerdo con los precedentes de la Corte Interamericana determinar oficiosamente los recursos pendientes de agotamiento, ya que es una carga procesal que corresponde al Estado demandado.

En segundo término, los recursos de nulidad formulados por el profesor Brewer-Carías ante el tribunal de la causa fueron presentados el 4 y 8 de noviembre de 2005, es decir, bastantes años atrás, y los mismos no fueron tramitados y menos resueltos por dicho tribunal, por lo que se incurrió en un retraso excesivo en la tramitación del proceso, lo que no fue tomado en cuenta por la mayoría de los jueces de la Corte Interamericana, que consideraron que dicho retraso no era imputable al Estado.

Los dos jueces disidentes sostienen que el sistema de protección internacional debe ser entendido en su integridad, de acuerdo con el principio establecido por el artículo 29 de la Convención Americana, que siempre otorga preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca a la persona humana, por lo que la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de la Corte Interamericana no sólo significaría ir contra el objeto y fin de la Convención Americana, sino que afectaría el efecto útil de la misma y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.»

Y agregó:

«El voto disidente contiene otros razonamientos que refuerzan sus conclusiones, pero con los mencionados queda muy claro que la resolución del 26 de mayo de 2014 debe calificarse, desde el punto de vista de la ciencia del

> derecho procesal, como un auto definitivo de sobreseimiento del procedimiento ante la Corte Interamericana que, a mi modo de ver, priva injustificadamente al profesor Brewer-Carías de la garantía del debido proceso en el juicio penal que arbitrariamente se sigue en su contra.»

Concluyó Fix-Zamudio su crítica diciendo que:

> «siento un gran aprecio por Venezuela y sus juristas, y de los vínculos que me unen con ellos ya he hablado en otras páginas. Por ello me duele que la Corte Interamericana haya sido incapaz de hacer justicia a uno de sus juristas más distinguidos, a quien un gobierno arbitrario y autoritario ha perseguido injustamente y obligado a defender precariamente sus derechos desde el exilio.»

Fix-Zamudio, en todo caso, en su comentario, apuntó un aspecto esencial de ese proceso penal en el cual se violaron todas mis garantías al debido proceso, que tiene que ver precisamente con el tema que tanto nos unió del derecho de amparo en Venezuela, recordando que en el proceso yo efectivamente había agotado el único recurso disponible en el momento en el cual se introdujo la acusación en mi conta que era la solicitud de «amparo penal», es decir, la solicitud de nulidad por violación de garantías constitucionales que regula el Código Orgánico Procesal Penal, haciendo referencia precisamente a que «los recursos de nulidad formulados por el profesor Brewer-Carías ante el tribunal de la causa fueron presentados el 4 y 8 de noviembre de 2005, es decir, bastantes años atrás, y los mismos no fueron tramitados y menos resueltos por dicho tribunal.» La Corte Interamericana, en efecto, simplemente, ignoró, por ignorancia de sus jueces, que en Venezuela la pretensión de amparo se puede formular, además de mediante la acción de amparo, a través de los mecanismos existentes en el ordenamiento procesal que sean acordes con la protección constitucional, como es el caso precisamente del llamado «amparo penal.»

Por ello, le agradezco tanto al propio profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor que en el acto que tuvo lugar en el Círculo de Bellas Artes de Madrid el 13 de noviembre de 2019, con ocasión de mi cumpleaños, en el cual honrosamente participó, concluyó sus comentarios indicando, que lo hacía:

> «no como presidente de la Corte Interamericana, sino tal vez como el Juez autor del voto disidente en la sentencia del caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, de que el Profesor Allan Brewer-Carías es víctima no declarada por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las víctimas son víctimas, estén o no declaradas en la sentencia. Yo salvé mi voto; pero si

> quisiera decir que es una víctima; y que, como víctima, le expreso mis mayores respetos y comparto sus angustias por todo lo que ha sufrido fuera de su querido país[12].»

En todo caso, y digámoslo de paso, creo que los profesores Ferrer Mac-Gregor y Fix-Zamudio, tanto como yo, hemos quedado reivindicados con el dictamen emitido hace solo cuatro meses, el 21 de diciembre de 2921, por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, en el cual, al contrario de lo resuelto por la Corte Interamericana en la pérfida sentencia, precisamente sobre el recurso de amparo penal que yo había agotado en el proceso penal, sostuvo que:

> «9.7. En relación con el derecho a un recurso efectivo, bajo el artículo 2, párrafo 3, leído conjuntamente con el artículo 14, párrafo 1, el Comité toma nota del argumento del autor según el cual el único recurso idóneo (el de nulidad o amparo penal, interpuesto en dos ocasiones) nunca recibió respuesta, dejándolo en estado de indefensión. […]
>
> 9.8. En el presente caso, el Comité destaca el especial contexto que enmarca la situación de contumacia del autor. Dicho contexto incluye que el autor estuvo altamente involucrado en el proceso penal en su contra (incluyendo su asistencia personal a tomar notas de su expediente); ejerció una debida diligencia durante la fase preliminar de la investigación, interponiendo diversos recursos que cuestionaban la prueba existente en su contra y ofrecían prueba a su favor; salió legalmente del territorio del Estado parte; *interpuso un recurso de nulidad previo a la solicitud de acusación formal de la Fiscalía; e interpuso un segundo recurso de nulidad previo a la acusación formal del Juez que contenía el establecimiento de la prisión preventiva.* El Comité considera que el autor ha acreditado un *temor fundado a estar sometido a un proceso penal arbitrario, violatorio de sus derechos y garantías, y al severo agravamiento de dichas violaciones, en caso de someterse a la prisión preventiva en su contra*, todas cuestiones que fueron debida y reiteradamente presentadas a las autoridades judiciales encargadas de velar por su derecho al debido proceso. El Comité observa que, *en las circunstancias del autor, un recurso que haga efectivo el derecho a un debido proceso no puede subordinarse a la sujeción a un proceso indebido*. Ello implica que, independientemente de lo que determine el derecho interno (Que incluye cuestiones como, por ejemplo, si los recur-

[12] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, «Palabras de Presentación» en el libro: Luciano Parejo Alfonso y León Henrique Cottin (editores), *Allan R. Brewer-Carías. Proyección de su obra en Iberoamérica. Jornada Académica celebrada en el Círculo de bellas Artes de Madrid, 13 de noviembre 2015. Bajo los auspicios de la Cátedra de Estudios Jurídicos Iberoamericanos de la Universidad Carlos III de Madrid*, Editorial Jurídica venezolana International, Caracas / Nueva York / Madrid 2020, p. 24.

> sos de nulidad debían o no resolverse ante la ausencia del autor), el Estado Parte no puede invocarlo como justificación del incumplimiento de sus obligaciones frente al Pacto(Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.). Por ello, y con base en la información que tiene ante sí, el Comité encuentra que el autor ha sufrido una violación a su derecho a un recurso efectivo respecto a su derecho a un debido proceso, en particular, a acceder a un tribunal independiente, recogido en el artículo 2, párrafo 3, leído conjuntamente con el artículo 14, párrafo 1, del Pacto[13].»

Por todo ello, es muy honroso para mí que se me haya invitado a participar en esta sesión en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, y que lo haya hecho el profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Amigos como ellos son los que hay que tener en la vida.

Para concluir, ya que en gran parte fueron los trabajos académicos y los libros los que más nos unieron, los siguientes fueron mis trabajos escritos para todos los Libros Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, a los cuales fui invitado a participar y escribir, lo que reafirma mi afecto personal y admiración por todo su trabajo durante tantas décadas[14]:

Muchas gracias de nuevo, queridos amigos.

---

[13] Ver el texto en: *Justicia!! Al Fin, Justicia. Condena al Estado Venezolano d Comité De Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas por violación de las garantías judiciales al debido proceso, a ser juzgado por jueces independientes, a un recurso efectivo y a la presunción de inocencia de Allan R. Brewer-Carías.* Dictamen del 14 de octubre de 2021. En el caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela llevado por los Profesores y abogados Pedro Nikken, Claudio Grossman, Juan Méndez, Douglas Cassel, Héctor Faúndez y Carlos Ayala Corao 2016-2021 (Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao, Editores), Serie Estudios No. 137, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, 516 pp.

[14] Allan R. Brewer-Carías, «Situación actual del derecho de amparo en Venezuela» en *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, Tomo III, Derecho Procesal, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988, pp. 1.703-1.759.

Allan R. Brewer-Carías, «La acción de amparo contra leyes y demás actos normativos en el Derecho venezolano», en *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, Volumen I, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 1998, pp. 481-501.

Allan R. Brewer-Carías, «El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo mediante sentencias interpretativas», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-*Zamudio *en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2008, Tomo V, pp. 63-80. Publicado en *Crónica sobre la «In» Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y* el *autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, núm. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp.545-563.

Allan R. Brewer-Carías, «El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional» en Eduardo Andrés Velandia Canosa (Coordinador), *Homenaje al Maestro Héctor Fix-Zamudio. Derecho Procesal Constitucional. Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional* Mayo 26, 27 y 28 de 2010, Bogotá 2010, pp. 289-295.

Allan R. Brewer-Carías, «El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordiandores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho, (Homenaje Venezolano),* Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Editorial Jurídica Venezolana (EJV), Caracas 2012, pp. 261-279.

Allan R. Brewer-Carías, «El derecho de amparo contra todos los actos estatales y el control de convencionalidad en América Latina», en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, (Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez, Diego Valadés, Coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional Autónoma de México, Tomo III, México 2015, pp.21-56.

Allan R. Brewer-Carías, «Notas sobre los derechos sociales en la Constitución venezolana reforzados a partir de 1947, y su probable inspiración en los principios de la Constitución mexicana de 1917», en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinadores), *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional*, segunda parte, Centenario 1917-2017 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Senado de la República — LXIII Legislatura Secretaría de Cultura Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México 2018, pp. 253-267.

AL *MAESTRO FIX* CON CARIÑO Y PERENNE GRATITUD ¡HASTA SIEMPRE, POR SIEMPRE!

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

I

Es muy difícil poder expresar en estos breves minutos lo que el *Maestro Fix* —como le decíamos con cariño sus discípulos en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM—, ha significado en mi vida académica, profesional y personal. Especialmente a un año de su sensible partida que seguimos lamentando profundamente. Como discípulo, he tenido la fortuna de estar muy cerca de su pensamiento y magisterio, conocer su grandeza de espíritu, fino humor, inteligencia, bonhomía y extrema generosidad, particularmente en los últimos veinticinco años.

Tuve la oportunidad de que prologara mi tesis doctoral convertida en libro[1] y otras obras[2]; preparar una recensión a uno de sus libros más emblemáticos[3] y presentar una de sus monografías[4]; participar[5] y coordinar la obra homenaje en XII

[1] Fix-Zamudio, Héctor, «Prólogo» a mi libro *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado,* México, Porrúa, 2000.

[2] Fix-Zamudio, Héctor, «Prólogo» a mi libro *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica,* Querétaro, Fundap, 2002. Asimismo, redactó el «Estudio introductorio» de mi libro *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional,* Madrid, Marcial Pons-UNAM, 2017 (segunda reimpresión de la primera edición de 2013). Véase también «Prólogo» a la obra que coordiné, *Derecho procesal constitucional,* 5ta. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, IV tomos.

[3] Recensión a su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo,* 2da. ed., México. Porrúa-UNAM, 1999, XXIV-802, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Madrid, CEPC, núm. 5, 2001, pp. 590-596.

[4] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «Presentación» a la obra de Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al derecho procesal constitucional,* Querétaro, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002.

[5] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «Obra homenaje al gran jurista Héctor Fix-Zamudio», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLII, núm. 124, enero-abril de 2009, pp. 519-523.

tomos con motivo de sus 50 años como investigador jurídico[6]; coordinar obras[7] y redactar libros y ensayos conjuntos[8]; escribir sobre sus aportaciones[9] y una semblanza de su vida[10]; colaborar en obras que coordinó[11]; participar como ponente en los homenajes que le rindió la Corte Interamericana de Derechos Humanos[12] y el Colegio Nacional[13]; fundar con su apoyo el *Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*[14] y la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitu-*

---

[6] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho,* México, UNAM-IIJ, 2008, XII tomos.

[7] Fix-Zamudio, Héctor, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el Mundo,* México, Porrúa-IIJ/ UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, 2006; Fix-Zamudio, Héctor, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La constitución de 1917. Influencia extranjera y derecho comparado*, México, Senado de la República/UNAM-IIJ, II tomos, 2017.

[8] *Derecho de Amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2011; *Las sentencias de los tribunales constitucionales,* México, Porrúa-UNAM-IMDPC, 2009; y «Las garantías constitucionales en México: 200 años», en García Ramírez, Sergio, *El derecho en México: dos siglos (1810-2010),* tomo 1: Derecho Constitucional, Valadés, Diego (coord.), 2010, pp. 237-313.

[9] «Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho Procesal Constitucional», en Vega Gómez, Juan, y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 187-210. Asimismo, véanse nuestros trabajos: «Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional», en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, op. cit.,* tomo I, pp. 529-657; y «El primer estudio sistemático sobre el derecho procesal constitucional. La gran aportación de Fix-Zamudio», en *Revista Jurídica del Perú,* Lima, t. 89, julio de 2008, pp. 15-27.

[10] «Semblanza del Maestro Héctor Fix-Zamudio», en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, op. cit.,* tomo I, pp. XXXVII-XLII.

[11] Por ejemplo, mi colaboración «Justicia y constitucionalismo social», en Fix-Zamudio Héctor, y Valadés, Diego (Ccoords.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contempoaneo,* 2da. ed. México, UNAM-El Colegio Nacional, 2011, pp. 109-136.

[12] *Homenaje de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Juez Héctor Fix-Zamudio con motivo de sus 90 años de vida*, celebrado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el viernes 5 de septiembre de 2014, en el Aula de Seminario «Guillermo Floris Margadant» de dicho Instituto; con la participación de Héctor Fix Fierro (director del IIJ), Humberto Sierra Porto (presidente de la Corte IDH), Sergio García Ramírez (ex presidente de la Corte IDH), José de Jesús Orozco Henríquez (ex presidente de la Comisión IDH), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (juez de la Corte IDH) y el homenajeado Héctor Fix-Zamudio (ex presidente de la Corte IDH). La Corte IDH ya le había realizado un homenaje cuando terminó su mandato como juez: *Liber Amicorum* Héctor *Fix-Zamudio,* San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, II vols.

[13] *Homenaje a Héctor Fix-Zamudio,* El Colegio Nacional, 2 de septiembre de 2021. Coordinadores y participantes: José Ramón Cossío Díaz y Diego Valadés. Participantes: Antonio Lazcano Araujo, Raúl Contreras Bustamante, Susana Lizano Soberón, María Elena Medina-Mora, Pedro Salazar Ugarte y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Y su hija Cristina Fix-Fierro a nombre de la familia.

[14] El doctor Héctor Fix-Zamudio es presidente honorario del *Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, fundado en 2004, con motivo del Congreso Internacional sobre la materia,

cional[15]; destacar su influencia en mi vocación académica y contar algunas anécdotas en viajes compartidos[16]; así como expresar lo que estimo significa el Maestro Fix para las *generaciones* de juristas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM[17].

Con especial significado para mi persona representa el haber sido recordado por el Maestro Fix en sus *memorias académicas y recuerdos personales* en varios pasajes, como al narrar aquel maravilloso viaje compartido a Lima, Cuzco y Machu Pichu con su inseparable esposa María Cristina, con motivo del doctorado honoris causa que recibió por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y mi resistencia por comer el plato tradicional de la región en Cuzco: el cuy asado[18]. En lo personal, fue uno de los dos testigos de mi boda civil, estuvo presente en los bautizos de mis hijos, y mi relación de maestro-discípulo con los años se convirtió en profunda amistad, incluso como a cualquier padre le pedía consejos de tipo personal, académico o profesional.

Había preparado unas palabras sobre sus aportaciones como juez interamericano, al ser una faceta que no se conoce tanto, ya que nunca formuló un voto individual en sus doce años como juez, seis de los cuales fue su presidente. Lo dejaré para otra ocasión. He decidido, en cambio, dejar sentado en esta breve intervención solo dos de sus grandes aportaciones: la utilización del método comparativo (especialmente en materia de amparo y derecho procesal constitucional) y su aportación como «puente» entre los derechos nacional e internacional de los derechos humanos.

II

Conocí al Maestro Fix como se conoce a los verdaderos *Maestros,* a través de su obra escrita. Lo leí por primera vez como estudiante en mi natal Tijuana, Baja California, cuando estudiaba derecho en la Universidad Autónoma de Baja Cali-

---

celebrado en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. El *X Congreso Mexicano* fue celebrado en junio de 2022, en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, de la Ciudad de México.

[15] Esta Revista es publicada por la Editorial Porrúa y el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, de manera semestral desde 2004. El Maestro Fix es también presidente honorario de dicho Instituto.

[16] Epistolario: carta al «Doctor Héctor Fix-Zamdio, Investigador Emérito», en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, op. cit.,* Tomo I, pp. 83-84.

[17] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «Momentos generacionales», en Marquez Romero, Raúl, y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Jurídicas: 80 años de identidad,* México, UNAM-IIJ, 2020, pp. 75-79.

[18] Fix-Zamudio, Héctor, *Universitario de vida completa. Memorias académicas y recuerdos personales,* México, Porrúa-UNAM, 2016, p. 279.

fornia. Desde estudiante me apasionó el juicio de amparo. En aquella época mi padre ejercía la abogacía y en la pequeña biblioteca de su despacho tenía un libro que hoy guardo como un tesoro: *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos* (México, UNAM, 1980); libro que el Maestro Fix dedicó «Al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en su cuadragésimo Aniversario como Instituto de Derecho Comparado». Aquí el Maestro Fix destacaba la vocación del IIJ como *Instituto de Derecho Comparado*, no solo porque con ese nombre nació en 1940, sino por su verdadera vocación institucional, lo cual es muy significativo, por lo que diremos más adelante sobre la gran aportación del Maestro Fix a los estudios comparatistas en México.

Es una obra que podríamos encuadrar dentro de una de las pasiones del Maestro Fix, la del *Derecho procesal constitucional comparado*. Se trata de un estudio de los sistemas de justicia constitucional en Europa, en especial de Austria, Alemania Francia, Suiza, Italia, España y Portugal. Además de comprender el estudio de los tribunales constitucionales en los países socialistas y un análisis de los primeros tribunales constitucionales en Latinoamérica: la Corte Constitucional de Guatemala, el Tribunal Constitucional chileno, el proyecto de Corte Constitucional de Colombia y los Tribunales de Garantías Constitucionales en Ecuador y Perú. Incluso, el último capítulo se refiere a los tribunales constitucionales de Turquía, Chipre, Grecia, Corea y Vietnam del Sur, y de Irak.

Esta obra resulta verdaderamente impactante desde la perspectiva del derecho comparado. Estamos hablando de que este libro se publicó en 1980, año en que recién se nombraron los magistrados del Tribunal Constitucional en España y un año antes de publicarse la influyente obra de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*[19]. En esa época la literatura jurídica en español sobre los tribunales constitucionales resultaba escasa, además de la dificultad en el flujo de información. La bibliografía utilizada por el Maestro Fix es básicamente de autores alemanes, italianos y franceses, así como autores importantes de habla hispana (entre los españoles figuran Francisco Rubio Llorente, Jesús González Pérez y su maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, entre otros). El autor más citado, por cierto, es Mauro Cappelletti, cuyo importante libro sobre *La jurisdicción constitucional de la libertad* —precisamente un estudio comparado a la luz de los ordenamientos alemán, suizo y austriaco—, fue traducido por el propio Maestro Fix casi dos décadas antes[20], incorporando al final de esta obra, un importante apéndice monográfico sobre «La jurisdicción consti-

[19] Madrid, Civitas, 1981.

[20] Cappelletti, Mauro, *La garantía jurisdiccional de la libertad: con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco,* trad. de Héctor Fix-Zamudio, pról. de Mariano Azuela, México, UNAM-Instituto de Derecho Comparado, 1961.

tucional mexicana». Esta magnífica contribución la incorpora, en palabras del propio Fix-Zamudio, debido a «la conveniencia de hacer una exposición sistemática de las instituciones mexicanas, que en algunos aspectos guardan semejanza con los recursos constitucionales y de derecho público de los derechos alemán, suizo y austriaco, que con tanta brillantez y profundidad son analizados por el jurisconsulto italiano»[21].

Traigo a cuento esta experiencia personal, porque creo que una de sus grandes aportaciones que quisiera destacar en estos breves minutos es su inconmensurable aportación jurídica a los estudios sobre *derecho comparado*, particularmente en México y en general en Latinoamérica. El Maestro Fix constituye un parteaguas en la manera en que se estudiaba el derecho en México, al introducir la perspectiva histórico comparativa como método de estudio. Esta perspectiva se debió, como el propio Maestro Fix destacó en múltiples ocasiones, a la influencia de su maestro don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo[22]. Incluso, su primer contacto y de alguna manera ingreso al entonces *Instituto de Derecho Comparado,* se debió a la recomendación del eximio jurista español, de acudir a la biblioteca de dicho Instituto para nutrir su tesis de licenciatura de 1955[23]; tesis que el propio Alcalá-Zamora al final dirigió y que lleva precisamente el título del congreso en el que nos encontramos: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana*[24]*,* evidentemente influenciado por el famoso e influyente trabajo de Kelsen de 1928[25]. De ahí que no sea casual la temática del presente congreso, siendo en realidad un homenaje a estos dos grandes juristas, que hoy también recordamos en las conmemoraciones de los 100 años del *Verfassungsgerichtshof Österreich*, así como de los cuarenta años del Tribunal Constitucional español.

---

[21] Fix-Zamudio, Héctor, «La jurisdicción constitucional mexicana», en la obra de Mauro Cappelletti, *op. últ. cit*., pp. 131-247, en p. 131.

[22] Fix-Zamudio, Héctor, *Universitario de vida completa. Memorias académicas y recuerdos personales, op. cit*. Pp. 63-64.

[23] *Ibidem*, p. 64. Asimismo, Fix-Zamudio, Héctor, «Mi ingreso y permanencia en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM», en Bernal Beatriz, Méndez-Silva, Ricardo y Witker, Jorge (Coords.), *Testimonios y remembranzas acerca del Instituto de Investigaciones Jurídicas. 75 años,* México, UNAM-IIJ, 2015, pp. 1-9.

[24] Y con subtítulo *Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, Tesis de licenciatura, UNAM, 1955, facsimilar publicado como número 100 de la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa-UNAM-IMDPC, 2015.

[25] «La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle), en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger,* pp. 197-257. También publicado al año siguiente con el mismo título en *Annuaire de l'Institut de Droit Public,* 1929, pp. 52-143. Existe traducción al español por Rolando Tamayo y Salmorán, México, IIJ-UNAM, 1974. Una revisión de esta traducción fue realizada por Domingo García Belaunde y publicada en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* México, Porrúa-IIDPC, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 3-46.

La tesis de licenciatura fue su primera investigación jurídica. Tardó cinco años en redactarla y claramente se advierte su vocación comparatista. Esta tesis, a nuestro juicio, constituye «el primer estudio sistemático sobre el derecho procesal constitucional»[26], que durante décadas desarrollo. El Mtro. Fix ya dejaba sentado lo que durante más de sesenta años aportó: la utilización de un riguroso método comparado[27], especialmente en materia de amparo[28], derecho procesal[29], derecho constitucional[30], justicia constitucional[31], derechos humanos[32], poder judicial[33], *ombudsperson*[34], y derecho internacional de los derechos humanos[35]. Y dejando

[26] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «El primer estudio sistemático sobre el derecho procesal constitucional. La gran aportación de Fix-Zamudio, *en Revista Jurídica del Perú,* tomo 89, Julio de 2008, Lima, pp. 15-27.

[27] *Ensayos sobre Metodología, docencia e investigación jurídicas,* México, UNAM, 1981, con múltiples ediciones posteriores por la Editorial Porrúa, con el título *Metodología, docencia e investigación jurídica,* 1ra. ed. por esta casa editorial en 1981.

[28] Véase, sobre todo, sus trabajos reunidos en *El juicio de amparo,* México, Porrúa, 1964. Asimismo, *Ensayos sobre el Derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, con varias ediciones posteriores por la Editorial Porrúa; *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño* (con Ríos Espinoza, Alejandro, y Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, México, Instituto de Derecho Comparado-UNAM, 1963; y *El derecho de amparo en el mundo* (coord. con Eduardo Ferrer Mac-Gregor), México, Porrúa-IIJ/UNAM, 2006.

[29] Véanse, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974; *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982; *Derecho procesal* (con José Ovalle Favela), México, UNAM, 1991, con varias ediciones posteriores.

[30] Véase, especialmente, *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona), México, Porrúa, 1999, con varias ediciones posteriores. Asimismo, *Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana (sancionado en Apatzingán, el 22 de octubre de 1814,* México, Senado de la República, 2010. También, *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional* (coord. con Eduardo Ferrer Mac-Gregor), *op. cit.; Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo* (coord. con Valadés, Diego), México, El Colegio Nacional-UNAM/IIJ, 2011; y *Formación y perspectivas del Estado en México* (coord. con Valadés, Diego), México, El Colegio Nacional-UNAM/IIJ, 2010.

[31] Entre otros, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos, op. cit.; Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional* (con Salvador Valencia Carmona), México, UNAM, 2013, con ediciones posteriores en Porrúa; y *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, CNDH, 1993, con ediciones posteriores.

[32] Por ejemplo, *México y las declaraciones de derechos humanos* (coord.), México, IIJ/UNAM-CNDH-Corte IDH, 1999.

[33] Véase, entre otros, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano* (con José Ramón Cossío Díaz), México, Fondo de Cultura Económica, 1996, con varias ediciones posteriores; *El consejo de la judicatura federal* (con Héctor Fix-Fierro), México, UNAM, 1996.

[34] Véanse, entre otros, *Justicia constitucional,* ombudsman *y derechos humanos*, México, CNDH, 1993, con ediciones posteriores; y *Las recomendaciones generales de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,* México, UNAM, 2018.

[35] Entre otras, véanse *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* México, CNDH, 1998, con ediciones posteriores; e *Introducción al derecho procesal internacional* (con Héctor Fix-Fierro)*,* México, Porrúa-UNAM-IMDPC, 2019.

sentado desde entonces una de sus grandes aportaciones: el desarrollo científico de la nueva disciplina del *Derecho procesal constitucional*[36]. De ahí que sea considerado «como uno de los más destacados juristas mexicanos, o acaso el que más, en la segunda mitad del siglo XX y lo que va del XXI»[37].

Como lo he expresado en otras ocasiones, la vocación del Maestro Fix por el derecho comparado impregnó la esencia y vocación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (de ahí la dedicatoria de su libro a que nos referimos al principio de mi intervención). Instituto que precisamente naciera en 1940 como *Instituto de Derecho Comparado*, convertido en 1967 en *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Esta vocación comparatista del hoy IIJ de la UNAM, queda también reflejado en la fundación en 1948 del *Boletín de Derecho Comparado*, hoy *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, cuyo primer número de la nueva serie, fuera publicado en enero-abril de 1968, cuando era director del IIJ el Mtro. Fix[38]. Podemos afirmar que el Mtro. Fix incorporó de manera notable los estudios sobre la metodología comparatista, que muy poco se realizaba en aquellos años en México. También logró la profesionalización de la investigación jurídica en su etapa como director del IIJ de la UNAM (1966-1978). Su congruencia y ejemplos de vida, su decidida vocación universitaria y humanista, su dedicación a instituciones e ideas que pregonan la libertad y la defensa de los derechos humanos en el más amplio sentido, han marcado el derrotero del Instituto de Investigaciones Jurídicas, su casa, convirtiéndose en la estrella polar de las generaciones de investigadores de ayer, hoy y seguramente de mañana, que se benefician con su luz y perenne magisterio[39]. El Maestro Fix representa, como

---

[36] Desde su primer artículo ya dejaba ver sus aportes a esta disciplina, véase Fix-Zamudio, Héctor, «La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional, en *Revista de la Facultad de Derecho de México,* núm. 24, tomo VI, oct-dic. de 1956, pp. 191-211. Debe destacarse una aproximación a esta disciplina desde su tesis de licenciatura antes referida de 1955, reproducida junto con otros trabajos de derecho comparado, en su magnífica obra *El juicio de amparo,* pról. de Antonio Martínez Baez, México, Porrúa, 1964. Sobre sus aportaciones al derecho procesal constitucional, no puedo dejar de mencionar su ensayo «Algunas breves reflexiones sobre la defensa constitucional del ordenamiento mexicano», publicada en *El Colegio Nacional* en 1991, posteriormente publicado a manera de libro en los Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, bajo el título *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2d. ed. 1998. Con posterioridad y de manera actualizada aparece en Porrúa: *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano,* con varias ediciones hasta la fecha. Asimismo, *Introducción al derecho procesal constitucional, op. cit.,* 2002.

[37] García Ramírez, Sergio, Reseña bibliográfica precisamente a la tesis de licenciatura de 1955 de la obra de Fix-Zamudio, Héctor, en la edición facsimilar publicada en Porrúa de 2015, en *Cuestiones Constitucionales,* México, UNAM, núm. 37, 2017, pp. 337-343, en p. 337.

[38] El número 163 es el más reciente, enero-abril de 2022.

[39] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «Momentos generacionales», en *Jurídicas: 80 años de identidad, op. cit.*, p. 76.

lo expresara su hijo Héctor Fix-Fierro, también director del IIJ, el «ancla de las generaciones del Instituto»[40].

III

Una segunda aportación que creo fundamental y quiero destacar el día de hoy, es el «puente» que sus estudios y pensamiento representaron en México, entre los derechos nacional y el internacional de los derechos humanos. Si bien el Maestro Fix fue un juez que marcó época en la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a manera de uno de sus padres fundadores que forjaron la primera jurisprudencia interamericana, también es cierto que fue un visionario y un jurista muy adelantado a su tiempo, como lo demuestra su obra escrita. El anclaje que se tenía en México en «las garantías individuales»—como sinónimo de los derechos fundamentales y no como auténticas garantías constitucionales—, fue superado con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, en gran medida debido al pensamiento preclaro, enseñanzas y magisterio del Maestro Fix durante décadas.

El Maestro Fix fue un gran juez de la Corte Interamericana (1986-1998). Curiosamente durante su mandato México no había reconocido la jurisdicción contenciosa de dicho tribunal. Eventualmente nuestro país aceptó la competencia contenciosa prácticamente al concluir su periodo como juez interamericano, en diciembre de 1998. Y esto también se debe a la intercesión que el juez Fix-Zamudio realizara con el entonces presidente de México, el doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, que lo había invitado previamente a ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia en 1994 y que declinó; de la misma forma que declinó el ofrecimiento de otros presidentes de la República, manteniendo su decisión inquebrantable de seguir su vocación y dedicar su vida a la docencia e investigación jurídicas.

Esta contribución desde lo académico a través de sus investigaciones y docencia, así como desde lo práctico, como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, propició e incentivó una interacción fundamental entre los derechos nacional e internacional. El debate en México en torno a los derechos humanos tuvo un cambio paradigmático, especialmente desde la mencionada reforma constitucional de 2011. Un cambio de rumbo en la que el Maestro Fix ha sido uno de

[40] Fix-Fierro, Héctor, «Prólogo: Héctor Fix-Zamudio y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM», en la obra *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, op. cit.*, tomo I, pp. XV-XXV, en p. XXV.

sus más ilustres artífices, tanto en su construcción como en su consolidación, dado que concretiza sus aportaciones y enseñanzas realizadas por décadas. Por ello, no es exagerado sostener que el Maestro Fix ha sido en verdad un «puente» entre el derecho nacional e internacional de los derechos humanos y que gran parte de la transformación jurídica que ha experimentado nuestro país en los últimos años, no hubiese sido posible sin su trascendental labor como juez y académico de los derechos humanos. Los criterios que fueron desarrollados desde la más temprana jurisprudencia en la que participó el juez Fix-Zamudio hoy en día siguen siendo fundamentales y su doctrina como académico ha permeado el pensamiento jurídico, especialmente del derecho público en México e Iberoamérica[41].

IV

Permítanme concluir con algo muy personal que hoy me nace del corazón compartir. La última vez que lo visité en su casa, en la recámara donde se encontraba en cama, me expresó el deseo profundo de «unirse pronto y en plenitud» con su esposa María Cristina y con sus dos hijos varones, Carlos Enrique y Héctor Felipe, cuyas pérdidas sufrió intensamente. Estoy seguro que ahora que está con ellos, *en plenitud*, está sonriendo, porque lo estamos recordando, con esa sonrisa llena de bondad que tanto le caracterizaba. Seguro que está sonriendo porque estamos reunidos sus discípulos, colegas y amigos, recordando en este congreso a su persona, pensamiento y enseñanzas. Alguna vez me comentó que lo que más disfrutaba de la vida académica eran los congresos, la conversación con sus colegas y amigos, la sobremesa después de una buena comida o cena. Disfrutaba compartiendo con mil y un anécdotas. Estoy seguro que seguirá sonriendo porque está hoy muy presente en este congreso, no solo en las jornadas académicas, sino también en la grata conversación de las comidas y cenas; pero sobre todo, está sonriendo porque está en el *corazón* de sus discípulos y amigos, de quienes tuvimos la fortuna de conocer su grandeza intelectual, su magisterio y bondad personal. Su sonrisa, pensamiento, enseñanzas y recuerdo estarán vivos con nosotros y lo seguirán estando en cada congreso.

¡Hasta siempre, por siempre, querido Maestro Fix!

[41] *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «Homenaje de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al juez Héctor Fix-Zamudio con motivo de sus 90 años de vida», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, IIJ-UNAM, vol. 48, no 143, mayo-agosto, 2015, pp. 873-878.

EN RECUERDO A HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Domingo García Belaunde
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Con verdadero entusiasmo he asistido a este evento celebrado en Madrid, dedicado al «derecho procesal constitucional» y en donde rendimos obligado homenaje a la eminente figura de Héctor Fix-Zamudio. Y esto merece una explicación.

Como todos sabemos, el problema de la defensa de la Constitución, es algo que preocupa desde siempre y en sus más diversas formas. La más antigua y la más venerable es la defensa política, que aun hoy se estila, pero lo que ha preocupado a los espíritus básicamente es la defensa jurídica, pues es propiamente lo nuestro. Y esto surge, por lo menos como preocupación, desde la llamada «revolución atlántica» que da nacimiento al constitucionalismo moderno con las constituciones norteamericana de 1787 y las francesas que se suceden desde 1791.

El primer paso, como todos sabemos, nace y se asienta recién a partir del célebre caso «Marbury vs. Madison» de 1803, si bien, como en todo, existen antecedentes que lo explican —en varias en las antiguas colonias— si bien solo a partir de ese año surge con propiedad el llamado «judicial review». Y en Europa, si bien con antecedentes como el de Sieyès con su «jury constitutionnaire» y las explicaciones de Jellinek en su célebre opúsculo de 1885 sobre un tribunal constitucional para Austria, el problema en puridad surge en 1919 con el proyecto de tribunal constitucional aprobado por el Asamblea Constituyente austriaca —con proyecto de Kelsen— y su posterior formalización en las constituciones de Austria de octubre de 1920 y con anterioridad, pero con evidente influencia austriaca en febrero del mismo año en la novísima Checoslovaquia, creación de Masaryk.Y que fue conocida entonces —sobre todo a partir de 1928— como «jurisdicción estatal», «jurisdicción constitucional» o el más poético de «justicia constitucional»(propuesta de Ch.Einseman en esa época).En puridad, el caso de Checoslovaquia es más curioso que interesante, pues era un nuevo país— como lo era Austria en

aquel entonces —pero no tuvo prácticamente ninguna actividad jurisdicciónal, para desaparecer, para siempre, en 1938.Hoy día el país no existe, a diferencia de Austria que se desarrolla con ímpetu en el concierto europeo.

Esa influencia llega a España y se plasma en la Constitución de 1931 de la Segunda República, en donde se incorporan la figura del Amparo, influencia del mexicano Alfonso Reyes, entonces residente en la península, y el Tribunal de Garantías Constitucionales, como órgano de control concentrado.

Todo esto dio lugar a una preocupación en 1931 en España que lo recoge la figura de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, quien con los años sería un destacadísimo procesalista y traductor acreditado, que iba a tener una gran trascendencia. Él fue quien invento el concepto «derecho procesal constitucional» en 1933, en Santiago de Compostela, si bien por los agitados días en que ejerció su magisterio no tuvo mayor eco. Con el tiempo, tuvo que salir de España por los avatares de la guerra civil, en compañía de su padre el presidente Niceto Alcalá Zamora y Torres con destino a la Argentina. En este país se encontró con una escuela procesal de renombre liderada por Hugo Alsina y ahí divulgó el concepto en los años 1944-1945.Trasladado a México en 1946, hizo lo propio en ese país, en donde residió largos años y tuvo un fecundo magisterio. Y entre sus discípulos destacó Héctor Fix-Zamudio, a quien debemos mucho. Lo curioso es que una sola persona se encargó de trasladar el nuevo concepto: de España a Argentina y de aquí a México. Y esto en un periodo relativamente breve: de 1933 a 1947.

La presencia de la emigración española a México fue importante no solo por quienes llegaron a ese país, sino por todo lo que renovaron, en especial en los campos de la Historia, la Filosofía y el Derecho, al margen de las traducciones.

Fue en concreto desde 1955, que desde México y por decisión propia de Héctor Fix-Zamudio, que se irradió y desarrolló esta tendencia de defensa de la Constitución a través del proceso. Y el planteo lo hizo quien además era un hombre con formación procesal, si bien luego extendió sus intereses a otros ámbitos del Derecho. En esto tuvo el concurso o el apoyo a la distancia de varios profesores: Hugo Alsina, en la Argentina, Eduardo J. Couture,en Uruguay y Mauro Cappelletti en Italia.

Lo más curioso es que esta creación nacida en España, solo se ha desarrollado en la América Latina, o mejor dicho, en Hispanoamerica. El tema, si bien con variadas ópticas, se ha desarrollado sobre todo en nuestro área y en especial en la Argentina,Mexico,Brasil,Perú…..Y esto ha sido acompañado de creación de catedras,de eventos nacionales e internacionales y asociaciones de distinto orden (de lo que destacamos la actividad del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, ahora presidido acertadamente por el maestro mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor), así como revistas especializadas. Por cierto, que siendo muy joven la disciplina, hay discrepancias en cuanto a su naturaleza y alcance. Si bien,

por los vientos que soplan en la doctrina hay una mayor tendencia a que sea considerada procesal. Y si esto es así, el antañón nombre de «justicia constitucional» pierde peso epistémico e histórico. Hace cien años o más, se hablaba de justicia civil o de justicia penal, pero eso desapareció, quedando en algunos sectores que aun hablan de justicia militar, cuando lo propio es hablar de un derecho procesal militar. Y mientras esto no se entienda, se avanzará muy poco en el desarrollo de los fundamentos de la disciplina.

Hay otro aspecto de Héctor Fix-Zamudio que hay que rescatar: su calidad humana y su dedicación a la disciplina, lo que se demuestra con los numerosos viajes que ha realizado en nuestra América y por cierto a otros países fuera del área. Pero su presencia, física e intelectual se ha hecho sentir durante estos largos años.

En lo personal, debo decir que tengo con Fix-Zamudio una deuda impagable. Lo conocí en 1975 en la ciudad de México, precisamente con motivo del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (luego han seguido varios más que suman un total de catorce y se prepara el decimoquinto para fines de año en la ciudad peruana de Arequipa). Y desde entonces me he visto con él con mucha frecuencia —no solo en México sino en otros países latinoamericanos y además en España e Italia— y hemos intercambiado un nutrido epistolario, primero en forma física y en los últimos tiempos vía fax primero y por correo electrónico, después. Sus enseñanzas perduran en el tiempo y su calidad humana nos sigue sorprendiendo. Ese es el mensaje que quiero dejar en esta ocasión tan propicia.

EL LEGADO DEL MAESTRO HÉCTOR FIX-ZAMUDIO AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL MEXICANO. APROXIMACIONES

Cecilia Mora-Donatto
Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

1. Preámbulo

Distinguidos miembros del presídium, es para mí es un verdadero honor estar en esta Casa de Estudios, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que fue en la década de los noventa también mi casa, evocando la figura de un mexicano ejemplar, de un hombre bueno y de un académico excepcional; a quien la palabra que mejor lo define es la de MAESTRO (así con mayúsculas).

Referirse a Héctor Fix-Zamudio, es hablar, sin duda, de un gran Maestro. Formador de varias generaciones de alumnos en Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y fuera de ella. Aquí mismo, en este Centro, él fue también mi maestro. Aludir a Héctor Fix —Zamudio es recordar a un académico de avanzada, visionario en el ámbito del derecho constitucional en general y en amparo, pero, especialmente, constructor del moderno derecho constitucional y procesal constitucional mexicanos.

2. Breves referencias a sus contribuciones al derecho procesal constitucional

Hoy se nos ha convocado para hablar de sus aportaciones al derecho procesal constitucional. Pero ello no es obstáculo para que, aunque sea brevemente, me refiera al Maestro Fix como uno de los académicos mexicanos que más contribuyó al desarrollo y consolidación de por lo menos, dos instituciones; en primerísimo lugar del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM ya que gracias a su entrega y dedicación éste creció y se afianzó notablemente durante su dirección.

También impulsó otras instituciones como las dedicadas a la defensa de los derechos humanos. El ombudsman, o defensor del pueblo, llegó al derecho mexicano del estudio y la pluma de Don Héctor. En 1985 se creó en el seno de la propia Universidad la Defensoría de los Derechos Universitarios, en el rectorado de Jorge Carpizo, su discípulo dilecto. Ni que decir de su participación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en doce años lo llevó a ser presidente y vicepresidente.

Para cumplir con lo solicitado me referiré a sus contribuciones en el ámbito del derecho procesal constitucional. Haciendo una revisión de la obra del Maestro Fix-Zamudio me parece que sus aportaciones surgieron a partir de sus primeros escritos, es decir, de la tesis que defendió para obtener el título de licenciado en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM y que presentó con el título de: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, defendida en enero de 1956 y dirigida por el gran procesalista mexicano José Castillo Larrañaga y posteriormente por Don Niceto Alcalá Zamora y Castillo quien fue, a la postre, su gran maestro.

A. Vistazo al contexto internacional y nacional en el que surge la tesis de licenciatura de Héctor Fix-Zamudio

Me parece que para intentar entender que pudo estar pensando el autor de la tesis referida cuando la escribía y para comprender de mejor manera las aportaciones de ese texto es conveniente contextualizar el periodo en el que se escribe y aparece y cuestionarnos ¿qué sucede en el mundo durante la década de los años cincuenta?

En 1952 Puerto Rico se adhiere como Estado Asociado a los Estados Unidos. Un año más tarde es coronada la reina Isabel II; se está celebrando actualmente su jubileo de platino (70 años)[1]. En 1955, un año antes de que Fix-Zamudio concluyera su tesis, Rosa Parks pasó a la historia por negarse a dar un lugar en el autobús a un hombre blanco en Montgomery, Alabama, por lo que acabó en la cárcel, provocando, así, el movimiento más grande en Estados Unidos de América en favor de los derechos civiles y en ese mismo año es derrocado Juan Domingo Perón en Argentina.

[1] En junio de 1950 (junio-julio) se llevó a cabo el Mundial de Futbol en Brasil (después de haberse interrumpido las dos ediciones anteriores 1942 y 1946 por las 2ª. Guerra Mundial) y se recuerda particularmente es torneo de futbol por el conocido como: «maracanazo» por la victoria de 2-1 de Uruguay sobre el anfitrión, Brasil.

En 1954 muere Frida Kahlo y Diego Rivera en 1957.

Tres años después en 1958 también derrocan, en Venezuela, a Marcos Pérez Jiménez y durante esos años Cuba se encuentra sometida a la dictadura de Fulgencio Batista (derrocada hasta 1959).[2]

Para describir al México de esa década suele recurrirse a una frase común y recordar que éste vio pasar por el balcón las dictaduras latinoamericanas. Pero conviene advertir que durante ese periodo México experimentó el esplendor de la Presidencia Imperial que implicaba la hegemonía de un partido que dominaba todos los ámbitos de la vida política, económica y social del país.

B. Su interés por el juicio de amparo y la defensa de los derechos humanos

En el anterior contexto, sucintamente referido, ve la luz, de la mano de sus directores, la obra-tesis de Fix-Zamudio, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* con una notable influencia kelseniana, nutrida por el pensamiento italiano de Piero Calamandrei, Mauro Cappelletti y especialmente, como hemos señalado, de otro muy destacado procesalista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo.

Qué fue lo que hizo Fix-Zamudio en ese trabajo de investigación, tan reconocido y laureado, cuando apenas tenía 30 años; voy a recurrir y hacer mías las palabras de Antonio Martínez Báez, un muy destacado jurista, historiador y político mexicano, que afirmó textualmente lo siguiente:

> Fix-Zamudio ha sometido al juicio de amparo a un análisis técnico y sistemático con base en la disciplina científica del derecho procesal lo que permite lograr con éxito la clasificación ordenada, clara y sencilla de los distintos y complicados temas de ese juicio.

No quiero, con base en la cita de Martínez Báez, dejar la impresión de que antes de dicha obra no se hubiera analizado esa garantía que enorgullece al derecho mexicano, desde luego que sí, pero los estudios de ese tiempo se hacían desde un punto de vista histórico y exegético, el mérito, a mi juicio, de la obra de Fix-Zamudio radica en que no sólo entendió al amparo como una muy destacada garantía para la defensa de los derechos de los mexicanos y como una importante aportación de la Constitución mexicana para el resto del mundo jurídico, además de eso, lo entendió como un instrumento procesal al que se tenía que aplicar todas las reglas de la teoría general del proceso y esto fue justamente lo que constituyó

[2] En 1957 Elvis Presley consagra el rock de la cárcel como uno de sus grandes exitos.

un gran avance para el estudio del juicio de amparo en México; Fix-Zamudio pensó que la manera correcta de concebir al juicio de amparo mexicano, para alcanzar una mayor eficacia del mismo, era situándolo bajo la egida del derecho procesal, aplicando a aquél todas las categorías de éste.

En suma, dicha obra constituyó la primera gran sistematización de ese juicio y todo cuanto se ha hecho en materia de amparo en México parte de esa aportación casi octogenaria de Fix-Zamudio.

Así inician, a mi juicio, las contribuciones del maestro Fix-Zamudio al ámbito del derecho procesal constitucional que continuarán en su basta obra integrada por 20 libros y más de 200 ensayos, publicados en 18 países en diversos idiomas como inglés, alemán italiano y portugués, entre otros. Nos parece pertinente señalar algunos de sus títulos más significativos para tener una idea de su amplia obra en la que podemos encontrar: *El juicio de amparo*, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*; *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*; *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*; *Metodología, docencia e investigación jurídicas*; *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*; *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*; *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*; *Ensayos sobre el derecho de amparo*; *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos,* que son sólo una muestra de su peramente interés por los derechos humanos y el destino común de la justicia en México y América Latina.

En toda su vasta obra puede apreciarse la evolución de su pensamiento, su impulso al derecho constitucional mexicano, al juicio de amparo y la protección de los derechos, ideas y nociones que llevó, entre otros países, a España, Portugal Colombia, Venezuela, Argentina, Uruguay, Chile y Perú y con ello no sólo estimuló y alentó a la comunidad académica de esas naciones, también nos entrelazó y hermanó, desde entonces y para siempre.

Sus aportaciones al derecho procesal constitucional mexicano no se acabarían ahí, en un ámbito más práctico que teórico, el maestro Fix-Zamudio también participaría y presidiría la *Comisión sobre justicia de amparo* constituida para la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia en 1983. Asimismo, estuvo presente en las reformas constitucionales de 1987 en materia judicial y en el nuevo rumbo de la justicia constitucional en 1995; formó parte de la comisión integrada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para redactar y perfeccionar el anteproyecto de reformas en materia de amparo, ley actualmente vigente.

3. Reflexión final

Héctor Fix-Zamudio fue, sin la menor duda, uno de los mejores tratadistas, y estudiosos, pero también, un gran divulgador del juicio de amparo y del derecho procesal constitucional en México y América Latina.

El pasado 27 de enero de 2022 se cumplió el primer año de su partida y todavía nos sigue haciendo falta a su familia, discípulos, amigos y alumnos, siempre sentiremos su ausencia, extrañaremos su mesura, sencillez y ejemplo. Será ineludible esperar para que, con el paso del tiempo, nuevamente ese polvo, esa ceniza, se concentre y se organice en otra estructura de igual finesa y con su enorme bonhomía.

Muchas gracias.

HECTOR FIX ZAMUDIO: PALABRAS DE HOMENAJE

Néstor Pedro Sagüés
Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires

Es un distinguido honor, en mi condición de Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, entidad que coorganiza el presente XII Encuentro Iberoamericano de esta disciplina, cerrar el número de oradores que se han referido a la meritoria figura de don Héctor Fix-Zamudio, presidente honorario que fuera del aludido Instituto.

Don Héctor fue un jurista en el que confluyeron varias cualidades. En lo social, resultó una persona culta, muy agradable, de afabilidad innata, conversación ingeniosa y con una infaltable dosis de buen humor. Tenía la rara virtud de hacerlo sentir muy cómo al interlocutor, y de sazonar con anécdotas y datos de sumo interés, algunos curiosos, cualquier diálogo. Ya en lo académico, fue un pensador que transmitía sus saberes con llaneza y convincente simplicidad. Era, en verdad, un pedagogo nato. Jamás recurría a fórmulas alambicadas o fantasiosas, o a argumentaciones cuya retorcida sofisticación encubriese un déficit de sustento. Fue, simplemente, y nada menos, un maestro. Podríamos decir que nació para enseñar. Y sus propuestas jurídicas, en natural correspondencia, tuvieron otro acierto destacable: fueron planteos pletóricos de sentido común.

Me atrevo a decir que respecto al derecho procesal constitucional, fue el gran arquitecto de la materia. Es cierto que recibió del jurista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo, su mentor, la valiosa acta formal de bautismo de la disciplina. Pero a don Héctor le tocó el tendido de sus rieles: los procesos constitucionales, encabezados por el amparo, instituto nacido en su tierra mexicana, y la magistratura constitucional, plasmada en cuerpos especializados (como las cortes y salas constitucionales) y no especializados (por ejemplo, ciertas cortes supremas, de vez en cuando más o menos metamorfoseadas en tribunales constitucionales, al estilo de Estados Unidos, México y Argentina). En palabras simples, con esque-

mas clasificatorios elementales, descripciones sustanciosas y muy bien logradas, Héctor Fix-Zamudio dibujó esos rasgos claves del derecho procesal constitucional. Incluso, delimitó sus fronteras, y repartió territorios con el derecho constitucional procesal.

Bien puede afirmarse que don Héctor lideró la eclosión fundacional de la asignatura «derecho procesal constitucional»; y que sin él, en lo institucional, las cortes y salas constitucionales de América Latina no habrían tenido el suceso que después alcanzaron. En tal sentido, pues, profesores, investigadores y constituyentes todos somos discípulos de él.

No puede tampoco omitirse, desde luego, su desempeño en la magistratura internacional y en el derecho procesal convencional, fundamentalmente por su tránsito en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que presidió, también en momentos decisivos para el tribunal. Ello facilitó su simbiosis como jurista investigador y como juez interamericano, sentando así las bases de un *jus constitutionale commune,* en momentos cruciales para el organismo. No sin lógico esfuerzo, supo así absorber el difícil tránsito del estado constitucional al estado constitucional y convencional de derecho.

Su rol de maestro se complementó con el trato tan benigno e iluminador que daba a quienes nos acercábamos a su prestigiosa figura. Inspiraba, por cierto, tanto respeto como afecto y confianza. Poseía el don de guiar, e incluso cuando corregía, lo hacía de tal modo que despertaba cariño en el así enmendado. Sus observaciones, en efecto, enriquecían a quien lo consultara, y el primer ganancioso era el requirente, aunque fuese muy amigablemente rectificado.

Deseo añadir otra faceta de nuestro maestro: lo gratificante que significaba trabajar con él en tareas, v. gr., de consultoría de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Lo impactante era, en ese trabajo cotidiano, tanto acceder y compartir sus conocimientos y prudencia judicial, como gozar de su personalidad sustancialmente humilde y accesible, no obstante resultar uno de los juristas cúspide de su medio.

La dedicatoria a Héctor Fix-Zamudio de este XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, que prosigue una saga iniciada hace casi veinte años en Rosario, Argentina, importa pues un justiciero reconocimiento a quien modeló la especialidad y sembró generosamente su saber.

CAPÍTULO III
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA

PRESENTACIÓN

Yolanda Gómez Sánchez
Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Debo comenzar estas breves líneas agradeciendo a los organizadores del XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Madrid del 9 al 11 de marzo de 2022, con el título «La garantía jurisdiccional de la Constitución. A cien años del *Vergassungsgerichtshof* Ósterreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España» su invitación para moderar la Mesa «Tribunales constitucionales y democracia», que ha reuni*ó* a cuatro insignes ponentes, Manuel Aragón Reyes, catedrático de Derecho Constitucional de la UAM y magistrado emérito del Tribunal Constitucional, Allan R. Brewer-Carías, profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela, Laurence Burgorgue-Larsen, catedrática de la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne y Pedro Salazar Ugarte, exdirector del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

I

El profesor Manuel Aragón Reyes comenzó su intervención precisando unos presupuestos teóricos esenciales para centrarse posteriormente en el núcleo de su ponencia sobre los tribunales constitucionales y la democracia. Como presupuestos teóricos enunció la interdependencia de la constitución y la justicia constitucional y el significado y función de la potestad jurisdiccional. Respecto de la interdependencia de la constitución y la justicia constitucional afirmó el profesor Aragón que la constitución es Derecho y que ello significa aceptar que los jueces deben aplicarla, «pues no hay Derecho sin la garantía judicial de su cumplimiento y eso exige, necesariamente, atribuir esa garantía a órganos de naturaleza jurisdiccional». En consecuencia, afirmó, la justicia constitucional no es otra cosa que la

aplicación jurisdiccional de la constitución. En opinión del profesor Aragón, la justicia constitucional del futuro deberá enfrentarse a transformaciones derivadas de los procesos de supraestatalización y de globalización que no la harán desaparecer, pero sí operar en ámbitos más extensos y complejos.

Destacó igualmente el ponente los peligros de un activismo judicial, tanto en el ámbito de la justicia ordinaria como en el de la justicia constitucional, que pudiera cuestionar incluso la propia división poderes. Precisó el profesor Aragón que por activismo judicial entendía «la laxitud interpretativa de los textos jurídicos y la suplantación por el órgano jurisdiccional de la potestad de otros poderes del Estado». Argumentó la importancia de huir de ese activismo mediante una reconsideración acerca de los «límites de la interpretación constitucional y de los excesos de las sentencias llamadas interpretativas». Igualmente destacó el problema generado por un activismo judicial en el que los órganos de la justicia constitucional pueden llegar a actuar como verdaderos agentes de cambio social, como sucede en las llamadas sentencias «estructurales» (mediante las que dichas sentencias pueden llegar a imponer al Estado obligaciones, normativas o ejecutivas, reservándose, en algunos casos, el control de su cumplimiento).

En cuanto a la relación entre la constitución y la justicia constitucional entendió el profesor Aragón que era importante destacar que el futuro de la justicia constitucional no puede ser otro que el futuro de la constitución, es decir, el futuro del Estado constitucional y democrático de Derecho. Por otro lado, cuando se refirió a la naturaleza de la función jurisdiccional los defectos del activismo judicial fueron objeto de su análisis, como antes se dijo. Comenzó con una tajante afirmación: sin un Poder Judicial independiente no existe la constitución, pero también es cierto —como señaló el profesor Aragón— que si tal poder suplanta en sus funciones al legislativo y al ejecutivo la constitución podría desaparecer. Resulta esencial al mantenimiento de la democracia que el activismo judicial no se involucre ni perturbe la labor del Legislativo y del Ejecutivo.

Avanzando en su exposición, el profesor Aragón entendió que para relacionar justicia constitucional y democracia es necesario partir de un significado muy preciso de ambos términos. Respecto del primero, el de democracia, defendió que no se trata de cualquier concepto sino el de democracia constitucional específicamente. Igualmente señaló que, bajo el concepto de Justicia constitucional no cabe referirse a cualquier modo de control de constitucionalidad, sino solo al que se encomienda a órganos jurisdiccionales independientes, jurídicamente solventes y que adoptan sus decisiones fundadas únicamente en razones de derecho.

A modo de conclusión, el profesor Aragón afirmó que «carece de sentido plantearse la relación entre justicia constitucional y democracia en términos de contradicción insalvable, puesto que, en la democracia constitucional, la justicia constitucional es requisito de la misma democracia». Para el profesor Aragón el

problema central es cómo se desarrolle esa relación. Si se produce dentro de los límites jurídicos, sin caer en el activismo procesal, no se produce contraposición entre democracia y justicia constitucional. Si no se observan dichos requisitos esenciales podría entonces la justicia constitucional extralimitarse en sus funciones y alejarse de los procedimientos democráticos.

II

El profesor Allan R. Brewer-Carías abordó en su ponencia el tema de la democracia en la discusión sobre la legitimidad de la justicia constitucional y sobre el reconocimiento de las sentencias de los tribunales constitucionales en otras jurisdicciones.

Señaló, en primer lugar, la vinculación entre la justicia constitucional y la democracia a través de la incorporación expresa de la primera a la constitución democrática. Así, la justicia constitucional es «el triunfo definitivo de la democracia en la organización del funcionamiento del Estado, al someter a control a todos sus órganos, incluyendo los órganos democrático-representativos», siempre que el órgano de justicia constitucional y las personas que en cada momento lo formen reúnan los necesarios elementos de independencia, pues solo así podrá ser garante de la constitución y del Estado de Derecho. Se hizo eco el profesor Brewer-Carías, sin embargo, de los no pocos problemas que existen en diferentes países para lograr tal objetivo y expuso ejemplos de ello.

Explicó también el ponente la discusión doctrinal sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional en la medida en la que personas que la componen en cada momento no son elegidas por la ciudadanía, pero sí tienen por función controlar las decisiones de órganos que sí han sido elegidos. El profesor Brewer-Carías manifestó su opinión en el sentido de considerar que, en un régimen democrático, el poder que se reconoce a jueces o a ciertos órganos constitucionales independientes y autónomos con competencia de control del legislativo o de otros poderes, debe considerarse democrático y legítimo.

Sin duda, señaló el ponente también que el reto de la justicia constitucional es su aplicación práctica, con un estricto cumplimiento de las garantías procesales. Desarrolló este aspecto con cita de diversas sentencias de altos tribunales de Venezuela.

Por último, el profesor Brewer-Carías se refirió a la legitimidad democrática de la justicia constitucional con relación al reconocimiento por tribunales extranjeros de las sentencias de tribunales constitucionales. A este respecto se refirió a las sentencias dictadas violando las reglas del debido proceso que, afirmó, resultan ilegítimas y pueden llegar a ser nulas de pleno derecho si así se establece en la

constitución (citando el artículo 25 de la Constitución de Venezuela). Esta anomalía constitucional tendría también consecuencia en el orden externo, dificultando o impidiendo la aplicación o reconocimiento de dichas sentencias por tribunales extranjeros en países democráticos, como explicó a partir del análisis de jurisprudencia de Estados Unidos.

III

La profesora Laurence Burgorgue-Larsen planteó en su intervención la articulación de la función de los tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos con la de los tribunales nacionales que, como bien afirmó son los primeros en examinar la conformidad entre las leyes adoptadas por el legislativo nacional, que representa a la ciudadanía a través de las fuerzas políticas presentes en dicho legislativo.

Abordó una cuestión de mucho interés por cuanto esta articulación puede llevarnos a una situación de sintonía entre ambas jurisdicciones y a lo que la profesora Burgorgue-Larsen denominó la «paz jurisdiccional» o, por el contrario, puede llevarnos a una disparidad de criterios y de resoluciones en ambos órdenes jurisdiccionales. Esta segunda posibilidad lleva a lo que igualmente denominó la profesora Burgorgue-Larsen la «cuestión democrática» por excelencia, puesto que no parece que haya duda de que se produce una intromisión —aun legítima— en la voluntad expresada por la mayoría política del país.

En su exposición, la profesora Burgorgue-Larsen puso de relieve que los tribunales regionales intentan articular su control de dos maneras: Una, la denominada de la *deferencia*, una práctica más conocida en Europa que no ha sido recepcionada todavía claramente en la Corte Interamericana y en la Corte Africana. La segunda vía, de carácter más rígido, inflexible e incluso intransigente, en palabras de la ponente. Los tres tribunales regionales de derechos humanos utilizan este último enfoque, aunque con notables diferencias y peculiaridades. Expuso la ponente que la articulación a través de la *deferencia* y la articulación a través de la *intransigencia* son las dos grandes tendencias que se pueden apreciar en la interrelación entre los tribunales internacionales y los nacionales.

Más que presentar otro análisis teórico para abordar la cuestión de la articulación de la voluntad mayoritaria con los poderes judiciales nacionales e internacionales, la profesora Burgorgue-Larsen trató de descifrar las principales tendencias jurisprudenciales que están surgiendo en los Tribunales de Estrasburgo, San José y Arusha. El panorama intercontinental muestra que no es posible sacar conclusiones definitivas de forma generalizada. La relación con la mayoría será diferente para cada sistema en función del contexto político en el que se creó y cómo

ha evolucionado desde entonces, de la estructura de los textos que lo rigen, y de los miembros que componen los tribunales y de su voluntad de cambiar los defectos estructurales de las sociedades nacionales. Destacó, además, que los tres tribunales regionales de Derechos Humanos coinciden unánimemente en un elemento esencial que, en realidad, está en la base de su creación: la voluntad de salvaguardar a toda costa las bases democráticas de los Estados. Así, mientras que las cuestiones sociales y societales se abordan de forma diferente, las relativas a la preservación de la independencia judicial y la separación de poderes tienen puntos en común.

IV

En su intervención el profesor Pedro Salazar Ugarte partió de dos ejes: la justicia debe ser expedita porque «justicia demorada es justicia denegada» (Gladston) y el tiempo es flexible (Einstein).

Explicó como el proceso sin dilaciones indebidas, es más, el proceso en el menor tiempo posible es un elemento estrechamente vinculado a la efectividad, con ejemplos del artículo 17 de la Constitución de México y del artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Terminó con un aspecto de relevancia práctica, preguntándose qué debe significar *prontitud* en estas lides para que pueda sostenerse que la justicia lo ha sido.

En cuanto al segundo eje de su ponencia, el tiempo, explicó que el tiempo es una dimensión flexible. Es decir, sea cual sea el tiempo empleado en la resolución de un caso, dicho tiempo tendrá una repercusión diferente en las instituciones y en las personas, según los casos. Puso como ejemplos la diferencia entre un proceso en una corte internacional, se refirió en concreto a un caso ante la CIDH que fue presentado en enero de 2001 y fue resuelto por la Corte el 28 de noviembre de 2012.

Señaló igualmente la incidencia y especial repercusión del tiempo hasta la resolución en casos de normas jurídicas, que pueden generar efectos durante el tiempo en el que las causas están pendientes de resolución en los correspondientes tribunales.

Concluyó afirmando que, al hablar de la cultura de los derechos humanos en los Estados constitucionales, debe insistirse especialmente en estos aspectos prácticos, prontitud y tiempo, porque ambos tienen una incidencia directa en la vida de las personas. En consecuencia, consideró de gran relevancia que la política y el derecho, aun en su permanente tensión, sean capaces de generar «dinámicas de garantía, protección, respeto y promoción de los derechos humanos de todas las personas y, en esa medida, que sus tiempos estén condicionados por el tiempo existencial de éstas».

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA[1]

Manuel Aragón Reyes
Catedrático emérito de la Universidad Autónoma de Madrid
Magistrado emérito del Tribunal Constitucional

I. Introducción: sobre el objeto y desarrollo de la ponencia

Para explicar con rigor el tema al que la ponencia está dedicada es necesario partir de algunos presupuestos teóricos básicos: entre ellos la interdependencia de la constitución y la justicia constitucional, así como el significado y función de la potestad jurisdiccional. Sólo así podrá acometerse el análisis cabal de la relación entre tribunales constitucionales y democracia. De ahí que se dediquen los dos primeros apartados de este trabajo a ambas cuestiones. A partir de ahí ya se entrará de lleno en el tema principal de la ponencia.

II. Constitución y justicia constitucional

Por exigencias de la teoría, que la práctica ha venido confirmando, cabe sostener que constitución y justicia constitucional son hoy realidades inseparables. Ello es claro en lo que podríamos llamar constituciones modernas, «racional-normativas» en términos de García-Pelayo, pero también lo es en el único ejemplo de constitución antigua o «histórica» que todavía se conserva: la del Reino Unido. Allí la Constitución, o al menos sus partes destinadas a regular las relaciones de los ciudadanos con el poder, es, y siempre ha sido, Derecho aplicable por los jueces, aunque esa Constitución no goce del carácter supralegal que sí tienen las constituciones modernas. Cuando, a través de un largo proceso, las constitucionales

[1] Este tema lo he tratado en diversas publicaciones, entre ellas en «El futuro de la justicia constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* CEPC, vol. 23 (2019).

«racional-normativas» fueron desplegando la potencialidad inherente a sus postulados (primero en los Estados Unidos de América y después en Europa), que no eran otros que la soberanía del pueblo, los derechos fundamentales y la división de poderes, quedó patente que sólo concibiendo a la constitución como norma jurídica suprema y dotando de eficacia a esa supremacía jurídica, la constitución podría regir efectivamente la vida de una comunidad.

Partir, pues, de que la constitución es Derecho significa aceptar que los jueces deberán aplicarla, pues no hay Derecho sin la garantía judicial de su cumplimiento y eso exige, necesariamente, atribuir esa garantía a órganos de naturaleza jurisdiccional. Y efectivamente, allí donde hay una auténtica constitución, lo que hoy significa una constitución normativa, que regula un Estado democrático de Derecho, los jueces y tribunales controlan la constitucionalidad de las demás normas del ordenamiento y de los actos que en su aplicación se realizan. La justicia constitucional, en suma, no es otra cosa que la aplicación jurisdiccional de la constitución. En algunos países esa justicia la desempeñan todos los jueces y tribunales, sea cual sea la norma o acto sometidos a su control. Ese modelo de justicia constitucional es el que suele calificarse como de jurisdicción difusa. En otros países, sin perjuicio de que también todos los jueces y tribunales aplican la constitución, se atribuye en exclusiva a un sólo órgano jurisdiccional, un tribunal constitucional, el control de constitucionalidad de las leyes. Es el modelo también denominado de jurisdicción concentrada, o europeo, porque aquí nació, aunque se ha extendido a otras zonas del mundo.

Ese es el presente. El futuro de la justicia constitucional no es otro, pues, que el futuro de la constitución, que es lo mismo que decir hoy del Estado constitucional y democrático de Derecho. Las transformaciones que, como consecuencia de los procesos de supraestatalización, en unos casos, y de globalización en todos, esa forma de Estado está experimentando en los últimos tiempos no suponen por sí solos que la justicia constitucional desaparezca, sólo de que está obligada a operar en ámbitos más extensos y complejos. Por otra parte, los peligros que ahora rondan a aquella forma de Estado, representados por los fundamentalismos identitarios, los populismos y los nacionalismos excluyentes, que pretenden acabar con ella, con ser ciertos y graves, confío en que no logren sus objetivos y, en tal sentido, si el Estado constitucional y democrático de Derecho se mantiene en el futuro, seguirá manteniéndose, sin duda, la justicia constitucional.

Todo lo que acabo de decir no significa desconocer los defectos que esa justicia constitucional pueda tener, que sí los tiene. Lo único que he pretendido ahora es señalar, de manera general, o más exactamente conceptual, el carácter indisociable de constitución y justicia constitucional, avalado hoy, como dije al principio, por la teoría y la práctica. Cosa bien distinta es examinar el estado en que se encuentra en la actualidad la justicia constitucional y, en ese plano histórico y con-

creto, advertir sufre determinadas disfunciones requieren remedio a través de reformas que tiendan a eliminarlas o atenuarlas, pues si el futuro de aquélla, como institución, no lo veo radicalmente comprometido, sí creo que ese futuro transcurrirá en mejores condiciones si se erradican algunos de los defectos que hoy aquejan a la aplicación de la constitución por los órganos jurisdiccionales. Pero ese análisis ya excede del objetivo de la presente ponencia.

III. La naturaleza de la función jurisdiccional: los defectos del activismo judicial

Sin un poder judicial independiente no existe la constitución. Así de sencillo y radical. Pero también es cierto que, si tal poder suplanta en sus funciones a los otros (legislativo y ejecutivo)[2], la constitución desaparece. Simplemente porque ya no habría división de poderes. Por ello, uno de los peligros principales que, acerca de la naturaleza y significado de la función jurisdiccional, hoy se presentan, es el del activismo judicial, que puede darse tanto en el ámbito de la justicia ordinaria como en el de la justicia constitucional. Dese precisar que, por coherencia con el objeto de la ponencia, sólo me referiré a continuación a ese activismo en la justicia constitucional, aunque antes debo aclarar que por activismo judicial no entiendo los casos, lamentables, de que en algunas ocasiones o lugares la justicia constitucional haya producido decisiones fundadas en razones políticas y no jurídicas. Eso no es activismo, sino incumplimiento grave de la obligación constitucional de juzgar conforme a Derecho y no por motivos ideológicos o morales. Que los tribunales que han de aplicar la constitución puedan tener en cuenta las consecuencias políticas de sus decisiones es una cosa, perfectamente lógica, y otra distinta y rechazable es que la decisión que adopten, incluso tomando en consideración ese factor, no se argumente con razones jurídicas. Por fortuna, en los países con justicia constitucional consolidada resoluciones así, tan contrarias a la función jurisdiccional, no suelen producirse. Por activismo entiendo otra cosa: la laxitud interpretativa de los textos jurídicos y la suplantación por el órgano jurisdiccional de la potestad de otros poderes del Estado.

Ese activismo sí es relativamente frecuente, y debe criticarse. En cuanto a la laxitud interpretativa, me refiero a la que puede recaer tanto sobre la constitución como sobre las leyes, ya que a la justicia constitucional le corresponde la interpre-

[2] No me refiero al control jurisdiccional sobre los actos del poder ejecutivo y el legislativo, que ello sí es función propia e indispensable de la justicia, puesto que, si no, el Estado constitucional dejaría de ser Estado de Derecho. A lo que me refiero es a que el poder jurisdiccional (sea de la justicia ordinaria o de la constitucional), que puede anular aquellos actos, no puede, sin embargo, sustituir en sus funciones a esos otros dos poderes: esto es, no puede legislar ni gobernar.

tación de la constitución y la interpretación constitucional de la ley. Sobre ambos textos ha de producirse, pues, una actividad interpretadora que debe tener límites, pues, de lo contrario, los órganos de justicia constitucional no sólo podrían suplantar al constituyente, sino también al legislador.

Es cierto que la interpretación de la constitución, por el amplio grado de abstracción y generalidad inherentes a muchas de sus prescripciones, lleva consigo una alta dosis de recreación y adaptación de la norma a nuevas circunstancias, pero también es cierto que esa capacidad tiene un límite, que me parece que no es otro que el derivado del significado unívoco que algunos de los términos normativos puedan tener. Cuando ello se desconoce, haciéndole decir a la constitución lo contrario de lo que literalmente dice, no se está interpretando la constitución, sino modificándola sin seguir su propio procedimiento de reforma. Lo órganos de la justicia constitucional cooperan con el constituyente, por supuesto, pero no deben suplantarlo.

Y en lo que se refiere a la interpretación constitucional de la ley, para adaptar su sentido a lo previsto en la constitución, esa tarea, de obligado cumplimiento, no debe llevar al extremo de evitar la anulación o inaplicación de la ley mediante la operación de hacerle decir lo contrario de lo que la ley dice, sencillamente porque entonces a quien se está sustituyente es el propio legislador. En un Estado constitucional, los órganos de la justicia constitucional deben ejercer jurisdicción, no legislación.

De este activismo judicial, de este criticable desvío de la justicia constitucional, sí que contamos con indudables ejemplos de decisiones jurisdiccionales en España y fuera de ella, que no es preciso ahora identificar, dado el carácter general de las reflexiones que estoy formulando en esta parte del presente trabajo. Sólo debo apuntar que de ese activismo debe huirse mediante una seria reconsideración acerca de los límites de la interpretación constitucional y de los excesos de las sentencias llamadas interpretativas, reconsideración necesaria si no se quiere poner en peligro la propia legitimidad de los órganos de la justicia constitucional.

Conectado con el problema anterior, de tal manera que es sólo una variante de él, cabe señalar al activismo caracterizado por la actuación de los órganos de la justicia constitucional como verdaderos agentes de cambio social, formulando en sus decisiones programas concretos de políticas públicas y obligando a los poderes políticos (ejecutivo y legislativo) a su realización. Eso sucede en las llamadas, con discutible terminología, sentencias «estructurales», nombre que ha hecho fortuna en algún sector de la doctrina constitucional iberoamericana. Tales sentencias, con la pretensión de asegurar la efectiva protección de los derechos (preferentemente sociales, pero no sólo ellos) de extensos grupos de personas, imponen, pues, al Estado amplias obligaciones de hacer (de tipo normativo e incluso ejecutivo), reservándose, a veces, el control de su cumplimiento.

Este tipo de activismo, o si se quiere de judicialización de la política, aunque lo han practicado en ocasiones órganos judiciales ordinarios, es en la jurisdicción constitucional donde ha tenido su mayor proyección. Bien es cierto que sólo en determinados países, especialmente en Colombia en los últimos tiempos. No obstante, la existencia de resoluciones judiciales que ordenan a los poderes públicos la realización de un programa normativo no es algo nuevo, pues ya se habían producido parecidas sentencias (aunque conteniendo mandatos menos detallados e incisivos) en jurisdicciones constitucionales o análogas de otros lugares. Así, un ejemplo próximo podría ser el de las llamadas «sentencias piloto» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que se impone a un Estado el establecimiento de determinadas medidas, o el de sentencias del Tribunal Supremo norteamericano que marcan estándares de protección de derechos que las autoridades deben cumplir, o el de sentencias del Tribunal Constitucional de Sudáfrica en el mismo sentido.

El principal problema de este tipo de sentencias radica en el riesgo de desnaturalización de la función jurisdiccional, que está para controlar a los poderes públicos, pero no para sustituirlos. Y ese riesgo se encuentra unido al del mayor o menor grado de concreción de sus mandatos de hacer. Que los tribunales (me refiero ahora sólo a los que ejercen la jurisdicción constitucional) en sus decisiones protegiendo un derecho han de «adoptar las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación» [como expresa, por cierto, el art. 55.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español —en adelante LOTC-] es algo claro, pacífico y debido. Pero cosa bien distinta es que impongan un programa detallado de regulación general (o para grupos o clases amplias de personas) de ese derecho para hacerlo efectivo (y en caso de un derecho social, de una política pública detallada para lograrlo). Y no es un tema que afecte sólo a la legitimidad del órgano jurisdiccional, sino también a la eficacia de sus decisiones, ya ésta será siempre, de modo inevitable, inversamente proporcional al mayor o menor grado de concreción de las medidas que la sentencia establezca.

IV. Una discusión reiterada y, casi siempre, mal planteada: justicia constitucional y democracia

1. Planteamiento

Hablar de «justicia constitucional y democracia» obliga a poner de manifiesto, desde el primer momento, cuál es el auténtico fondo de esa relación problemática, tan mal entendida o tan confusamente entendida, a veces, por algunos sectores del Derecho Público e incluso de la Filosofía del Derecho.

El fondo al que antes me refería consiste en que para relacionar justicia constitucional y democracia es necesario partir de un significado muy preciso de ambos términos. Así, por lo que se refiere a la democracia, no es intelectualmente válido apelar a un concepto abstracto de democracia, sino a un concreto entendimiento de ella: el de la democracia constitucional. Tampoco, bajo el nombre de justicia constitucional, cabe referirse a cualquier modo de control de constitucionalidad, sino sólo al que se encomienda a órganos jurisdiccionales independientes, jurídicamente solventes y que adoptan sus decisiones fundadas únicamente en razones de Derecho. Es a partir, pues, de tales significados específicos cuando puede enfocarse debidamente la relación que une a ambos términos.

Por ello, de manera previa al examen de la naturaleza de aquella relación, conviene dejar bien claro lo que esos términos significan, comenzando por el de la democracia constitucional.

2. La democracia constitucional

La democracia, como forma de organización y ejercicio del poder en una comunidad política, sólo ha podido verse garantizada cuando se ha formalizado a través de la constitución, única norma que asegura la soberanía del pueblo e impide, por ello, que el poder del Estado vulnere los derechos de libertad e igualdad de los ciudadanos cotitulares de esa soberanía. De ahí que no haya más constitución auténtica que la constitución democrática ni más democracia auténtica que la democracia garantizada por la constitución. En realidad, ello no significa otra cosa que lo que hace ya casi dos siglos y medio estableció la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que después de proclamar que no hay más soberanía que la de la nación, estableció, en su art. 16, que todo país en el que no estén divididos los poderes ni garantizados los derechos de los ciudadanos carece de constitución. Aparecía así el Estado constitucional como nueva forma política histórica, basada en la existencia de una norma suprema, la constitución, emanada del poder constituyente soberano, cuyo objeto era la limitación funcional (división de poderes), temporal (elecciones periódicas) y material (garantía de los derechos fundamentales) del poder del Estado para asegurar la propia soberanía del pueblo, pues sólo un pueblo libre puede ser soberano y sólo un pueblo es libre si los ciudadanos que lo componen tienen asegurada su libertad.

La concepción formal de constitución (Derecho supremo que vincula a todos los poderes públicos) y la concepción material de constitución (norma que tiene por objeto la limitación del poder en garantía de la libertad) aparecen, así, indisolublemente asociadas. Para la forma política nueva, racionalizada, llamada Estado

constitucional, que surge en Norteamérica y Europa a finales del siglo XVIII, la idea misma de constitución es la que permitiría que en aquella forma política no fuese realidad lo que Rousseau decía de los ingleses, que se creen libres, pero se equivocan, pues sólo lo son en el momento de votar, quedando sometidos después a un poder tan omnímodo como el de la monarquía absoluta: el del parlamento. Sin perjuicio de que el constitucionalismo británico (y ello difícilmente podía ser advertido por Rousseau), haya sido capaz hasta hoy de preservar la libertad política de los ingleses, no mediante la garantía de una constitución supralegal, de la que carecen, sino de las garantías políticas y sociales que sí han servido allí para mantener su constitución histórica y prescriptiva.

Lo que importa subrayar es que la idea de que no hay democracia sin constitución, ni constitución sin democracia, está en los mismos orígenes del Estado constitucional «moderno» (a diferencia del «antiguo» y consuetudinario que surgió a través de los siglos en el Reino Unido) y fue haciéndose realidad práctica, en determinados países del mundo entre los que nos encontramos, en el transcurso de un proceso histórico que, a lo largo de casi siglo y medio, logró fundir liberalismo y democracia, no sólo políticamente, sino también jurídicamente mediante el instrumento de la constitución. La democracia constitucional acabó siendo así una democracia asegurada por la constitución, lo que significa que no cabe apelar a la democracia por encima o al margen de la constitución, dado que solo dentro de ella la democracia se encuentra garantizada.

3. La justicia constitucional: género y especies

Como es obvio, la democracia constitucional tiene como presupuesto la vigencia efectiva de la constitución como norma suprema del ordenamiento. Y como no hay Derecho sin justicia que lo aplique en última instancia, únicamente si existe una justicia capaz de hacer cumplir la constitución la democracia constitucional está garantizada. Por ello, también desde los comienzos del constitucionalismo moderno, «racionalizado», surgió el convencimiento de que la justicia constitucional era un elemento necesario de la idea misma de constitución, aunque su implantación práctica haya sido también fruto de un largo proceso histórico que se inició primero en los Estados Unidos, que se extendería después a algunos países iberoamericanos y que acabó imponiéndose en Europa (e incluso en algunos otros lugares del mundo) a lo largo del pasado siglo XX, dando lugar a un fenómeno cuyas características actuales es conveniente recordar, porque si bien a partir del significado de «democracia constitucional» ya es suficiente para encuadrar uno de los términos de la relación a que se refiere esta ponencia, es preciso, sin embargo, detallar algo más en lo que afecta al otro término,

«justicia constitucional», dada la variedad y complejidad de los modelos en que ésta se ha desarrollado.

En la actualidad, dentro del mismo género (no hay otro válido) de justicia constitucional como institución jurisdiccional de control de la efectividad de la constitución, encontramos diversas especies: modelos de jurisdicción concentrada (al estilo europeo), de jurisdicción difusa (el ejemplo norteamericano, que también se extendió a otros lugares, entre ellos en Iberoamérica) y mixta (coexistencia entre el control concentrado y el control difuso, especie muy frecuente hoy en países iberoamericanos). No obstante, esta multiplicidad, en el fondo, es menos variada de que suponen esas meras descripciones.

De un lado, porque en los modelos de jurisdicción difusa se da hoy una relativa aproximación a los modelos de jurisdicción concentrada, al menos en lo que se refiere a los efectos generales de algunas de las resoluciones que en esa jurisdicción difusa se adoptan y a la existencia en ella, en determinados casos, de acciones colectivas, y no sólo individuales, de acceso a la justicia constitucional, aparte de la función unificadora que genera el precedente.

De otro lado, porque en los modelos de jurisdicción concentrada la constitución también la aplican los jueces y tribunales ordinarios, aunque esté encomendado únicamente a los tribunales constitucionales el control de la constitucionalidad de la ley (no así en los Estados de la Unión Europea el control de la adecuación de la ley interna al Derecho de la Unión, confiado a todos los jueces y tribunales ordinarios en una suerte de jurisdicción difusa) y porque incluso, allí donde existe el recurso de amparo, los ciudadanos pueden acceder directamente al tribunal constitucional.

Y, por último, porque en los modelos mixtos hay una mezcla de jurisdicción concentrada y de jurisdicción difusa en el control de la ley, lo que ha originado que, pese a existir diferencias, ya no pueda hablarse, con propiedad, de una distinción radical entre los diversos modelos de justicia constitucional.

De todos modos, y al margen de la aproximación entre los modelos, la transformación más profunda que hoy ha experimentado la justicia constitucional consiste en la existencia de instancias jurisdiccionales de control de constitucionalidad de ámbito internacional o supranacional, como sucede en Europa con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en Iberoamérica, con el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. Instancias de auténtica justicia constitucional, dado que resuelven (o deben resolver) los procesos de que entienden a través de un razonamiento jurídico y no político, y que el parámetro de control que utilizan son normas materialmente constitucionales aunque formalmente hayan sido establecidas por tratados o convenios internacionales, ya sean el Tratado de la Unión Europea (y dentro de él la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), el Convenio Europeo de Dere-

chos Humanos o el Convenio Interamericano de Derechos Humanos. Instancias que, además, se superponen, en una relación de delicado equilibrio, a los órganos de justicia constitucional de los Estados nacionales.

Ahora bien, tanto en las instancias nacionales de control de constitucionalidad como en las aludidas instancias supranacionales, la estructura y función que las caracteriza es la misma: se trata de órganos de composición meritocrática (cuyos integrantes han de ser juristas de reconocida competencia), en los que el principio democrático sólo opera indirectamente en su designación, y que tienen, no obstante, facultades de control de actos y normas adoptados por los poderes emanados de la representación popular. Esa aparente contradicción es la que ha conducido a que algunos, con escasa meditación, entiendan que existe una franca oposición entre democracia y justicia constitucional. Entendimiento viciado, creo, por un defecto de enfoque y por una inapropiada construcción teórica, que es de lo que ahora vamos a tratar.

4. La llamada «objeción democrática» a la justicia constitucional y la necesidad de distinguir entre la democracia «de» la constitución y la democracia «en» la constitución

Como una especie de secuela de las viejas ideas de Carl Schmitt que, frente a Kelsen, negaba el carácter jurídico de la justicia constitucional, ha vuelto a utilizarse en nuestro tiempo, y ha tenido cierta fortuna, el argumento de la ilegitimidad de un órgano político no democrático para controlar las decisiones de los órganos políticos democráticos. Esa es la base de la llamada «objeción democrática» a la justicia constitucional, al menos en su vertiente más simple, aunque también se haya extendido otra (cuyo origen más que en Schmitt está en Lambert) que, aceptando que la justicia constitucional es justicia y no política, discute la legitimidad de que unos jueces puedan controlar al legislador democrático, ya que entonces son aquellos los que «gobiernan» y no los representantes del pueblo, subvirtiendo de ese modo la división de poderes. En ambos casos cabe encontrar una evidente debilidad teórica. Simplemente porque se basan en un defectuoso entendimiento de la democracia constitucional.

Como ya se dijo más atrás, la democracia constitucional no significa otra cosa que el establecimiento de reglas de Derecho que limitan el poder constituido, y ello, en una democracia, significa limitar el poder de la propia mayoría. Por eso, la capacidad de un órgano del Estado democrático, necesariamente judicial (como debe ser cualquier órgano que resuelva de manera definitiva las controversias en Derecho), de anular las decisiones adoptadas por la propia mayoría democrática no es una paradoja real, sino únicamente aparente, pues el Estado constitucional

democrático no deja de serlo, democrático, por el hecho de que la mayoría no pueda ser soberana. Al contrario, esa es la condición de la democracia constitucional, en la que sólo el pueblo (y no sus representantes) ostenta la soberanía. De ahí que el Estado constitucional democrático se base en una distinción sin la cual tal forma de Estado carecería de sentido: la diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido.

En ambos planos se proyecta el principio democrático, aunque no de igual manera. En el plano constituyente (democracia «de» la constitución), la democracia no puede sustentarse en la regla de la simple mayoría, sino en la regla del consenso, esto es, de exigencia de unas mayorías muy cualificadas; cosa obvia, puesto que la constitución garantiza derechos y estructuras que no pueden estar a la disposición del poder constituido, es decir, de las mayorías cambiantes que en cada momento se sucedan como consecuencia de los procesos electorales. Si así no fuera, la constitución desaparecería, dado que dejaría de ser una norma supralegal y, entonces, como se expresó en frase afortunada y bien conocida, sería «una página en blanco que el legislador puede escribir a su capricho», lo que significaría, simplemente, que no habría constitución.

Una constitución es democrática porque emana democráticamente. Pero una constitución garantiza la democracia porque la preserva frente a la propia mayoría, en cuanto que establece unas prescripciones que la simple mayoría no puede cambiar. Unas prescripciones fundamentales (en su doble significado de superiores y de más importantes) que sólo pueden ser acordadas por la democracia de consenso. Consenso que será obligatorio, en coherencia, para la reforma de la misma constitución. Esa es la base democrática de la rigidez constitucional.

Distinta es la proyección del principio democrático en el poder constituido, que opera a través de la regla de la mayoría y no del consenso, salvedad hecha de que algunas medidas que la propia constitución prevé deban adoptarse por mayorías superiores a la simple, así la emanación de determinadas leyes, pero siempre por una mayoría cualificada inferior a la que puede disponer de la constitución, pues de lo contrario se confundirían poder constituyente y poder constituido. Ese, el que se proyecta en el poder constituido, es el plano de la democracia «en» la constitución, esto es, el de la democracia que la constitución establece para la adopción de las decisiones ordinarias del Estado. Y esta segunda forma de proyección de la democracia no puede sobreponerse sobre aquella primera, de manera que la democracia «en» la constitución ha de atenerse a la democracia «de» la constitución. Para que ello sea así está precisamente la justicia constitucional, que tiene como función garantizar que el poder constituido no vulnera lo decidido por el poder constituyente. En tal sentido no sólo resulta incorrecto entender que hay una oposición entre democracia y justicia constitucional, sino que debe afirmarse que es la justicia constitucional la que hace posible la propia democracia, esto es,

la que garantiza que la democracia de consenso, que produjo la constitución y ha de regir sus reformas, no sea suplantada por la democracia de la mayoría, propia de las actuaciones del poder constituido.

En consecuencia, la democracia constitucional, en la que la democracia «en» la constitución está subordinada a la democracia «de» la constitución, exige que haya justicia constitucional. Justicia de jueces y no de políticos (lo que sería un contrasentido) pues es función «natural» de la jurisdicción resolver los conflictos entre normas (entre la constitución y las que componen el resto del ordenamiento). Si así no fuera tendría todo el sentido la conocida frase de Rousseau, ya citada más atrás de que «los ingleses se creen libres, pero sólo lo son el momento de votar». En la democracia constitucional la libertad de los ciudadanos está garantizada en todo tiempo porque la constitución limita el poder de la propia mayoría, es decir, porque el parlamento no es soberano, que sólo lo es el pueblo, que mediante la democracia de consenso estableció unas reglas que garantizan los derechos y limitan el poder y por ello no están a la plena disposición de los poderes constituidos, existiendo una instancia objetiva, de aplicación de la constitución, que tiene encomendada la custodia fiel de esas reglas.

A partir de este entendimiento, que considero correcto, la llamada «objeción democrática» a la justicia constitucional carece de legitimidad teórica, No es que no haya oposición entre justicia constitucional y democracia, es que la una requiere necesariamente de la otra. Ahora bien, precisamente porque la justicia constitucional no puede dejar de estar sometida a la propia constitución, es por lo que su función de custodia de ella ha de ser «fiel», esto es, limitarse a fundar en razones jurídicas sus decisiones de preservación de la constitución frente a los actos del poder constituido. Por ello, el problema de la relación entre democracia y justicia constitucional no puede residenciarse en la existencia misma de esa justicia, existencia que es necesaria, sino en el modo composición del órgano que la ejerce (que garantice, de manera clara y objetiva, la independencia y solvencia técnica de sus titulares) y en modo de actuación del mismo (que garantice una aplicación «fiel» de la constitución).

Por razones de los límites de extensión de esta ponencia no voy a ocuparme de las exigencias indispensables para la composición de los tribunales constitucionales y la designación y estatuto de sus miembros, que deben cumplirse para «facilitar» la «razonabilidad objetiva» de sus decisiones. Pero sí quiero referirme a las condiciones exigibles al modo de dictar tales decisiones para «asegurar» aquella razonabilidad objetiva. En este plano, el problema de la relación entre democracia y justicia constitucional, que es un problema cierto, donde se sitúa, exactamente, es en la interpretación constitucional, de manera que, para evitar la contradicción entre los dos términos de esa relación, dicha interpretación habrá de producirse de modo jurídicamente razonable, y por ello objetivable, y no a través de decisiones fundadas en un mero ejercicio de voluntad política de la que, por principio, la

justicia constitucional carece, pues su única legitimidad reside en el Derecho y no en la política y por ello en el razonamiento jurídico que sirve de base a sus decisiones. Lo que nos lleva a examinar, aunque sea brevemente, el específico carácter de la interpretación constitucional.

5. La interpretación constitucional

Ya, al hilo del activismo judicial, se apuntó más atrás que la interpretación constitucional es una de las claves para determinar con propiedad lo que tienen de genuina la funciones de la suprema interpretación y aplicación de la constitución y de la suprema interpretación y aplicación constitucional de las leyes. Ahora conviene extenderse sobre este asunto verdaderamente nuclear. Los tribunales constitucionales, o los supremos tribunales en los modelos de jurisdicción difusa, son los supremos intérpretes de la constitución, además de los supremos intérpretes de la constitucionalidad de la ley. De ahí que su doctrina, derivada del ejercicio de ambas funciones, sea vinculante para todos los poderes públicos y, en especial, para todos los jueces y tribunales ordinarios, que deberán interpretar la constitución y las leyes de acuerdo con lo establecido en dicha doctrina.

Dicho ello, la cuestión principal, entonces, es la de los límites de la interpretación constitucional, pues mediante ella, ni el supremo intérprete constitucional puede suplantar al poder constituyente ni sustituir al legislador, cuyos actos puede anular por inconstitucionales, por supuesto, pero no desvirtuarlos o sustituirlos. Por ello, ni puede hacer decir a la constitución lo contrario de lo que ella dice, pues para modificarla está el poder de reforma constitucional, no el poder jurisdiccional, ni, para salvar su constitucionalidad, hacerle decir a la ley lo que objetivamente ella no dice, pues si bien puede hacer de legislador negativo, no le cabe comportarse como legislador positivo suplantando el legítimo papel del legislador democrático. Esas reglas generales de los límites de la interpretación constitucional han de seguirse, desde luego, pero sólo con enunciarlas no se resuelven los complejos problemas que la interpretación constitucional plantea.

Y tales problemas radican en la peculiaridad que, frente a la interpretación de las leyes, tiene la interpretación de la constitución, debida a la diferente naturaleza de que gozan la constitución y la ley. La constitución es norma bien distinta de la ley no sólo por razones de forma, en cuanto que la constitución es la norma suprema, a la que la ley está subordinada, sino también por razón de su contenido, en cuanto que la constitución está integrada, además de por reglas, por una amplia variedad de principios que, como tales, están enunciados con una alta dosis de generalidad y abstracción. Ello es consecuencia de la función que cumplen las constituciones modernas, que no sólo determinan el funcionamiento del Estado,

sino que proclaman valores y principios que han de regir en la totalidad de la vida social, más exactamente, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico público y privado. Por eso se ha dicho en frase gráfica que hoy «por la constitución pasan todos los hilos del Derecho». Una norma así, tan omnicomprensiva y al mismo tiempo tan sintética (pues de lo contrario se convertiría en un cuerpo legal de dimensiones incalculables aparte de dejar sin espacio suficiente al desarrollo constitucional y de correr el riesgo cierto de la obsolescencia), requiere de una interpretación muy especialmente cualificada.

Si interpretar la ley ya supone una actividad intelectual muy alejada de la vieja idea de que el intérprete ha de limitarse a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, dado que hoy (y creo que siempre), en las leyes existen enunciados que requieres de un proceso hermenéutico que encierra una dosis de actividad recreadora (aunque siempre limitada por las exigencias de la seguridad jurídica), interpretar la constitución eleva esa actividad recreadora de manera exponencial. En ambos casos, interpretación de la constitución e interpretación de la ley, no debe perderse de vista que, si la interpretación de una norma es, en muchos supuestos, recreación de ella, lo que no cabe admitir (salvo en los sistemas de *common law*) es que, mediante la actividad interpretadora, el juez cree, *ex nihilo*, normas antes inexistentes. Mediante la interpretación de los enunciados normativos, las normas que cabe deducir de ellos se «descubren», pero no se «inventan».

Sin embargo, no es esta distinción de cantidad (más principios y más abstracción en la constitución que en la ley), sino una distinción de cualidad la principal diferencia entre ambos textos normativos, derivada del hecho de que las indefiniciones de la ley pueden ser concretadas a la luz de su interpretación constitucional, mientras que las indefiniciones de la constitución no pueden serlo apelando a una norma superior a ella. Y en todo caso, cuando cabe, en alguna materia constitucional, apelar a una norma más alta desde el punto de vista de la jerarquía hermenéutica (no exactamente de la jerarquía normativa) como sucede en los supuestos de sumisión estatal a los tratados o convenios sobre derechos humanos (y a la doctrina de las jurisdicciones internacionales o supranacionales que tienen encomendada su protección), los problemas interpretativos que tales normas planteen tampoco pueden resolverse apelando a otra norma más alta, que no la hay.

De manera que, en el estrato ordinamental superior, las indefiniciones normativas que no puedan resolverse en el interior del texto de la disposición de que forman parte utilizando los métodos habituales de la interpretación jurídica, únicamente cabe concretarlas elevándose del plano dogmático normativo y apelando a la teoría, esto es, a la teoría general de la constitución (de la que forma parte la teoría general de los derechos humanos). Sólo intérpretes muy cualificados, capaces de poseer los suficientes conocimientos teóricos, pueden, en los casos difíciles, realizar una interpretación constitucional objetivada. Es decir, una interpretación

fundada en el Derecho y no en el arbitrio. Una interpretación razonada y razonable, capaz de ser contrastada en el seno de la comunidad jurídica.

A estas razones que explican la singularidad de la constitución y por lo mismo de la interpretación constitucional, se añade otra, también derivada de una última distinción entre constitución y ley: la que se sustenta en la garantía del pluralismo político como valor constitucional. La constitución, además de contener determinadas reglas cerradas, sin las cuales difícilmente podría servir de límite al legislador, ha de contener otras reglas abiertas, susceptibles de desarrollos legislativos distintos en función del propio pluralismo. De ahí que la interpretación de la constitución sea, también por este motivo, una interpretación distinta de la de la ley. En la constitución democrática (lo que significa democrática-pluralista) la ley no es ejecución de la constitución como el reglamente sí lo es de la ley, pues la constitución ampara que bajo su vigencia pueda haber políticas legislativas distintas en función de la mayoría que en cada momento gana las elecciones. Mayoría que no goza de una completa libertad, por supuesto, pues si así fuera no habría constitución, pero sí que ha de tener una esfera de discrecionalidad, siempre dentro de los límites sustantivos que la propia constitución ha marcado. Incluso en unas normas materiales tan significativas como las que enuncian los derechos fundamentales, la sumisión del legislador no lo es a la totalidad del ámbito en el que el derecho puede desarrollarse, sino al contenido esencial de ese derecho, que es el límite que, necesariamente, el legislador ha de respetar.

Ello convierte a la interpretación constitucional en una tarea delicada y de suma prudencia, pues no le compete cerrar aquello que el constituyente dejó abierto. Sólo una cuidadosa exégesis del texto constitucional, capaz de discernir entre reglas cerradas y abiertas, capaz de combinar, en la teoría y en la práctica, los principios y valores que la constitución impone, sea cual sea la mayoría parlamentaria, y las cláusulas facultativas, que no obligatorias, que la constitución también contiene para garantizar la capacidad de acción de esa misma mayoría, puede realizar con éxito aquella tarea. Y hacerlo de manera que la interpretación constitucional resultante no pierda su ineludible condición de objetividad mediante una argumentación razonable capaz de ser compartida, o criticada, a partir de los argumentos que el Derecho, y no la política, proporcionan.

En el campo, pues, de la interpretación constitucional, realizada por los órganos de la justicia constitucional, es donde hoy se sitúan, verdaderamente, los problemas atinentes a la relación entre justicia constitucional y democracia. Y esos problemas no son otros que los derivados de los límites de la interpretación constitucional y por ello de los límites que la justicia constitucional no debe traspasar. La discusión hay que centrarla entonces en el «activismo judicial» y en el «exceso de jurisdicción» a que ese activismo tiende, que sí pueden poner en peligro el necesario equilibrio entre justicia constitucional y democracia.

V. Conclusiones

Como he intentado explicar a lo largo de este trabajo, carece de sentido plantearse la relación entre justicia constitucional y democracia en términos de contradicción insalvable, puesto que, en la democracia constitucional, la justicia constitucional es requisito de la misma democracia.

El auténtico problema de esa relación, y no importa reiterarlo una vez más, ya no se sitúa en la existencia de la justicia constitucional, sino en su modo de actuar. Si ese modo se realiza sin caer en el activismo judicial, sometiéndose a los límites jurídicos que la interpretación de la constitución impone y sin excederse de la función jurisdiccional, que permite controlar a los poderes públicos, pero no sustituirlos, no cabe hablar de contraposición entre democracia y justicia constitucional. Si, por el contrario, ambas condiciones no se observan, entonces sí que podría tacharse a la justicia constitucional de actuar de manera poco respetuosa con la democracia.

Ese es el desafío que ha de afrontar la justicia constitucional y sólo si lo gana, esto es, si no pierde la única legitimidad que la sostiene, que no es otra que la fundamentación en Derecho de sus decisiones, podrá mantenerse como lo que es y debe ser: la institución imprescindible para garantizar la efectiva vigencia de la constitución, que es un marco, además, en que los valores y principios constitucionales trascienden hoy el ámbito de las jurisdicciones nacionales como consecuencia del proceso de internacionalización de los derechos humanos, de manera que, en nuestros días, el constitucionalismo ha adquirido una dimensión global convirtiéndose en una especie de *ius commune* de los países civilizados. Por cierto, ese fenómeno es lo que permiten también dotar de objetividad, no sólo teórica sino también práctica, a la teoría general de la constitución.

El constitucionalismo global de nuestro tiempo se sustenta, precisamente, en el entendimiento más correcto de la democracia constitucional, que consiste no sólo en la existencia de procesos electorales libres, competitivos y transparentes, sino también en la garantía de que tales procesos no pueden conducir a la erradicación de unos valores sustantivos que, por fortuna, no pertenecen al mundo discutible de las ideas políticas, sino que han sido concretados en reglas jurídicas compartidas por las constituciones nacionales y los tratados y convenios sobre derechos humanos, que están protegidas, en los ámbitos internos y en los internacionales o supranacionales por auténticos tribunales. La garantía jurisdiccional de los derechos humanos y de la forma de Estado democrática se ha supraestatalizado, al menos en determinados ámbitos geográficos. Esa es la nueva realidad.

La justicia constitucional de los Estados ha de acomodarse, pues, a esa nueva realidad, que ha conformado una justicia constitucional global o «multinivel» y

que obliga a una leal cooperación y un continuo diálogo entre los órganos internos y los órganos internacionales o supranacionales que tienen encomendada esa común tarea. Esta globalización no puede verse como un debilitamiento de la justicia constitucional estatal, sino como un refuerzo de su eficacia, en cuanto que la cooperación recíproca ya aludida (que se sustenta en una comunidad de reglas, principios y valores) enriquece (y permite objetivar) la función que unos y otros tribunales desempeñan.

Que en el futuro se mantenga esta fértil conjunción de garantías de la democracia constitucional como sistema depende, en primer lugar, de la resistencia de la democracia constitucional frente a los peligros que le acechan, representados hoy por los movimientos fundamentalistas y populistas cuyo objetivo no es otro que destruirla; en segundo lugar, del cuidado que se ponga en la designación de los miembros de los órganos jurisdiccionales de garantía, de manera que se seleccione a juristas de reconocida competencia y se evite cualquier apariencia de parcialidad; y por último, del funcionamiento adecuado de esos órganos, tanto los nacionales como los internacionales o supranacionales, que no deben adoptar sus decisiones mediante un acto de voluntad, sino de razón, de razón jurídica. Sólo la rigurosa fundamentación de sus resoluciones hace aceptable el ejercicio de unas facultades de tan alto relieve como la que tales órganos tienen atribuidas, entre ellas las del control de las decisiones de la representación popular residenciada en el parlamento.

De las resoluciones que dicten podrá discreparse, por supuesto (incluso en el interior del órgano mediante votos particulares), pero siempre ha de exigirse que la argumentación que el órgano jurisdiccional emplee para fundamentarlas esté suficientemente razonada en términos de Derecho, de manera que también, razonablemente, puedan ser criticadas por la comunidad jurídica, pues tal crítica supone el contrapeso más eficaz al ejercicio de la ingente potestad que la justicia constitucional ejerce. Al fin y al cabo, la justicia constitucional (como el Estado constitucional democrático a cuya conservación sirve) sólo puede funcionar allí donde existe una auténtica cultura política y jurídica constitucional, lo que presupone una sociedad y una clase política mayoritariamente convencidos de que democracia constitucional y Estado de Derecho son realidades indisociables, y unos juristas comprometidos con ello. Por ello, la garantía de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y del correcto funcionamiento de las instituciones debe buscarse siempre dentro y no fuera de las reglas que la propia constitución proporciona y de aquellas otras que cabe deducir de su texto mediante una rigurosa interpretación. Si ello no fuera suficiente, la alternativa es reformar la constitución, pero de ninguna manera tergiversarla o suplantarla.

DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL. EL TEMA DE LA DEMOCRACIA EN LA DISCUSIÓN SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN OTRAS JURISDICCIONES

Allan R. Brewer-Carías
Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

I. Justicia constitucional y democracia

Cuando un sistema de justicia constitucionales es establecido en una Constitución ello puede considerarse como «la culminación de la edificación del *Estado de derecho*»,[1] es decir, de un Estado que (i) tiene que está regido por una Constitución, como norma suprema (ii) producto de un pacto político adoptado por el pueblo en ejercicio de su soberanía; (iii) en el cual sus representantes electos democráticamente mediante sufragio universal y secreto, gobiernan y ejercer el Poder público, (iv) sometidos a controles conforme al principio de la separación de poderes, (v) y con sujeción plena a la Constitución y a las leyes (principio de legalidad); (vi) en un marco en el cual la primacía de la dignidad humana está garantizada, y los derechos del hombre están constitucionalmente declarados y protegidos; y (vii) en el cual los ciudadanos pueden exigir el control jurisdiccional de todos los actos del Estado, ejercido por jueces autónomos e independientes.[2]

Ello significa decir, en otras palabras, que esa «edificación del Estado de derecho», base de la justicia constitucional, necesariamente está montada y puede mantenerse si en el respectivo país está pleno funcionamiento un sistema democrático representativo, porque solo en democracia es que la Constitución puede permanecer como norma suprema producto del ejercicio de la soberanía popular; solo en democracia es que ésta, la soberanía, se puede manifestar en la elección de

[1] Así lo expresó con razón P. Lucas Murillo de la Cueva, apenas creado el Tribunal Constitucional en España en 1979. Véase P. Lucas Murillo de la Cueva, «El Examen de la Constitucionalidad de las Leyes y la Soberanía Parlamentaria», en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 7, Madrid, 1979, p. 200.

[2] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Estado de derecho. Aproximación histórica,* Cátedra Mezerhane, Miami Dade College, Miami, 2016.

un gobierno representativo; solo en democracia es que puede haber respeto y garantía de los derechos y las libertades fundamentales; solo en democracia es que se puede mantener la separación e independencia de poderes como garantía de la libertad; solo en democracia es que puede asegurarse la sujeción del Estado y sus poderes al imperio de la ley; y solo en democracia es que el control jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad de todos los actos de los poderes del Estado es efectivo.

La justicia constitucional, por tanto, puede bien considerarse como el triunfo definitivo de la democracia en la organización del funcionamiento del Estado, al someter a control a todos sus órganos, incluyendo los órganos democrático-representativos, a control. Por ello, en su origen, la justicia constitucional se manifestó precisamente frente a la supremacía y soberanía de los Parlamentos, es decir, contra el cuerpo legislativo y sus facultades;[3] y así fue como surgió, por ejemplo, en los Estados Unidos, a los efectos de asegurar que el Congreso, además de los demás órganos del Estado, también estuviese sujeto a la Constitución, considerándose las leyes sancionadas en violación de la Constitución como nulas. De lo contrario, como lo advirtió Alexander Hamilton. la Constitución sería letra muerta, es decir, «equivaldría a nada.»[4]

Por ello también en Europa, como lo constató Jean Rivero en 1981, si bien la lógica del Estado de derecho colocaba «a la Constitución en la cúspide de la pirámide de normas, de donde las demás normas extraen su validez, […] durante un largo siglo esta lógica se encontró frenada […] por el mito de la supremacía de la ley», razón por la cual en la transformación del Estado de derecho, «para alcanzar la última etapa de la construcción del Estado de derecho», se sometió «al legislador mismo a una norma superior a su propia voluntad.»[5]

Surgió así la justicia constitucional en Europa, como lo expresó el mismo Rivero, como consecuencia del desarrollo del principio democrático que somete a los representantes del pueblo a la Constitución, consistente en:

> «ese fenómeno extraordinario que es la aceptación de una autoridad superior al legislador mismo, de una autoridad encargada de imponer al legislador el respeto de la Constitución por parte del legislador.»[6]

---

[3] Véase E. S. Corwin, *«The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law»,* N.Y., 1955 (reimpreso en *Harvard Law Review,* Vol. XLII, 1928–1929), p. 53.

[4] Véase Alexander Hamilton, (federalist Nos. 71-82), en Clinton Rossiter (Editor), *The Federalist Papers, 1961,* p. 491.

[5] Se refiere a la aceptación de una autoridad superior al legislador encargada de imponerle el respeto de la Constitución. Véase J. Rivero, «Rapport de Synthèse», en L. Favoreu (ed), *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux,* Aix–en–Provence, 1982, p. 519.

[6] *Idem.,* p. 519.

Pero por supuesto, la justicia constitucional no sólo implicó imponer la Constitución al legislador sino también al Ejecutivo, razón por la cual Mauro Cappelletti explicaría también en 1981 que:

> «El constitucionalismo, en su estado más avanzado, ha exigido un órgano o un grupo de órganos, suficientemente independientes de los poderes «políticos» —el legislativo y el ejecutivo— para proteger una regla de derecho superior y relativamente permanente, contra las tentaciones que son inherentes al poder.»[7]

Por tanto, la culminación de la configuración del Estado de derecho, que solo puede existir en democracia, no sólo está en la facultad atribuida a ciertos tribunales para controlar la constitucionalidad de los actos del legislador y del Ejecutivo, sino en el hecho de que por sobre todo, los mismos deben ser órganos independientes, y ello solo puede estar garantizado si el Estado y el sistema de separación de poderes que lo configura orgánicamente en la Constitución, tienen como sustento un régimen democrático. Pues en definitiva, es solo en un sistema democrático donde puede materializarse el control del poder, es decir, donde puede haber efectiva supremacía constitucional, donde puede haber un efectivo control y balance entre los diversos poderes del Estado, donde puede existir un efectivo goce y protección de los derechos humanos, y en fin, donde es posible controlar la actuación de los órganos del Estado y la supremacía de la Constitución.[8]

Por ello la importancia del principio de la separación de poderes en la estructuración de un sistema democrático, pues la separación e independencia de los Poderes Públicos es lo que permite asegurar la supremacía de la Constitución y la efectiva vigencia de los derechos humanos, mediante un efectivo sistema de justicia constitucional.[9]

Por el contrario, si el órgano llamado a ejercer la justicia constitucional es un órgano controlado por el poder político de turno, en lugar de ser el guardián de la Constitución, del Estado de derecho y de la democracia, resulta en definitiva el instrumento más diabólico al servicio del autoritarismo y de la destrucción del Estado de derecho y de la democracia misma.[10]

---

[7] Véase M. Cappelletti, «Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle» en L. Favoreu (ed) *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux, cit.,* p. 483. También reproducido en *Revue Internationale de Droit Comparé,* 1981 (2), p. 647.

[8] Véase Diego Valades, *El control del poder*, Caracas; Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, Democracia y Control del Poder*, Universidad de Los Andes, Mérida, 2004

[9] Tal como se establece en la Carta Democrática Interamericana. Véase los comentarios a la misma y su importania en: Asdrúbal Aguiar y Allan R. Brewer-Carías, *Veinte años de la Carta Democrática Interamericana Veinte años de sus violaciones en Venezuela,* IDEA, Miami 2022.

[10] Véase Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela***,** Colección Estudios Políticos, núm. 13,

Ahora bien, como a los tribunales constitucionales ciertamente nadie los controla, y así sus eventuales interpretaciones inconstitucionales pueden pasar ilegítimamente a formar parte de la propia Constitución convirtiéndose en un «poder constituyente» derivado no regulado en el texto constitucional[11] y, por tanto, contario a la democracia; la preocupación en un sistema democrático siempre ha sido sobre cómo asegurar que ello no pueda ocurrir; y así prevenir que los ciudadanos y los demás órganos del Estado se formulen la pregunta de siempre que suscita el poder incontrolado: *¿Quis custodiet ipsos custodes?,* y que en definitiva en este campo no tiene respuesta.[12]

Por ello, para evitar las desviaciones antidemocráticas de un Juez Constitucional convertido por voluntad propia o porque está controlado políticamente, en legislador o poder constituyente, los sistemas constitucionales solo pueden estructurar mecanismos para garantizar que los tribunales Constitucionales estén integrados por personas dotadas de probidad y justicia, y garantizarles su autonomía e independencia. No hay otra forma.

Y ha sido en tal sentido, para garantizar esa autonomía e independencia de los Jueces Constitucionales, que en todas las Constituciones donde se han establecido sistemas de justicia constitucional se han dispuesto, entre otros aspectos, mecanismos tendientes a lograr una elección de los miembros o magistrados de los tribunales, de manera de neutralizar las influencias políticas no deseadas en una democracia.[13] Con ello se ha buscado asegurar, por la forma de selección de sus

---

Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas 2016, 453 pp.; Segunda edición ampliada. New York-Caracas, 2016; *La Justicia Constitucional, la Demolición del Estado Democrático en Venezuela en nombre de un «Nuevo Constitucionalismo», y una Tesis «Secreta» de Doctorado en la Universidad de Zaragoza*, (Ponencia preparada para las *Jornadas sobre «El papel de la Justicia Constitucional en los procesos de asentamiento del Estado democrático en Iberoamérica,* Universidad Carlos III de Madrid, octubre de 2018), Editorial Jurídica Venezolana International, 2018

[11] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitucional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011.

[12] *Véase* Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed., Lima 2009, pp. 44, 47, 51; Allan R. Brewer-Carías, «*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación», en *Revista de Derecho Público*, núm. 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27; y en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional,* Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489.

[13] Véase Allan R. Brewer-Carías, «The question of Legitimacy: How to choose the Supreme Court Judges», en Ingolf Pernice, Julianne Kokott, Cheryl Sanders (eds.), *The Future of the European Judicial System in Comparative Perspective*. 6th International ECLN Colloquium / IACL Round Table, Berlin, 2-4 November 2005, European Constitutional Law Network Series, Vol. 6, Nomos, Berlín 2006, pp. 153-182; y Allan R. Brewer-Carías «La cuestión de legitimidad: cómo escoger los jueces de las Cortes Supremas. La doctrina europea y el contraste latinoamericano», en *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*. Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, núm. 9, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 125-161

integrantes, que los poderes atribuidos a un órgano estatal de esta naturaleza, quien no tiene quien lo controle, no sean distorsionados y abusados. Es en tal sentido que George Jellinek decía que la única garantía del guardián de la Constitución, al final de cuentas, radica en su «conciencia moral;»[14] sobre todo teniendo en cuenta, como lo observó Alexis de Tocqueville cuando analizó la Constitución Federal de los Estados Unidos en 1834, que:

> «La paz, la prosperidad, y la existencia misma de la Unión están depositados en manos de siete Jueces Federales. Sin ellos, la Constitución sería letra muerta…,
>
> No solo los Jueces federales deben ser buenos ciudadanos, y hombres con la información e integridad indispensables en todo magistrado, sino que deben ser hombres de Estado, suficientemente sabios para percibir los signos de su tiempo, sin miedo para afrontar obstáculos que puedan dominarse, no lentos en poder apartarse de la corriente cuando el oleaje amenaza con barrerlos junto con la supremacía de la Unión y la obediencia debida a sus leyes.
>
> El Presidente, quien ejerce poderes limitados, puede fallar sin causar gran daño en el Estado. El Congreso puede errar sin que la Unión se destruya, porque el cuerpo electoral en el cual se origina puede provocar que se retracte en las decisiones cambiando sus miembros. Pero si la Corte Suprema alguna vez está integrada por hombres imprudentes y malos, la Unión caería en la anarquía y la guerra civil»[15].

Esto es particularmente lo importante a tener en cuenta en los regímenes democráticos, donde la tentación de los tribunales constitucionales en convertirse como antes se dijo, en legisladores e incluso en poder constituyente, resquebraja el principio de la separación de poderes, pues cumplirían funciones estatales sin estar sometidos a control alguno ni del pueblo ni de otros órganos estatales. En otras palabras, la usurpación incontrolada por el juez constitucional de poderes normativos «podría transformar al guardián de la Constitución en soberano.»[16]

---

[14] *V.,* George Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof fur* Österreich, Alfred Holder, Wien 1885, citado por Francisco Fernández Segado, «Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas esterotipadas vinculadas a ellas», in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 12, 2008, Madrid 2008, p. 196.

[15] Véase Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Chapter VIII «The Federal Constitution», de la traducción de Henry Reeve, revisada y corregida en 1899, en http://xroads.virginia.edu /~HYPER/ DETOC/1_ch08.htm Véase igualmente la referencia en Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed., Lima 2009, pp. 46-48.

[16] Véase Francisco Fernández Segado, «Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas esterotipadas vinculadas a

Y la verdad es que lamentablemente, en muchos países, por el régimen político desarrollado o por la condición de los integrantes de los tribunales constitucionales, estos importantes instrumentos diseñados para garantizar la supremacía de la Constitución, para asegurar la protección y el respeto de los derechos fundamentales y asegurar el funcionamiento del sistema democrático, algunas veces se han convertido en uno de los más letales instrumentos del autoritarismo, legitimando las acciones de las otras ramas del poder público contrarias a la Constitución[17], y en algunos casos, por propia iniciativa, en fieles servidores de quienes detentan el poder, configurándose lo que podría denominarse como una de las «patologías» de la justicia constitucional.[18]

Esta afección ocurre, precisamente, cuando los tribunales constitucionales asumen las funciones del legislador, o proceden a mutar[19] la Constitución en forma ilegítima y fraudulenta[20], configurando un completo cuadro de «in» justicia constitucional.[21] En una situación como esa, sin duda, todas las ventajas de la justicia constitucional como garantía de la supremacía de la Constitución se desvanecen, y la justicia constitucional pasa a convertirse en un instrumento político para la violación impune de la Constitución, la destrucción del Estado de derecho y el desmantelamiento de la democracia.[22]

---

ellas», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 12, 2008, Madrid 2008, p. 161.

[17] Véase Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, LexisNexis, Buenos Aires 2006, p. 31

[18] Véase Allan R. Brewer-Carías, *La patología de la justicia constitucional,* Tercera edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014

[19] Una mutación constitucional ocurre cuando se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aún cuando la misma conserva su contenido, recibe una significación diferente. *V.,* Salvador O. Nava Gomar, «Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), *Interpretación Constitucional*, T. II, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 804 ss. *V.,* en general sobre el tema, Konrad Hesse, «Límites a la mutación constitucional», en *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992. Véase por ejemplo sobre el caso de Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, «El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 180, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, pp. 383-418.

[20] Véase Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires 2006, pp. 56-59, 80-81, 165 y ss.

[21] Véase por ejemplo el caso en Venezuela durante la primera década del siglo XXI, en Allan R. Brewer-Carías, *Crónica de la «In» Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

[22] Véase, por ejemplo, también sobre el caso de Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, «La demolición del Estado de derecho y la destrucción de la democracia en Venezuela (1999-2009)», en José Reynoso Núñez y Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo (Coordinadores), *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 477-517.

Por ello, más que las competencias que le son atribuidas a los Jueces Constitucionales, es quizás más importante establecer todos los elementos necesarios para garantizar su autonomía e independencia frente al Poder.

Para ello, por ejemplo, en el caso de Venezuela en la Constitución , se estableció un sistema de elección popular indirecto de los magistrados del Tribunal Supremo, en segundo grado, por parte de la Asamblea Nacional, por una mayoría calificada de los diputados y con la peculiaridad de que los candidatos propuestos solo pueden ser postulados por un Comité de Postulaciones Judiciales que solo puede estar integrado por «representantes de los diversos sectores de la sociedad» (arts. 270). Se trata de uno de los pocos mecanismos de participación ciudadana directamente establecido en la Constitución (aparte de la consulta popular de los proyectos de ley antes de su sanción, art. 211).

Sin embargo, este mecanismo de postulación de los magistrados fue distorsionado e inconstitucionalmente trastocado por el legislador a partir de 2000, al haber establecido en la Ley especial para la designación de los altos funcionarios de los Poderes del Estado, y luego a partir de 2004, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, un Comité de Postulaciones integrado en su mayoría por diputados,[23] con lo cual la integración del mismo, y especialmente de su Sala Constitucional, quedó atrapada por el poder político. Elo ha conducido a que la integración del Tribunal Supremo se haya hecho sucesivamente desde 2000 con magistrados que han estado controlados, y ha sido dependientes del poder político, dando origen a proceso de demolición progresiva y sistemática de la autonomía e independencia del Poder Judicial,[24] resquebrajándose el propio Estado de derecho desde la propia Sala Constitucional.

Así, el magnífico sistema de justicia constitucional que en Venezuela se construyó, pieza a pieza, durante décadas para afianzar el Estado de derecho en democracia hasta 1999,[25] lamentablemente, dado el control al cual se ha sometido a la Sala Constitucional y al subsecuente resquebrajamiento de la democracia que se

---

[23] Véase Allan R. Brewer-carías, «La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas», en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, núm. 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95

[24] Véase lo que escribí en 2004: Allan Brewer-Carías, «La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004», en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos.* Barquisimeto. Venezuela. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 2005, pp. 33-174; y lo que esccribí en 2021: Allan R. Brewer-Carías: *El Demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, núm. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021

[25] Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México 2007.

ha producido desde entonces, se ha convertido en un instrumento artero del autoritarismo para la demolición progresiva de las instituciones del Estado de derecho.[26]

Lo anterior pone en evidencia que por más completo que sea un sistema de justicia constitucional en una Constitución, si el sistema democrático no funciona y, por tanto, no hay separación efectiva entre poderes independientes y autónomos, no sólo la Constitución y su supremacía resultan ser una mentira, sino que todo el andamiaje de la justicia constitucional resulta una farsa.

II. El falso dilema sobre la «legitimidad democrática» de la justicia constitucional basada en la ausencia de elección de los órganos de control de constitucionalidad

Planteado el tema de la relación entre la justicia constitucional y la democracia en el sentido de que la primera es una pieza esencial que en el andamiaje del Estado de derecho solo puede existir en democracia, es decir, donde la independencia de los poderes, y en especial, del guardián de la Constitución esté garantizada; el viejo debate sobre la «legitimidad democrática» del Juez constitucional para controlar la legislación, que tanto preocupó a los juristas durante el siglo pasado, puede decirse que está totalmente superado

En efecto, cuando en el constitucionalismo moderno, el Poder Judicial o unos órganos jurisdiccionales especiales (Cortes constitucionales) recibieron la tarea de defender la Constitución y velar por la constitucionalidad de las leyes, en el pasado, particularmente en Europa, se desencadenó un debate interminable según la expresión utilizada por Mauro Cappelletti, referente al «gigantesco problema del control judicial», centrándose la discusión en torno al tema de la legitimidad o ilegitimidad del poder conferido a los jueces constitucionales, que no son órganos estatales responsables ante el pueblo ni sus miembros son electos por éste, de controlar los actos de otros órganos que, en cambio, sí son políticamente responsables y elegidos democráticamente, como es el caso del legislador.[27] Con ello

[26] Véase Allan R. Brewer-Carías, *The Collapse of the Rule Of Law and the Struggle for Democracy in Venezuela. Lectures and Essays (2015-2020),* Foreword: Asdrúbal Aguiar, Colección Anales, Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Miami Dade College, 2020.; y *Authoritarian Government v. The Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

[27] Véase M. Cappelletti, «El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado», *Revista de Estudios Políticos,* núm. 13, Madrid 1980, pp. 61-103 («The mighty problem of Judicial Review and the contribution of comparative analysis», *Southern California Law*

se apuntaba al tema del carácter democrático o no democrático del control jurisdiccional.[28]

En este debate, en los regímenes en los que prevalecía la soberanía del Parlamento, las posiciones se alternaron, fuera para justificar la ausencia de control jurisdiccional o judicial de la constitucionalidad; o para criticar dicho control, porque en algunos casos los jueces habrían demostrado un activismo desmesurado en la adaptación de la Constitución, estableciendo normas constitucionales no escritas o atribuyendo a ciertas normas un carácter constitucional. En esas condiciones, se estimó que el control jurisdiccional podía ser ilegítimo, pues se pensaba que los órganos estatales no electos no debían controlar a los cuerpos elegidos del Estado, y porque los órganos públicos no electos no podían tener la facultad para determinar qué norma podía tener fuerza de ley, es decir, pronunciarse sobre su constitucionalidad o su inconstitucionalidad.

Lo cierto es que este debate no solo fue interminable y abstracto, sino bizantino, particularmente porque se basaba en un supuesto problema de legitimidad abstracta del control jurisdiccional, que sólo podría resolverse de forma abstracta.[29] El problema del control jurisdiccional de la constitucionalidad o de los poderes otorgados a los jueces o a órganos constitucionales de naturaleza jurisdiccional para velar por la constitucionalidad de las leyes, no puede ser tratado o discutido bajo el ángulo de la legitimidad o ilegitimidad «democrática» basada en la sola elección o la representatividad. La democracia va más allá de ello, porque se trata más bien de un modo político de vida y de un sistema de separación de poderes y de control del poder, entre órganos autónomos e independientes que se controlan entre sí, en el que las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos tienen primacía.

Por ello es que hemos dicho que un sistema de control jurisdiccional efectivo de la constitucionalidad de las leyes no es viable en regímenes no democráticos, sobre todo porque en esos sistemas no puede existir una verdadera independencia y autonomía de los jueces;[30] siendo absolutamente claro que no se puede ejercer un control judicial efectivo en sistemas en los que no se garantiza la autonomía e independencia del Poder Judicial[31]. En esos sistemas, por más elecciones que pue-

---

Review, 1980, p. 409). Véase también, J. Carpizo *y* H. Fix-Zamudio, «La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente», *Boletín Mexicano de Derecho, Comparado,* 52, 1985, p. 33; también publicado en L. Favoreu y J. A. Jolowicz (ed.), *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et developpements récents,* París, 1986, pp. 119-151.

[28] Véase M. Cappelletti, «Rapport Général», en L. Favoreu y J. A. y J. A. Jolowicz. (ed) *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents,* París 1986,, pp. 296 y sig.

[29] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law,* Cambridge University Press, Cambridge 1989, pp. 116 ss.

[30] Véase M. Cappelletti, Rapport Général, *loc. cit.,* p. 29.

[31] Véase J. Carpizo y H. Fix-Zamudio, *The necessily for and the Legitimacy of the Judicial Review of the Constitutioality of the Laws in Latin America, Developments.* International Association of Legal

da haber, no hay efectiva democracia y en ellos, el juez constitucional sometido al poder, es más bien un instrumento de consolidación del autoritarismo.

Fue por esta razón por la cual muchos países europeos, superando la vieja polémica, instauraron un control jurisdiccional en materia de constitucionalidad luego de períodos de dictadura, como fue el caso en Alemania, Italia, España y Portugal.[32] De allí, por supuesto, no puede deducirse que la justicia constitucional sea un sistema propio de nuevas democracias, o de Estados cuya tradición democrática es más débil y quebradiza.[33]

En consecuencia, en todo régimen representativo y democrático porque está garantizada la separación de poderes y el control del poder, el poder otorgado a los jueces o a ciertos órganos constitucionales independientes y autónomos para vigilar las anomalías del Legislativo y las infracciones del órgano representativo contra los derechos fundamentales, debe considerarse como completamente democrático y legítimo.[34] Como lo puso de manifiesto Jean Rivero en 1981 cuando se refirió a la protección de derechos fundamentales por parte de los Tribunales constitucionales en Europa:

> «Creo, incluso, que el control marca un progreso en el sentido de la democracia, que no es solamente un modo de atribución del poder, sino también un modo de ejercicio del poder. Y pienso que todo lo que refuerce las libertades fundamentales del ciudadano va en el sentido de la democracia.»[35]

En este orden de ideas, Eduardo García de Enterría, refiriéndose a las libertades constitucionales y a los derechos fundamentales como límites impuestos a los poderes de Estado, también observó que:

> «Si la Constitución los consagra, es obvio que una mayoría parlamentaria ocasional que los desconozca o los infrinja, lejos de estar legitimada para ello por el argumento mayoritario, estará revelando su abuso de podar,

---

Sciences. Uppsala Colloquium 1984 (mineo), p. 22. Publicado también en L. Favoreu y J. A. Jolowicz (ed). *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité effectivité et développements récents, cit.,* pp. 119-151.

[32] Véase L. Favoreu, « L. Favoreu, «Europe occidentale» en L. Favoreu y J. A. Jolowicz. (ed) *Le contrôle juriditionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents,* París 1986*.,* p. 44. *Cfr.* P. de Vega García, «Jurisdicción constitucional y Crisis de la Constitución», *Revista de Estudios políticos,* núm. 7, Madrid, 1979, p. 108.

[33] Como lo afirmó Francisco Rubio Llorente, «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 35, Madrid 1992, p. 12.

[34] Véase E. V. Rostow, «The Democratic Character of Judicial Review», *Harvard Law Review,* 193, 1952.

[35] Véase J. Rivero, «Rapport de Synthèse», *loc. cit.,* pp. 525526. *Cfr.* M. Cappelletti «Rapport Général», *loc. cit,* p. 300.

> su posible intento de postración o de exclusión de la minoría. La función protectora del Tribunal Constitucional frente a este abuso, anulando los actos legislativos atentatorios de la libertad de todos o de algunos ciudadanos, es el único instrumento eficaz frente a ese atentado; no hay alternativa posible si se pretende una garantía efectiva de la libertad, que haga de ella algo más que simple retórica del documento constitucional.»[36]

Este mismo argumento lo expuso Hans Kelsen en 1928, para refutar la tesis referente a la fuerza de la mayoría. A este respecto escribió:

> «Si se ve la esencia de la democracia, no en el poder todo poderoso de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y luego en la paz social, la justicia constitucional surge como un medio particularmente adecuado para llevar a cabo esta idea. La simple amenaza de recurso a un tribunal constitucional puede ser, en manos de la minoría, un instrumento para impedir a la mayoría violar inconstitucionalmente intereses jurídicamente protegidos, y, para oponerse eventualmente a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social, que la de la minoría.»[37]

Pero la legitimidad democrática del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no sólo proviene de la garantía de protección de los derechos fundamentales, sino también de los aspectos orgánicos de la Constitución, es decir, de los sistemas de distribución y separación de poderes adoptados por la Constitución, y de las garantías que en ella se establezcan para asegurar la autonomía e independencia de los mismos.

En este respecto cabe destacar que el problema o discusión sobre la legitimidad de dicho control nunca se ha planteó, por ejemplo, en el caso de la distribución vertical del poder del Estado, propio de los regímenes políticamente descentralizados o de tipo federal. Al contrario, puede afirmarse que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes siempre ha estado estrechamente ligado al federalismo,[38] lo que es aplicable al régimen de regiones políticas y autonomías.

En efecto, el federalismo exige la imposición de un cierto grado de supremacía de las leyes federales sobre la legislación local, regional o de los Estados miembros. Por ello, no es casualidad que los países dotados de una estructura federal y

---

[36] Véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional,* Madrid, 1985, p. 190.

[37] Véase H. Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)», en *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger,* París, 1928., p. 253.

[38] Véase W. J. Wagner, *The Federal States and their Judiciary,* The Hague, 1959, p. 85.

políticamente descentralizados hayan sido los primeros en instaurar un control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Ese fue el caso, durante el siglo XIX, de los Estados Unidos de América, y de todos los Estados federales de América Latina (Argentina, Brasil, México y Venezuela), los cuales instauraron un sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado. De igual modo, en Europa, al haber Alemania adoptado un modelo de Estado federal, Italia un sistema regional descentralizado y España el sistema de comunidades autónomas, estos tres países establecieron un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

En todos estos casos, la necesidad de instaurar un control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se justificaba, precisamente, con miras a resolver los conflictos de poder que pudieran surgir entre las diversas instancias políticas nacionales y regionales. Una de las tareas fundamentales de las Cortes y Tribunales Constitucionales en Austria, Alemania, Italia y España, y del control judicial de la constitucionalidad que ejercen las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en América Latina es, precisamente, la resolución de los conflictos y colisiones entre las instancias Político Administrativas nacionales y los Estados miembros de la federación, las regiones o entidades locales políticas o las comunidades autónomas, según los países.

Por ello, en el caso de los Estados Federales o regionalizados, la descentralización política contribuyó a la aparición y consolidación de Cortes o Tribunales Constitucionales encargados, precisamente, de velar por la constitucionalidad de las leyes, para garantizar el equilibrio constitucional entre el Estado y las otras entidades territoriales. En esos Estados federales o políticamente descentralizados, por tanto, nunca hubo dudas en cuanto a la legitimidad democrática del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, ni hubo debate al respecto, salvo para justificar su existencia y necesidad.

Por consiguiente, los problemas de legitimidad que plantea el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no pueden tener relación alguna ni con la garantía de la Constitución referente a la forma del Estado, al federalismo o la descentralización política, ni tampoco con la que se refiere a los derechos fundamentales del individuo. En estos casos, ello constituye un freno para el poder legislativo, por lo que dicho control jurisdiccional se ejerce legítimamente sin duda alguna.[39]

Sin embargo, no podía decirse lo mismo respecto de la distribución horizontal o la separación de poderes. Aun cuando este principio también le impone límites al

[39] Véase B. O. Nwabueze, Judicial Control of Legislative action and its Legitimacy — Recent Developments. African Regional Report. International Association of Legal Sciences. Uppsala Colloquium, 1984 (mimeo), p. 23. Publicado también en L. Favoreu y J. A. Jolowicz (ed), *Le contrôle juridictionnel des lois...*, *op. cit.,* pp. 193-222.

poder legislativo, en este caso, la aceptación del control judicial de la constitucionalidad de las leyes fue el que suscitó polémicas en cuanto a su «legitimidad democrática», en particular, debido a que ese control se enfrentaba al principio de la supremacía del Parlamento, cuyos miembros eran electos, sobre los demás poderes del Estado. Por otra parte, no debe descartarse que ello mismo proporcionó argumentos en favor del control jurisdiccional o judicial, como elemento de contrapeso esencial entre los diferentes poderes del Estado, para garantizar la Constitución.

En todo caso, los principios tradicionales de la supremacía del Parlamento, por un lado, y, por el otro, de la separación de poderes, fueron tan importantes en Europa todavía hasta mitades del siglo pasado, que tuvieron como consecuencia impedir a las autoridades judiciales toda posibilidad de ejercer su poder de control, no sólo sobre la legalidad de los actos administrativos, sino también sobre la constitucionalidad de las leyes. Esa fue la razón por la que en Francia se creó la Jurisdicción Contencioso Administrativa separada e independiente del Poder Judicial, y en general, en Europa se hubieran desarrollaron sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad, pero tomando la precaución de confiarlos a nuevos órganos constitucionales, distintos y separados del Poder Judicial. En esta forma, la necesidad ineludible de instaurar un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes como garantía de la Constitución, se adaptó a la interpretación extrema del principio de la separación de poderes conforme al cual, tradicionalmente se consideraba toda tentativa de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, como una injerencia inadmisible de las autoridades judiciales en el campo del Legislador.

Esta confrontación entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y el principio de la separación de poderes fue, precisamente, lo que llevó a la creación de Tribunales constitucionales en Europa continental, con la atribución jurisdiccional particular y específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, sin que ello se atribuyera, sin embargo, al orden judicial tradicional. En esta forma, se puso fin a la antinomia, creándose nuevos Tribunales o Cortes constitucionales, ubicadas jerárquicamente por encima de los órganos que ejercen los poderes públicos horizontalmente; en consecuencia, ubicados por encima del Parlamento, del Ejecutivo y de las autoridades judiciales, con miras a velar por la supremacía de la Constitución sobre todos los órganos del Estado.

Ello por supuesto, no ocurrió en los países de América Latina donde el control de la constitucionalidad de las leyes, por influencia sin duda del constitucionalismo norteamericano, se atribuyó desde el inicio del constitucionalismo a las autoridades judiciales superiores.[40]

---

[40] Véase Allan R. Brewer-Carías, «La Justicia Constitucional en América Latina», en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 309, Santa Fe de Bogotá, Colombia, julio 1997, pp. 81-133

En todo caso, sea como fuere, la consecuencia del control de constitucionalidad puso fin a la supremacía del parlamento, considerándose estas Cortes, Consejos y Tribunales Constitucionales como los «intérpretes supremos de la Constitución», según el calificativo que le atribuyó la Ley Orgánica que creó el Tribunal Constitucional en España[41] o como los «guardianes de la Constitución.»[42]

Por ello, Eduardo García de Enterría, al hablar del Tribunal Constitucional español, lo calificó de «comisario del poder constituyente, encargado de defender la Constitución y de velar por que todos los órganos constitucionales conserven su estricta calidad de poderes constituidos»[43] y el entonces presidente de ese mismo Tribunal español, Manuel García Pelayo vio en él «un órgano constitucional instituido y directamente estructurado por la Constitución» y que:

> «Como regulador de la constitucionalidad de la acción estatal, está destinado a dar plena existencia al Estado de derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos componentes inexcusables, en nuestro tiempo, del verdadero «Estado constitucional»[44].

En ese contexto, que se trate de órganos de control cuyos miembros no son electos popularmente, y que pueden anular actos de órganos electos democráticamente, no es nada antidemocrático siempre que los dichos órganos de control de constitucionalidad gocen de autonomía e independencia. Por ello, en definitiva, la legitimidad del control de constitucionalidad con lo que se mide es con la vara del funcionamiento de sistema democrático, en el sentido de que es absolutamente legítimo si se ejerce en el marco de un sistema de separación de poderes con autonomía garantizada de los órganos del Estado; resultando absolutamente ilegítimo si se ejerce por unos jueces constitucionales sometidos al poder ejecutivo o al legislador, y que, por tanto, no gozan de autonomía alguna.

Ese es ahora el verdadero tema y problema de la legitimidad democrática de la justicia constitucional, que encuentra un aspecto esencial de su aplicación práctica, en el reconocimiento que los tribunales de otros países pueden o no dar a las decisiones de los tribunales constitucionales, cuando en aquellos se han fijado estándares vinculados a la democracia, como la independencia y autonomía de los jueces y al respeto de las reglas del debido proceso, para poder darle reconocimiento a sentencias dictadas por jueces extranjeros.

---

[41] Art. 1. Ley Orgánica del Tribunal constitucional. Oct. 1979, *Boletín Oficial del Estado,* núm. 239.

[42] Véase G. Leibholz, *Problemas fundamentales de la Democracia,* Madrid, 1971 p. 15.

[43] Véase E. García de Enterría, *La Constitución como norma., op. cit.,* p. 198.

[44] Véase M. García Pelayo, «El Status del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 1, Madrid, 1981,p. 15.

III. El respeto de la garantía del debido proceso como fundamento de la legitimidad democrática de las sentencias del juez constitucional

Esos estándares de legitimidad de las sentencias de los tribunales constitucionales, en efecto, como ocurre con cualquier tribunal en un Estado de derecho, giran en torno a las garantías judiciales que por ejemplo se regulan en el artículo 49 de la Constitución de Venezuela, que además del derecho de acceso a la justicia y del derecho a la tutela judicial efectiva, dispone que la justicia sea impartida en el curso de un debido proceso, por tribunales que sean los competentes, y que sean autónomos, independientes e imparciales.[45] Esta garantía fue calificada, con razón, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, como la «garantía suprema dentro de un Estado de Derecho.»[46]

---

[45] El artículo 49 de la Constitución establece que: »El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1.La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley. / 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. / 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. / 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto. / 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. / La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza. / 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. / 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente. / 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas[*].

[46] Véase sentencia núm. 123 de la Sala Constitucional (Caso: *Sergio J. Meléndez*) de 17 de marzo de 2000, en *Revista de Derecho Público*, núm. 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 143. Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, «La ilegítima despersonalización de las sociedades, la ilegal distorsión del régimen de la responsabilidad societaria y la violación del debido proceso en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Venezuela», en Alfredo Morles e Irene Valera (Coordinadores), *Derecho de Grupos de Sociedades*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Serie Eventos, núm. 19, Caracas 2005, pp. 91-129.

Así, en sentencia No. 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes*), la Sala Constitucional señaló que «se denomina debido proceso a aquél proceso que reúne las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva», no siendo una clase determinada de proceso:

> «sino la necesidad de que cualquiera sea la vía escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva»[47].

Por su parte, en sentencia No. 157 de 17 de febrero de 2000, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de venezuela (Caso: *Juan C. Pareja P. vs. MRI*), precisó en relación con las garantías procesales y el derecho a la defensa que establece el artículo 49 de la Constitución, que:

> «Se trata de un derecho complejo que encierra dentro de sí, un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado, entre los que figuran, el *derecho a acceder a la justicia*, el *derecho a ser oído*, el derecho a la *articulación de un proceso debido*, derecho de *acceso a los recursos* legalmente establecidos, derecho a un *tribunal competente*, *independiente e imparcial*, derecho a obtener *una resolución de fondo fundada en derecho*, derecho a un proceso *sin dilaciones indebidas*, derecho a la *ejecución* de las sentencias, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental.
>
> Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada han precisado, que este derecho no debe configurarse aisladamente, sino vincularse a otros derechos fundamentales como lo son, el derecho a la tutela efectiva y el derecho al respeto de la dignidad de la persona humana...
>
> El artículo 49 del Texto Fundamental vigente consagra que el debido proceso es un derecho *aplicable a todas las actuaciones judiciales y* administrativas, disposición que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que *el debido proceso significa que ambas partes en el procedimiento* administrativo, como *en el proceso judicial, deben tener* igualdad de oportunidades, tanto *en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos*[48].

[47] Véase en *Revista de Derecho Público*, núm. 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 148.

[48] Véase en *Revista de Derecho Público*, núm. 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 135.

Ahora bien, en particular, en relación con la garantía del derecho a la defensa, el ordinal 1º del artículo 49 de la Constitución no sólo establece que es un derecho inviolable en *todo estado y* grado de la investigación y del proceso, sino que comprende adicionalmente, el de la persona *a ser notificada de los cargos* por los cuales se la investiga, de *acceder a las pruebas* y de *disponer del tiempo* y de los medios adecuados para ejercer su *defensa*.

Dicho derecho a la defensa puede decirse que ha sido amplio y tradicionalmente analizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo así como por la de la antigua Corte Suprema de Justicia, considerándose como

> «*garantía que exige el respeto al principio esencial de contradicción*, conforme al cual, las partes enfrentadas, en condiciones de igualdad, *deben disponer de mecanismos suficientes que les permitan alegar y proba*r las circunstancias tendientes al reconocimiento de sus intereses, necesariamente, una sola de ellas resulte gananciosa». (Sentencia No. 1166 de 29 de junio de 2001, Ponente Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: *Alejandro Moreno vs. Sociedad Mercantil Auto Escape Los Arales, S.R.L.).»*[49]

El derecho a la defensa, como garantía del debido proceso, por tanto, *no puede ser desconocido ni siquiera por el legislador,*[50] por lo que es un derecho constitucional absoluto, «inviolable» en todo estado y grado de la causa dice la Constitución, el cual corresponde a toda persona, sin distingo alguno si se trata de una persona natural o jurídica, de derecho privado o de derecho público, por lo que no admite excepciones ni limitaciones[51]. Dicho derecho:

---

[49] Esto ya lo había sentado la sentencia núm. 3682 de 19 de diciembre de 1999, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia al destacar que el reconocimiento constitucional del derecho a la defensa se extiende a todas las relaciones de naturaleza jurídica que ocurren en la vida cotidiana, y con especial relevancia, en aquellas situaciones en las cuales los derechos de los particulares son afectados por una autoridad pública o privada; de manera que el derecho constitucional impone que en todo procedimiento tanto administrativo como judicial, «se asegure un equilibrio y una igualdad entre las partes intervinientes, garantizándole el derecho a ser oída, a desvirtuar lo imputado o a probar lo contrario a lo sostenido por el funcionario en el curso del procedimiento». Véase en *Revista de Derecho Público,* núm. 79-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

[50] Esto lo precisó con toda claridad la misma Sala Constitucional en sentencia núm. 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo)* en la cual precisó que si las limitaciones al derecho de defensa que puedan estar en la Constitución son ampliadas por el Legislador, las mismas devienen en ilegítimas, señalando que: «las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas; esto es, la sola previsión legal de restricciones al ejercicio del derecho de defensa no justifica las mismas, sino en la medida que obedezcan al aludido mandato constitucional».

[51] Por ello, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 15-8-97 (Caso: *Telecomunicaciones Movilnet, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)*

> «es un derecho, fundamental que nuestra Constitución protege y que es de tal naturaleza, que no puede ser suspendido en el ámbito de un estado de derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige»[52].

En consecuencia, la legitimidad democrática de una sentencia de un tribunal constitucional parte del supuesto, ante todo, de que la misma haya sido dictada conforme a las garantías del debido proceso, y en particular, por un tribunal independiente imparcial y autónomo en un proceso iniciado a instancia de parte, en el cual se haya garantizado el derecho a ser oído y a la defensa.

IV. El tema de la legitimidad democrática de la justicia constitucional con motivo del reconocimiento por tribunales extranjeros de las sentencias de los tribunales constitucionales

En consecuencia, en los casos en los cuales un juez, incluyendo el Juez Constitucional, dicta una sentencia en violación a las reglas del debido proceso, por ejemplo, conforme a las previsiones constitucionales y a la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Venezuela, puede decirse que dicha sentencia no sólo se torna en ilegítima desde el punto de vista democrático, sino, que la misma se debe considerarse nula en los términos del artículo 25 de la Constitución, que dispone que todo acto estatal incluyendo por supuesto las sentencias judiciales «que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo.»[53]

Pero aparte de esta sanción tan radical de ilegitimidad y nulidad en el derecho interno, la otra consecuencia de las sentencias de los Tribunales Constitucionales que violen las garantías judiciales, es que las mismas también encuentran escollos cuando se pretenda que deban ser reconocidas por jueces extranjeros en países democráticos, en los cuales también rigen estándares similares a los antes mencionados sobre garantías al debido proceso.

---

señaló que. «resulta inconcebible en un Estado de Derecho, la imposición de sanciones, medidas prohibitivas o en el general, cualquier tipo de limitación o restricción a la esfera subjetiva de los administrados, sin que se de oportunidad alguna de ejercicio de la debida defensa». Véase en *Revista de Derecho Público,* núm. 71-72, Caracas 1997, pp. 154-163.

[52] Así lo estableció la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia núm. 572 de 18-8-97. (Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones*).

[53] Dicho Artículo 25 de la Constitución dispone: «Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.»

Ha sido el caso, por ejemplo, de los tribunales en los Estados Unidos donde conforme a la doctrina establecida por la Suprema Corte desde el caso *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), para reconocer como cortesía (*comity*) un fallo judicial extranjero, los tribunales estadounidenses deben asegurar que el fallo extranjero:

> «parezca haberse dictado por un *tribunal competente*, con jurisdicción de la causa y respecto de las partes, y sobre las debidas *alegaciones y pruebas* y la *oportunidad otorgada a las mismas para defenderse* contra ellos, que sus procedimientos sean acordes con el curso de una *jurisprudencia civilizada*, y que queden expresados en registro claro y formal.»[54]

Es decir, para que las cortes en los Estados Unidos reconozcan efectos a sentencias extranjeras, éstas tienen que haber sido dictadas por *un juez que tenga jurisdicción* en el caso, es decir, sea *competente* tanto respecto de la causa como respecto de las partes involucradas; y que haya sido dictada respetándose *los principios del debido proceso*, es decir, que *se haya citado a las partes* involucradas y se le haya dado *oportunidad de alegar y probar en su defensa*; en fin, que el procedimiento seguido sea acorde con una *jurisprudencia civilizada* que es la que impone el respeto del *due process of law*.

Por tanto, conforme a estos estándares, una decisión de un tribunal constitucional de cualquier país, cuando el mismo carece de autonomía e independencia, el mismo no califica como un tribunal imparcial, y no debe ser reconocida; lo que igualmente ocurre cuando la sentencia es dictada sin que se garanticen los principios del debido proceso.

En tal sentido, un caso práctico que se ha planteado en la jurisdicción de los tribunales del Reino Unido, que es de interés actual para ilustrar el tema, es el referido a un conjunto de sentencias dictadas en 2019 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, actuando como juez constitucional, en relación con los actos de la Asamblea Nacional que establecieron un régimen de transición hacia la democracia para el restablecimiento pleno de la Constitución,[55] y cuyo reconocimiento ha sido discutido en los tribunales del Reino Unido.

Allí, en efecto, en los últimos años, desde 2019, se han desarrollado varios procesos judiciales en los cuales los tribunales, conforme a la doctrina del *Act of*

---

[54] Disponible en US Supreme Court, *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895). Available at: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/159/113/

[55] Véase Allan R. Brewer-Carias, *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores* (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

State, por el reconocimiento dado por parte del Gobierno británico a los actos de la Asamblea Nacional electa en Venezuela en diciembre de 2015 y del Presidente Encargado Juan Guaidó, como los emanados del Estado venezolana (y no a los del Sr. Nicolás Maduro, cuya reelección como Presidente fue declarada inexistente por dicha Asamblea Nacional), los tribunales también le han dado dicho reconocimiento a dichos actos.

En ese contexto, por ejemplo, la Corte Suprema del Reino Unido al conocer de una apelación respecto de unas sentencias dictadas por tribunales inferiores, el 20 diciembre de 2021 dictó una importante decisión en el Caso *«Maduro Board» del Banco Central de Venezuela (Respondent/Cross-Appelant) v «Guaidó Board» del Banco Central de Venezuela (Appelant/Cross— Respondent)*», en la cual sentó algunos principios sobre el tema del reconocimiento por los tribunales del Reino Unido de las sentencias mencionadas de la Sala Constitucional de Venezuela de 2019, que habían sido alegadas en los juicios porque habían anulado actos emitidos por la Asamblea Nacional y el Presidente Encargado Guaidó, en particular, el «Estatuto de Transición hacia la democracia», el nombramiento del Procurador General Especial, y el nombramiento de la «Junta Ad Hoc» del Banco Central de Venezuela.

En la mencionada decisión, la Corte Suprema del Reino Unido estableció que:

> «no existe norma alguna que exija una aceptación incuestionable por parte de las cortes del Reino Unido de la validez o legalidad de una sentencia extranjera. Más bien, el status de una sentencia extranjera se deja a ser determinada de conformidad con las normas nacionales sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras» (párr. 161).

Agregando, además, al referirse a las decisiones antes mencionadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por parte del tribunal comercial competente, que en la audiencia la misma corte comercial:

> «tendrá que tener en cuenta y pronunciarse sobre la impugnación de la *Guaidó Board* a las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia por falta de debido proceso y falta de imparcialidad. Además, debe enfatizarse una vez más que sólo pueden darse efectos a tales sentencias extranjeras sujetas al funcionamiento primordial del orden público del foro, que incluirá necesariamente la aplicación efectiva del principio de una sola voz. Como resultado, no se podría dar reconocimiento o efecto a una sentencia del TSJ si y en la medida en que hacerlo entraría en conflicto con el reconocimiento por parte de HMG del Sr. Guaidó como Presidente interino de Venezuela» (párr. 177).

Es decir, con sus modalidades específicas, en el derecho del Reino Unido se trata de analizar, en definitiva, los mismos principios universales del debido proceso que se garantizan en todos los países democráticos, basados siempre en previsiones que son de orden público, y que consagra la Constitución de Venezuela de 1999 y, como se indicó, se establecen igualmente, por ejemplo, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Sobre la base de estos principios, en mi criterio, por ejemplo, las decisiones adoptadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en 2019 relacionadas con el gobierno de transición hacia la democracia en Venezuela, en particular las sentencias No. 3 de 21 de enero de 2019; No 6 de 8 de febrero de 2019; No 39 de 14 de febrero de 2019; No 74 de 11 de abril de 2019; y N 247 de 25 de julo de 2019;[56] no podrían ser reconocidas por los tribunales extranjeros donde rigen dichos principios del debido proceso, de la necesidad de un juicio justo y del respeto al derecho a la defensa, porque violan dichos principios tal como se establecen en el artículo 49 de la Constitución Venezolana, ya que dichas decisiones: (i) fueron dictadas por un tribunal completamente carente de independencia, autonomía e imparcialidad como es el Tribunal Supremo de Justicia, y en especial, por su Sala Constitucional; (ii) fueron dictadas sin que se hubiera desarrollado un «proceso judicial» ante el Tribunal, ya que las decisiones fueron emitidas por la Sala Constitucional en forma unilateral, *de oficio*, en violación además de lo establecido en los artículos 32 y 89 de la Ley Orgánica del mismo Tribunal Supremo y de uno de los principios más elementales del control de constitucionalidad concentrado, que exige instancia de parte mediante acción popular; [57] (iii) fueron dictadas sin un juicio justo, es decir, sin citación

[56] Véase sobre estas sentencias el estudio detallado de las mismas en Alan R. Brewer-Carías, «The Constitutional Foundation of the Transition Regime Towards Democracy in Venezuela 2019-2020», in José Ignacio Hernández y Allan R. Brewer-Carias, *The Defense of the Rights and Interests of the Venezuelan State by the Interim Government before Foreign Courts. 2019-2020*, Editorial Jurídica Venezolana, New York, 2021, pp. 113-274. Available at: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/09/9781636255361.txt.jihabcintnlrecognCONPORTADA.pdf; y en Allan R. Brewer-Carías, «The Unconstitutional *Ex Officio* Judicial Review Rulings issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Venezuela Annulling all the 2019 National Assembly Decisions Sanctioned within the framework of the 2019 Transition Regime Towards Democracy for The Restoration of the Enforcement of the Constitution», in Gonzalo Pérez Salazar, Luis Petit García, María Auxiliadora Gutierrez (Coordinators), *Respuestas del Derecho Procesal Constitucional a los Desafíos de Hoy, VII Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Homenaje a Héctor Fi Zamudio* (Coordinadores Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila, Caracas 2021. Available at: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/12/1086.-A.R.-BREWER-CARIAS-.-UNCONSTITUTIONAL-EX-OFFICIO-JUDICIAL-REVIEW-RULINGS-IN-VENEZUELA-LETRA-ARIAL-Rev-ARBC6-2-21.pdf

[57] En particular, en el 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo se dispone que solo corresponde a Sala Constitucional ejercer el *«control concentrado de la constitucionalidad […] en los términos previstos en esta Ley, mediante demanda popular de inconstitucionalidad»,* es decir, conforme al «principio

o notificación alguna ni a la Asamblea Nacional ni al Presidente interino, es decir, en violación al derecho a la defensa, sin darles oportunidad y posibilidad de defenderse contra la acción unilateral adoptada por la Sala Constitucional y de presentar pruebas y alegaciones; y (iv) finalmente porque fueron dictadas por un tribunal que no es imparcial ni independiente, [58] como ha sido reconocido y declarado en todas las instancias internacionales encargadas de la protección de os derechos humanos. [59]

Además, y en cuanto a las decisiones que anularon los actos administrativos del Presidente interino Juan Guaidó, fueron decisiones dictadas por un tribunal incompetente, carente de jurisdicción debido a que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo no tiene competencia alguna para controlar la constitucionalidad o legalidad de los *actos administrativos* del Ejecutivo Nacional, lo que corresponde exclusivamente a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (Jurisdicción Contencioso Administrativa) conforme al artículo 259 de la Constitución.

Por tanto, las mencionadas sentencias No. 3, 6, 39, 74 y 247, todas iniciadas de oficio, violándose el principio dispositivo y todas las reglas del debido proceso, por violación del artículo 49 de la Constitución deben considerarse nulas de pleno derecho conforme al artículo 25 de la misma Constitución. Las mismas no tienen valor o efecto legal alguno en el sistema venezolano de control de constitucionalidad, y en consecuencia, al haber sido emitidas en violación de los principios y normas más fundamentales del debido proceso legal, no pueden considerarse como decisiones judiciales legítimas.

Ello hace que, en nuestro criterio, ningún tribunal de un Estado democrático de derecho pueda reconocer dichas decisiones como legítimas sentencias judiciales, por carecer de legitimidad democrática al contrariar los principios más elementales del debido proceso.

---

dispositivo», pudiendo la Sala solo «suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público.» Es decir, para que la Sala Constitucional resuelva sobre un proceso de control concentrado de constitucionalidad de la legislación, debe ser presentada una acción popular que debe ser interpuesta formalmente por una parte interesada (arts. 32, 89, 129), y solo en los casos de deficiencias en la solicitud o queja presentada por el demandante la Sala Constitucional está facultada para subsanar, de oficio, tales deficiencias

[58] Véase sobre el proceso de destrucción de la independencia y autonomía del Poder Judicial, y en especial del Tribunal Supremo de Justicia: Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 612 pp.

[59] Véase, para solo mencionar instancias en América Latina, la referencia a todos los *Informes Anuales* de los últimos veinte años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los cuales *ha constatado reiteradamente la falta de independencia judicial* en Venezuela. Véase en:Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Nelson J. Mezerhane Gosen vs Venezuela*, Informe de admisibilidad No.312/21, Petición 961-10, 2 de noviembre de 2021, párr. 33.

He allí la importancia de la relación que existe, precisamente, entre democracia y justicia constitucional, que implica que cuando la justicia constitucional se imparte en países que no cuentan con un sistema democrático por jueces que no son ni independientes ni imparciales, violándose los principios del debido proceso, las sentencias resultantes carecen de legitimidad democrática, y no pueden ser reconocidas por las cortes de Estados de derecho democráticos.

Nueva York, abril de 2022

EL ROL DE LAS CORTES REGIONALES EN DEMOCRACIA ALGUNAS REFLEXIONES BASADAS EN UN ENFOQUE COMPARATIVO DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Laurence Burgorgue-Larsen
Catedrática de Derecho público en la Escuela de Derecho de la Sorbona (Universidad Paris 1)

¿Cómo, en nuestras sociedades entrelazadas, la voluntad mayoritaria de las sociedades nacionales, está tenida en cuenta por las jurisdicciones internacionales y nacionales? Esta pregunta es difícil ya que afecta a los fundamentos democráticos de nuestras sociedades. Muchas voces en el mundo son bastante críticas al respecto, en círculos académicos y judiciales. Desde Lord Sumption (historiador y exjuez del Tribunal Supremo del Reino Unido)[1], hasta Roberto Gargarella (teórico del derecho y politólogo argentino)[2] o el destacado académico Jeremy Waldron (co-

[1] Lord Sumption expuso, en cinco *Reith Lectures* —organizadas por BBC Radio 4— su visión del derecho en la sociedad y, en particular, su enfoque restrictivo del papel del juez en la *City,* defendiendo «una tesis de más política, menos derecho» (véanse especialmente las *Reith Lectures nº 1 'Law's Expanding Empire*'; *nº 2 'In Praise of Politics'; y nº 3 'Human Rights and Wrongs*'). El Presidente del TEDH, Robert Spano, (sin desviarse de su adhesión al principio de subsidiariedad y a la doctrina de control «procesal»), defendió hábilmente los métodos de interpretación del Tribunal Europeo. Al mismo tiempo, articuló, en un momento de «desconsolidación democrática» (véase la referencia en la nota 11), que: 'Las sociedades europeas establecieron una estructura de democracia constitucional en la que ciertos derechos y valores fundamentales recibieron un estatus normativo que limitaba el gobierno mayoritario. De este modo, intentaron hacer que el propio proceso político fuera más racional, menos propenso a ser dominado por los sentimientos viscerales, por el miedo, la ira y el odio, todos ellos elementos primitivos de los derechos humanos que han dado vida a una tendencia populista y, en última instancia, autodestructiva', véase *La Conferencia Anual sobre Derechos Humanos del Instituto Bonavero. The Democratic Virtues of Human Rights Law-A Response to Lord Sumption's Reith Lectures,* 20 de febrero de 2020, disponible en el sitio web del Tribunal).

[2] En un artículo centrado íntegramente en el caso *Gelma*n (Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 22 (24 de febrero de 2011), R. Gargarella rechaza radicalmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre amnistías. El punto de partida de su análisis —su fundamento filosófico— es el Estado y sus procesos de deliberación, y no el individuo y el principio de protección *pro homine*. Considera, en cambio, que la Corte debería haber hecho una distinción entre los distintos tipos de amnistías en América Latina, por ejemplo, tomando en consideración

nocido profesor de derecho constitucional de la NYU)[3], las audacias del Poder Judicial son vistas como ataques desproporcionados a la democracia, que se supone está encarnada por los representantes del pueblo en las asambleas legislativas.

No obstante, el papel de los tribunales nacionales y la función principal de los Tribunales constitucionales (TC) es, en términos generales, proteger los derechos de las minorías. La propia democracia está, pues, en juego. El tema se complica aún más cuando entran en juego los Tribunales internacionales y, más concretamente, debido a sus funciones, los Tribunales Regionales de Derechos Humanos (TRDH), que serán el punto central de este artículo. Estos tribunales deben «conciliar» su control jurídico con él de los tribunales nacionales, que son los primeros en examinar la conformidad entre las leyes adoptadas por las mayorías políticas, y las normas constitucionales.

En ese caso, se pueden concebir varios escenarios. Aquí me referiré a dos, bastante clásicos. En el primer escenario, el Tribunal regional ejerce su control considerando y aprobando las soluciones propuestas por los tribunales nacionales, que a su vez habían aprobado las opciones legislativas de la mayoría. En este caso, hay coherencia entre las dos soluciones judiciales y se consigue así la paz jurisdiccional. Esto, a su vez, evita el revuelo político en los ámbitos jurídicos y políticos de los Estados. En el segundo escenario, los Tribunales Regionales de Derechos Humanos cuestionan las decisiones de los tribunales nacionales que han sido respetuosas con el poder legislativo nacional, es decir, con la voluntad mayoritaria. Este escenario específico de discordancia entre las soluciones judiciales nacionales e internacionales da lugar a la «cuestión democrática» por excelencia.

Los que se oponen al control judicial internacional no dudarán en utilizar el argumento de la usurpación democrática para arremeter contra las decisiones de la judicatura internacional, sobre todo cuando pongan en tela de juicio las decisiones anteriores tomadas por un tribunal nacional que validan las opciones legislativas de la mayoría. En el otro extremo del espectro, los defensores del control internacional destacarán la importancia del principio de última instancia, porque una democracia sana es aquella que, en última instancia, protege los derechos de las minorías. Los Tribunales regionales actúan así como guardianes de estos derechos y del Estado de Derecho en general. Sin embargo, son muy conscientes de

---

sus diferentes grados de legitimidad democrática. Critica la poca importancia que la Corte parece dar a las 'mayorías', especialmente cuando su voluntad va en contra de los derechos humanos, ver «Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman', *Latin-American Seminar on Constitutional Theory and Policy,* (Yale University 2013), <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf> consultado el 27 de octubre de 2021.

[3] J. Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford, OUP, 1999).

que al ejercer este control sobre la expresión de la voluntad política de la mayoría, aprobada por los tribunales nacionales, se encuentran inmersos en un acto de equilibrio especialmente delicado.

A partir de estos ejemplos concretos, el objetivo de este artículo es poner de relieve y demostrar que los Tribunales Regionales intentan articular su control de dos maneras, que son representativas del desafío democrático que amenaza la razón de ser de su cargo. La primera forma es la más cautelosa de las dos, diseñada para evitar las prisas y desafiar de forma desproporcionada a las autoridades políticas internas. Es lo que llamamos la articulación a través de la *deferencia* (**I**). Cabe señalar que esta tendencia es muy europea. De hecho, la Corte Interamericana y la Corte Africana no han desarrollado tal relación con los poderes judiciales internos, aunque ciertas voces en el ámbito académico y político reclaman un cambio. La segunda vía se sustenta en la razón de ser de los Tribunales Regionales, la de la protección última de los derechos de las minorías. En este caso, la articulación se caracteriza por una mayor *intransigencia*, inflexibilidad, rigidez. Aunque los tres Tribunales Regionales de derechos humanos utilizan este último enfoque, podemos observar importantes diferencias en las formas en que lo ejercen (**II**). La articulación a través de la *deferencia* y la articulación a través de la *intransigencia* son, por tanto, las dos grandes tendencias, que serán presentadas y discutidas críticamente en los siguientes desarrollos.

I. La *deferencia*

Mediante la introducción de nuevos conceptos, como la doctrina del margen nacional de apreciación y la puesta en marcha de una nueva revisión procesal —que da crédito tanto al procedimiento interno de la deliberación parlamentaria (el «*process based review*»), como al procedimiento interno de la deliberación judicial— el TEDH intenta preservar las sensibilidades soberanas y, más concretamente, los espacios internos en los que se desarrolla la deliberación democrática.

La ingeniería conceptual (deferencia a través de la creación de conceptos) (A) y la ingeniería procesal (deferencia a través de la creación de nuevas relaciones procesales) (B) son, por tanto, los dos elementos principales de la tendencia general a la moderación judicial en el ámbito del único sistema europeo de derechos humanos. Se trata de una forma verdaderamente europea de tener en cuenta la voluntad del poder judicial nacional.

Es crucial señalar aquí que dicha tendencia no siempre ha caracterizado la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Se ha vuelto cada vez más frecuente desde 2010, en el marco de los debates de alto nivel que pusieron en marcha un proceso

de reforma continuo[4]. Esta tendencia corresponde, por tanto, a un momento particular de la historia del sistema europeo; frente a una desconfianza profunda y persistente, el Tribunal Europeo ha reconfigurado estratégicamente su política jurisprudencial. Esta reconfiguración ha sido instada y legitimada por el expresidente islandés del TEDH, Robert Spano, en varias contribuciones académicas notables[5]. Este no es actualmente el enfoque de los otros dos TEDH. A pesar de las posturas a menudo opuestas de los Estados (y/o de algunas instituciones de la Organización de Estados Americanos y de la Unión Africana), los Tribunales Interamericanos y Africanos de Derechos Humanos —aunque en casos concretos puedan dar muestras de moderación judicial— no han hecho de ello una marca estructural de su jurisprudencia. Por el contrario, la Corte Interamericana lanzó su famosa teoría del «control de convencionalidad» en 2006, en la histórica sentencia *Almonacid Arellano*[6], según la cual los jueces nacionales deben aplicar directamente el estándar interamericano, incluso cuando entra en conflicto con la legislación y la práctica nacionales[7]. En cuanto a la Corte Africana, aún no sigue un patrón de restricción judicial, aunque algunos de sus miembros lo solicitan en casos concretos[8].

A. La deferencia a través de la creación de conceptos: La *ingeniería conceptual*

La creación de conceptos en el curso de una política jurisprudencial, diseñados específicamente para evitar el conflicto con las autoridades nacionales y, en particular, con los jueces nacionales, ha sido el sello de la Comisión Europea de

[4] See the Conferences in Interlaken (18-19 February 2010); Izmir (25-27 April 2011); Brighton (18-20 April 2012); Brussels (26-27 March 2015; and Copenhagen (11-13 April 2018). The main challenges facing the European System since the reform process are well presented *in* L. Robert, H. Surrel (dir.), *Quel avenir pour le système européen de protection des droits de l'homme?* (Bruxelles, Nemesis-Anthemis, 2020).

[5] R. Spano, 'Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity' (2014) *HRLR* 1; 'The Future of the European Court of Human Rights — Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law' (2018) *HRLR* 1.

[6] CIADH, *Almonacid Arellano et al c. Chile*, Merits, Reparations and Costs, Series C No. 154 (Sept. 26, 2006).

[7] Para un mayor detalle del tema, completado con una extensa bibliografía, así como todas las críticas lanzadas por diversos sectores doctrinales ver. L. Burgorgue-Larsen, «Control de convencionalidad: la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Enciclopedia Max Planck de Derecho Procesal Internacional* [MPEiPro], diciembre de 2018.

[8] Para más detalles, véase la crónica anual sobre la jurisprudencia de la Corte Africana escrita desde 2018 y publicada en la *RTDH* (Revue Trimestrielle des droits de l'homme) por L. Burgorgue-Larsen y G-F. Ntwari y, a partir de 2022, por L. Burgorgue-Larsen y Muriel Sognigbe-Sangbna.

Derechos Humanos (CEDH) y, posteriormente, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El margen de apreciación es uno de estos conceptos, creado desde cero por los órganos del sistema europeo. Se ha convertido en un «concepto estrella», aunque su interpretación genera controversia y, en algunos casos, ambigüedad. Su origen, además, sigue siendo oscuro. No parece derivar del derecho internacional stricto sensu y no aparece como tal en los trabajos preparatorios de la Convención. Según Javier García Roca, nadie quiere asumir su autoría: los juristas continentales atribuyen su autoría a los juristas del *common law*, y viceversa[9]. Es cierto, sin embargo, que para los juristas anglosajones (sobre todo británicos) la idea de un margen de apreciación concedido a los órganos del Estado es nueva, mientras que para los juristas franceses puede resultar familiar si se tiene en cuenta el derecho administrativo y la jurisprudencia del Conseil d'Etat sobre el carácter discrecional de la acción administrativa.

Sin embargo, lo cierto es que el margen de apreciación es una noción que, históricamente, ha sido forjada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el delicado campo del uso del artículo 15 del Convenio europeo[10], es decir, el de la derogación de derechos en tiempo de guerra o de emergencia pública «que amenace la vida de la nación»[11]. Dicho esto, es bien sabido que el concepto, tal y como lo utiliza el Tribunal, ha seguido extendiéndose hasta el punto de que ya no se limita al artículo 15. Desde 1984, el TEDH ha identificado tres criterios para evaluar el alcance del margen, declarando que «variará según las circunstancias, la materia y su contexto[12]». Esta formulación, que intenta teorizar o al me-

[9] J. García Roca, *El margen nacional de la interpretación del Convenio europeo de derechos humanos : soberanía e integración* (Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010).

[10] El artículo 15 establece una doble obligación de información para los Estados: deben informar al Secretario General del Consejo de Europa no sólo de las medidas adoptadas en el marco del estado de excepción y de sus motivos, sino también del final de su aplicación (apartado 3 del artículo 15). Además de esta obligación de procedimiento, los Estados tienen obligaciones sustantivas: por un lado, mantener los derechos no derogables fuera del alcance y, por otro, seguir protegiendo los demás derechos y libertades garantizados por el Convenio a pesar de estas medidas de emergencia.

[11] Siguiendo la doctrina creada por la Comisión Europea, el Tribunal Europeo (TEDH) ha utilizado, por primera vez *expressis verbis* la fórmula 'margen de apreciación nacional' en un caso interestatal presentado por Irlanda — alegando la violación de los artículos 3 (prohibición de la tortura), 5 (derecho a la libertad) y 15 (derogación) por parte del Reino Unido en el contexto de la lucha de este último contra el terrorismo del Ejército Republicano Irlandés (IRA). El hilo conductor de la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal en lo que respecta a la aparición del concepto es, por tanto, la existencia de un peligro que amenace la vida de la nación, cuya apreciación —para poner en marcha el procedimiento de excepción de derechos— se deja a la discreción de los Estados.

[12] TEDH, *Rasmussen c. Dinamarca* (28 de noviembre de 1984) párr. 40. En francés, la fórmula está escrita de la siguiente manera «*L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte*». En la sentencia pionera relacionada con el deber legal de vacunación —TEDH, GC, *Vavřička y otros c. República Checa*, 8 de abril de 2021— el Tribunal resumió algunos

nos racionalizar el uso del margen, es deliberadamente vaga para no encontrarse desproporcionadamente vinculado a ella. Por ello, el Tribunal ha seguido actuando caso por caso, dando un peso importante a lo que está en juego para el solicitante (circunstancias), a los derechos en juego (el objeto) y, sobre todo, a la existencia o no de un «consenso europeo» (contexto). Este último criterio ha adquirido una importancia considerable a lo largo del tiempo, ya que se supone que su presencia da lugar a un margen de apreciación «estrecho» para los Estados y, por el contrario, se supone que su ausencia les concede un margen más amplio, incluso amplio.

No es ésta la ocasión de repasar las numerosas discusiones académicas que han movilizado a los estudiosos en los últimos quince años en relación con los problemas metodológicos que ha generado el uso del «consenso europeo». Sólo se mencionarán aquí los ámbitos en los que se ha desplegado la doctrina, con el fin de destacar el grado de deferencia que el Tribunal ha concedido a los Estados en cuestiones especialmente sensibles. La construcción histórica y sociológica de la gobernanza democrática de los Estados, las cuestiones económicas y sociales, así como las cuestiones de sociedad, son, por tanto, áreas de predilección en las que el Tribunal ha utilizado el margen nacional de apreciación.

Todas las cuestiones que revelan la historia de la construcción política de los Estados son ámbitos en los que el Tribunal Europeo tiene poca intención de imponer un punto de vista «europeo». De este modo, se preservan las especificidades de los Estados laicos (como Francia)[13], o de los Estados con estrechos vínculos con la Iglesia católica (como España)[14]. Más allá de la relación de los Estados con la religión, también se preserva su relación con la «gobernanza democrática», es decir, con las elecciones. Es bien sabido que el Tribunal, a partir de 1987, con la sentencia *Mathieu Mohin y Clerfayt*[15] transformó el alcance del artículo 3 del Protocolo n° 1: pasó de ser una simple cláusula política (que imponía a los Estados la única obligación de organizar elecciones legislativas libres a intervalos regulares), a convertirse en la base jurídica para consagrar derechos subjetivos en beneficio de los individuos. Esta transformación constituyó un gran trastorno. No obstante, en este marco más amplio, la política jurisprudencial del Tribunal se ha caracterizado por una importante prudencia. Siempre ha avanzado de forma equilibrada: cualquier avance realizado se ha compensado con una contención estratégica.

---

de los aspectos más destacados de la doctrina del Margen nacional de apreciación (párrafo 273). Del mismo modo, véase el caso relativo a la privación de derechos de las personas desprovistas de capacidad jurídica, TEDH, *Strøbye y Rosenlind c. Dinamarca* (2 de febrero de 2021), párr. 129.

[13] TEDH, GC, *S.A.S. v. France* (1 de Julio de 2014) para. 155.

[14] TEDH, CG, *Fernández Martínez c. España* (12 de junio de 2014) párr. 152.

[15] TEDH, *Mathieu Mohin y Clerfayt c. Bélgica* (2 de marzo de 1987).

Esto es evidente en tres niveles: la identificación de la legislatura[16], su elección[17] y las disputas que puedan surgir de ella[18]. Las cuestiones económicas y sociales suelen propiciar la movilización de la doctrina del margen de apreciación. El Tribunal concede a los Estados el control de su política económica con independencia de cuáles sean estas políticas: desde los países que han pasado de un régimen político y económico centralizado y planificado a uno liberal (como Rumanía)[19], hasta los que abordan el derecho de huelga de los sindicatos de forma liberal[20]. La crisis económica de 2008 no ha hecho más que confirmar este enfoque, en el que se ha concedido un amplio margen de apreciación a los Estados a la hora de adoptar medidas de austeridad por vía legislativa o de otro tipo[21]. Además, el Tribunal Europeo también concede un margen de maniobra a sus Estados miembros en relación con cuestiones sociales delicadas y complejas. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, los efectos jurídicos de la cirugía de reasignación de

[16] En cuanto a la identificación del «poder legislativo», el Tribunal siempre ha tenido en cuenta el funcionamiento de cada sistema político, al tiempo que se ha negado a desvirtuar el concepto de poder legislativo. Así, siempre se ha abstenido de aplicarlo a los procesos electorales que no son parlamentarios.

[17] TEDH, *Podkolzina c. Letonia* (9 de abril de 2004). En este caso, el demandante fue excluido de la lista de candidatos que hace inelegibles a las personas que no dominan el letón a nivel «superior». Según el Gobierno, la obligación de que un candidato entienda y hable letón estaba justificada por la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del Parlamento, en el que el letón es la única lengua de trabajo. Subrayaron, en particular, que el objetivo de este requisito era permitir a los diputados participar activamente en los trabajos de la Cámara y defender eficazmente los intereses de sus electores. En el párr. 34, el Tribunal hace hincapié al margen nacional de apreciación debido a elementos históricos: «el interés de cada Estado en garantizar el funcionamiento normal de su propio sistema institucional es indiscutiblemente legítimo. Esto se aplica aún más al parlamento nacional, que está investido de poder legislativo y desempeña un papel primordial en un Estado democrático». Del mismo modo, por lo que respecta al principio de respeto de las características nacionales enunciado anteriormente, el TEDH no está obligado a pronunciarse sobre la elección de la lengua de trabajo de un Parlamento nacional. *Esta decisión, que viene determinada por consideraciones históricas y políticas propias de cada país, es, en principio, de la exclusiva competencia del Estado. Por consiguiente, en lo que respecta al margen de apreciación del Estado demandado, el Tribunal de Justicia concluye que la exigencia de que un candidato a la elección del parlamento nacional tenga un conocimiento suficiente de la lengua oficial persigue un objetivo legítimo*'. (La cursiva es nuestra).

[18] La deferencia del Tribunal Europeo con respecto a los litigios postelectorales ha quedado claramente consagrada en la sentencia de la Gran Sala de 10 de julio de 2020, *Mugemangango contra Bélgica*. En el contexto de una impugnación que surgió a raíz de las elecciones de 2014 al Parlamento valón, el Tribunal tuvo que examinar el sistema constitucional belga, que no permite ningún espacio para la revisión judicial de los conflictos electorales. El Tribunal fue sensible a los argumentos planteados por las autoridades nacionales sobre el aspecto histórico de esta peculiaridad, basándose en el argumento del Estado sobre la identidad constitucional de su sistema que trata los litigios postelectorales.

[19] TEDH, *Preda y otros c. Rumanía* (29 de abril de 2014) párr. 129.

[20] TEDH*, National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom* (8 de abril de 2014) párr. 86.

[21] TEDH, *Mamatas y otros c. Grecia* (21 de julio de 2016), párr. 88.

sexo[22], los abusos sexuales en las instituciones educativas gestionadas por la Iglesia[23] o el matrimonio entre personas del mismo sexo[24].

La segunda forma de articular el control convencional con la voluntad mayoritaria es crear nuevas técnicas procesales.

B. La deferencia a través de la creación de nuevas relaciones procesales: La *ingeniería procesal*

El Tribunal Europeo ha puesto en marcha nuevas relaciones procesales, que dan crédito, por un lado, al procedimiento interno de deliberación parlamentaria (el llamado «*process based review*») y, por otro, al procedimiento interno de deliberación judicial. Con este enfoque muy claro, el Tribunal Europeo trata de preservar las sensibilidades soberanas y, en particular, los espacios internos en los que se desarrolla la deliberación democrática. Esta deferencia hacia el legislador y el poder judicial aún no se ha desarrollado en la jurisprudencia interamericana y africana.

1. *La toma en cuenta de la deliberación parlamentaria (el 'process based review')*

El 'control basado en el procedimiento' (el *process based review*) apareció claramente en el ámbito europeo con la sentencia de *Animal Defenders* en 2013[25]. Esta técnica consiste en conferir una presunción de convencionalidad especialmente fuerte a una ley que habría sido debatida ampliamente en el seno de un parlamento, en el que se habrían expresado y discutido todas las opiniones, y en el que los tribunales nacionales, a través de posibles funciones consultivas, habrían intervenido en la elaboración de la ley. Este método de abordar el proceso interno tiene consecuencias específicas: «Cuanto más convincentes sean las justificaciones generales invocadas en apoyo de la medida general, menos importancia concederá el Tribunal de Justicia a las repercusiones de dicha medida en el caso concreto de que se trate»[26] .

Desde entonces, esta técnica ha sido utilizada con regularidad —a veces de forma cuestionable o al menos discutida— por el Tribunal. El ejemplo más lla-

[22] TEDH, CG, *Hämäläinen c. Finlandia* (16 de julio de 2014).

[23] TEDH, CG, *O'Keeffe c. Irlanda* (28 de enero de 2014).

[24] TEDH, dec., *Manenc c. Francia* (21 de septiembre de 2010); TEDH, dec., *Gas y Dubois, c. Francia* (15 de marzo de 2012).

[25] TEDH, CG, *Animal Defenders International v. The United Kingdom* (22 de abril de 2013).

[26] *Ibid*., para. 109.

mativo es la sentencia *Garib*,[27] en la que cinco jueces firmaron tres opiniones discrepantes en este caso de Gran Sala[28]. El caso era inusual porque sacaba a la luz una «cuestión social», es decir, una cuestión que pone de manifiesto fenómenos similares en diversas sociedades, que en consecuencia no los tratan de forma similar. En este caso, los Países Bajos habían decidido luchar contra el empobrecimiento de determinados barrios de grandes conglomerados urbanos. Es sabido que las grandes ciudades de Europa —y de hecho de todo el mundo— se enfrentan a un fenómeno similar: el empobrecimiento de determinados barrios resultante de una compleja acumulación de factores (la deslocalización de actividades comerciales prósperas; el desempleo persistente de los residentes; el deterioro de los edificios públicos y privados, etc…). Sin embargo, cada Estado intenta, en la medida de sus posibilidades, a través de políticas urbanas destinadas a promover la diversidad social, encontrar las claves para remediar la posterior «guetoización» de dichos barrios. Este fenómeno fue abordado por el legislador neerlandés que, el 1 de enero de 2006, adoptó una ley sobre medidas especiales para las zonas urbanas, que facultaba a algunos municipios a «tomar medidas en determinadas zonas clasificadas, concretamente a conceder exenciones fiscales parciales a los propietarios de pequeñas empresas y a seleccionar a los nuevos residentes en función de sus fuentes de ingresos». Sobre la base de las posibilidades que ofrece la Ley de Aglomeraciones Urbanas, el municipio de Rotterdam —una ciudad portuaria que representa el corazón industrial de los Países Bajos— clasificó varios de sus barrios como 'sensibles'. Uno de estos barrios era el de Tarwewijk, donde la demandante —de nacionalidad holandesa y madre soltera que cría a sus dos hijos menores— vivía desde 2005 en un piso de una sola habitación. Mientras su casero quería recuperar este piso 'para renovarlo para su propio uso', le ofreció un piso de tres habitaciones con jardín en el mismo barrio de Tarwewijk. De acuerdo con la nueva normativa que acababa de entrar en vigor en 2006, la Sra. Garib presentó una 'solicitud de autorización de residencia', que fue rechazada en 2007 por la Alcaldía por considerar que no había vivido en el municipio de Rotterdam durante seis años y que sólo recibía prestaciones de la seguridad social como fuente de ingresos, criterios ambos expresamente previstos por la nueva legislación. La generalidad del razonamiento de la Gran Sala al validar la prohibición de que la Sra. Garib siguiera viviendo en el distrito de Tarwewijk, fue el principal foco de la disidencia. El núcleo de la impugnación consistía en que el Tribunal había realizado una valoración general de los intereses en juego (tal y

[27] TEDH, GC, *Garib v. The Netherlands* (6 de noviembre de 2017).

[28] El juez georgiano Nona Tsotoria y el juez maltés Vincent De Gaetano firmaron uno; el juez portugués Paulo Pinto de Albuquerque, junto con el juez bosnio Faris Vehabović, firmaron otro y, el tercero, el juez lituano Egidijus Kūris. Discutieron críticamente las duras consecuencias, para la demandante, del examen muy leve de proporcionalidad.

como establece la Ley de 2006), en lugar de un análisis preciso de los efectos de la Ley en la situación individual de la demandante. Tras recordar los principios generales de su jurisprudencia sobre los ámbitos preferidos para movilizar el margen de apreciación nacional, y tras insistir en que el ámbito de las políticas económicas y sociales permitía un margen más amplio, el examen de la proporcionalidad de la medida se desplegó en el plano de 'la legislación y las políticas públicas pertinentes', en diecinueve párrafos. El Tribunal pasó a diseccionar la arquitectura de la ley, su historia y los equilibrios finalmente logrados por el legislador (en particular tras la intervención del Consejo de Estado neerlandés en el proceso de elaboración), y finalmente reconoció la convencionalidad de la ley en cuestión. A continuación, el Tribunal se ocupó de la «situación personal» de la demandante en apenas nueve apartados, activando así un examen de proporcionalidad *stricto sensu* que resultó totalmente truncado. Uno a uno, el Tribunal Europeo descartó los elementos fácticos específicos del caso que deberían o podrían, en cualquier caso, haber inclinado el análisis a favor de la Sra. Garib. Peor aún, según Kūris J., el TEDH omitió deliberadamente mencionar al lector que la demandante tuvo que mudarse a otro piso que estaba «a un tiro de piedra, figurada e incluso literalmente...» del original (punto 7 de la disidencia). A pesar de que la demandante no representaba ninguna amenaza para el orden público y de que ya vivía en el barrio de Tarwewijk, el Tribunal no dio importancia a estos elementos, subrayando al mismo tiempo que el sistema puesto en marcha 'no privaba a nadie de alojamiento ni obligaba a nadie a abandonar su domicilio». Esta última afirmación fue sorprendente, ya que los hechos del caso mostraban exactamente lo contrario: la demandante vivía en Tarwewijk desde 2005, ¡y la nueva legislación la obligó a abandonar la zona! El Tribunal también impuso a la demandante obligaciones paternalistas, como tener que justificar su preferencia por un barrio concreto y revelar información privada a las autoridades públicas. En otras palabras, invirtió *de facto* la carga de probar la proporcionalidad de la injerencia del Estado en el derecho de la demandante (punto 12 del dictamen del juez Pinto de Albuquerque).

A pesar de estas duras críticas por parte de los expertos y los estudiosos[29], el giro hacia la revisión basada en el proceso es ahora un hecho bien establecido en la jurisprudencia europea. El caso *M.C.*[30]*,* lo demuestra sin lugar a dudas en un tema relacionado con la divulgación obligatoria de las condenas. Su párrafo 49 es una prueba clara de esta afirmación:

[29] *Ad ex.,* J. García Roca, «Entre la estabilización y la regresión del estándar o del tiempo de deferencia internacional, de la imprecisión del margen de apreciación nacional y del procedimiento de decisión razonable» (2020), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 71.

[30] ECtHR, *M.C. v. The United Kingdom* (March, 3, 2021).

> «The Court reiterates that a State can, consistently with the Convention, adopt general measures which apply to pre-defined situations regardless of the individual facts of each case even if this might result in individual hard cases (see *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], §§ 106-107 (…). Such general measures may be in the form of a single, absolute prohibition (as in *Animal Defenders International* itself) or may, as in the present case, be in the form of a criterion which, if met, carries particular consequences. *The central issue in both kinds of cases is not whether less restrictive rules should have been adopted but whether*, *in adopting the general measure in question and striking the balance it did, the State acted within the margin of appreciation afforded to it* (see *Animal Defenders International*, cited above, § 110).»

Otra técnica deferente consiste en aprovechar la jurisprudencia nacional, y así validarla, cuando ella misma ha tenido en cuenta los estándares convencionales establecidos por el tribunal europeo.

2. *La toma en cuenta de la deliberación judicial interna: la revisión judicial*

«Tener en cuenta» no siempre es una garantía de convencionalidad. Numerosas sentencias del Tribunal Europeo han puesto de manifiesto el uso torpe, inadecuado, erróneo o inexistente de los estándares convencionales por parte de los tribunales nacionales. Sin embargo, cuando la norma se tiene debidamente en cuenta y conlleva un control de proporcionalidad adecuado, el Tribunal Europeo es obviamente deferente, ya que valora este uso de la norma convencional por parte de los tribunales nacionales y, en particular, de los tribunales constitucionales. Este enfoque se ha manifestado en dos tipos de situaciones: una en la que la interpretación de los derechos y la ponderación de los diferentes intereses son claves, y la segunda en los casos en los que la autoridad de las decisiones de los tribunales constitucionales ya no es aceptada internamente y, en suma, está en juego la estabilidad democrática.

Cuando todos los tribunales nacionales —y más concretamente los Tribunales Constitucionales y los Tribunales Supremos con competencias constitucionales— han ejercido debidamente el control de proporcionalidad (entre varios intereses en juego), asumiendo sin ambigüedad su función de «*juges conventionnels de droit commun*» (jueces convencionales de derecho común), constatar una violación ya no es el objetivo de la decisión del Tribunal Europeo. Por el contrario, pretende transformar a los guardianes de las constituciones en guardianes de la Convención, animándoles a importar las normas convencionales en su razonamiento,

erigiéndolas en parámetros interpretativos de los derechos constitucionales. Todos los actores de la escena judicial europea conocen esta tendencia. El caso *López Ribalda*[31] —que implicaba la grabación de empleados en cámaras de vigilancia sin su conocimiento— demuestra claramente la deferencia del Tribunal Europeo hacia los tribunales nacionales cuando todos ellos han aplicado debidamente los criterios identificados en el famoso caso examinado por el TEDG en el ámbito de la vigilancia de los funcionarios por vídeo: el caso *Barbulescu*[32].

En un mundo ideal, en el que los tribunales constitucionales son los garantes indiscutibles de la preservación de la separación de poderes y los derechos fundamentales, sus decisiones deberían ser debidamente respetadas por todas las autoridades nacionales, ya sean ejecutivas, legislativas o judiciales. Resulta que este ideal no siempre se ajusta a la realidad. El Tribunal Europeo acudirá entonces al rescate de los jueces constitucionales validando sus decisiones *a posteriori* y, al mismo tiempo, poniendo en evidencia a las autoridades nacionales que las han ignorado. Este enfoque es válido en diferentes contextos: desde la frágil situación de las transiciones democráticas, hasta los regímenes democráticos más consolidados, que sufren regularmente deficiencias de diversa gravedad.

La situación de muchos países de Europa del Este ha dado lugar a lo que podría llamarse una «jurisprudencia de la transición democrática». Aunque fascinante —ya que da testimonio de la evolución política que tuvo lugar en Europa tras la caída del Muro de Berlín— es igualmente delicada, ya que revela lo frágiles que son los procesos de implantación democrática. En este contexto, cuando los tribunales constitucionales ejercen sus funciones de manera conforme con los principios democráticos, pero ven cómo su autoridad es soslayada y, por tanto, debilitada por las autoridades políticas nacionales, el último baluarte democrático resulta ser el Tribunal Europeo. Si bien esta situación pone de manifiesto la debilidad de la justicia constitucional en un momento dado en el contexto de circunstancias políticas complejas, también revela el importante apoyo que el Tribunal Europeo presta a los guardianes de la Constitución al validar sus posiciones *a posteriori*.

El caso *Kurić*[33], que dio al Tribunal Europeo la oportunidad de abordar la cuestión de los «borrados de Eslovenia», es un ejemplo paradigmático de ello. Una vez independiente, Eslovenia aplicó una política de nacionalidad que socavó el *modus vivendi* que había existido bajo la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia (RFSY) —donde muchas minorías vivían pacíficamente— y contribuyó a «borrar» la existencia de más de 25.000 personas. De repente, los ciudadanos

[31] TEDH, CG, *López Ribalda y otros c. España* (7 de octubre de 2019) para. 132.

[32] TEDH, CG, *Barbulescu c. Rumanía* (5 de septiembre de 2017).

[33] TEDH, GC, *Kurić y otros c. Eslovenia* (26 de junio de 2012).

de la antigua RFSY y los residentes permanentes de Eslovenia dejaron de tener una existencia legal. Desafiando el derecho internacional consuetudinario —que exige evitar la apatridia y mejorar la situación de quienes se convierten en apátridas, especialmente en caso de sucesión de Estados—, el joven Estado soberano creó un número masivo de apátridas, con el objetivo de crear un Estado «étnicamente puro». En este contexto, el Tribunal Europeo valoró las diversas decisiones del Tribunal Constitucional esloveno, que había utilizado el arma del derecho para impugnar dicha política, que consideraba que equivalía a orquestar una «limpieza étnica legalista». El juez esloveno, en su opinión concurrente, subrayó la posición del Tribunal Constitucional:

> «In fairness to the national legal system, we must consider *the honourable and courageous stance —faced with the continuity of this appalling situation— taken twice by the Constitutional Court in Slovenia*. This proves all over again that the national defence of constitutional rights is the best antechamber for our own protection of human rights. *The relevant judgments of the Constitutional Court in Ljubljana were snubbed by both the executive and the legislative branches at the time*. The price will now be paid by the Slovenian taxpayer. As per recent information, the rest of the judicial branch, owing to its characteristic post-communist legal formalism, has likewise failed to compensate the aggrieved for the continuing violations such as we have established in the cases before us.
>
> This case also proves that legal mills do grind slowly — but unremittingly. Precisely because of international jurisdiction, at least here, justice will have been done. Moreover, while justice as such cannot be defined, injustice is easily recognisable. The broader question is, therefore, why it was not recognised in the domestic legal system. Indeed, in post-communist legal systems there seems to be an irreconcilable mutual exclusion between mechanical legal formalism on the one hand and the simple sense of justice on the other. Often enough, we encounter this irreconcilability —*summum ius, summa iniuria!*— in other cases, including Western ones, except that in this colossal instance the Constitutional Court had identified the injustice. *It was the malevolent political will that impeded the rule of law and blocked the proper judicial remedy.*» (italics added).

Escenarios idénticos —en los que se han ignorado las decisiones de los guardianes de la Constitución— han aparecido también en el funcionamiento de las democracias más antiguas, en las que se puede cuestionar tanto el funcionamiento de la justicia en general[34] como el de la convivencia política en particular. Un

[34] TEDH, García Mateos c. España (19 de febrero de 2013).

ejemplo clave de ello se encuentra, por ejemplo, en el llamado caso de «autodeterminación catalana»[35].

Este rápido repaso a la jurisprudencia muestra sin lugar a dudas que las precauciones tomadas por el Tribunal Europeo están pensadas para no chocar frontalmente con los puntos de vista de los tribunales nacionales, que a su vez están lidiando con las realidades políticas y sociológicas de su país. En pocas palabras, la deferencia está muy a menudo en juego en su control. Sin embargo, esto no es sistemáticamente así. La *intransigencia* y la inflexibilidad también pueden ser las principales características de la jurisprudencia internacional. Esto es lo que veremos en la segunda parte de este artículo, donde se comparará la jurisprudencia interamericana y africana, por un lado, con la europea, por otro.

II. La *intransigencia*

Los escenarios de la intransigencia convencional llevada a cabo por los Tribunales Regionales de Derechos Humanos son imponentes. No sólo pueden ir en contra de las decisiones de los tribunales internos que han validado las decisiones de los legisladores, sino que también pueden oponerse directamente a las decisiones de los poderes constituyentes (tanto primarios como derivados). Sin embargo, si bien esta intransigencia convencional es común a los tres sistemas regionales de derechos humanos en cuestiones de gobernanza democrática (aunque con importantes peculiaridades procesales) (A), esta concordancia se rompe cuando se trata de cuestiones societales importantes (B). En estos contextos, es razonable preguntarse si seguimos en un escenario de «articulación» de la competencia judicial (interna e internacional). ¿La intransigencia deja espacio para la articulación o ésta es simplemente de otro tipo?

A. La intransigencia común en temas democráticos

Los Tribunales Regionales de Derechos Humanos están al unísono en la defensa a ultranza de ciertos elementos principales de la gobernanza democrática y

[35] TEDH, dec., *Aumatell I Arnau c. España* (11 de septiembre de 2018). Esta decisión de inadmisibilidad es bastante llamativa porque demuestra claramente que el Tribunal Europeo vino aquí a reforzar al Tribunal Constitucional español, cuyas decisiones fueron sistemáticamente ignoradas por las autoridades catalanas que organizaron un referéndum ilegal de autodeterminación, sin respetar el texto de la Constitución. El Tribunal destacó la importancia, en las sociedades democráticas, del cumplimiento de las decisiones de los tribunales constitucionales, recordando un dictamen de la Comisión de Venecia (3 de marzo de 2017) en el párrafo. 37: «Cuando un funcionario público se niega a ejecutar una sentencia del Tribunal Constitucional, viola los principios del Estado de Derecho, la separación de poderes y la cooperación leal de los órganos del Estado».

lo hacen en diferentes contextos (1). Sin embargo, este enfoque común de la defensa de la democracia tomará giros específicos y desencadenará efectos diferentes en los distintos sistemas regionales. En este caso, se trata de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que puede llevar a cabo una amplia revisión gracias a su amplia jurisdicción *ratione materiae* (2).

1. *Contextos diferentes: una sola intransigencia*

Que las sociedades estatales intentan reconstruirse (a) o, por el contrario, que experimentan peligrosos procesos de retroceso democrático (b), los tribunales se mostrarán inflexibles a la hora de preservar los principales elementos de lo que consideran parte del Estado de derecho. Aunque algunos contraponen con frecuencia la democracia (en definitiva, la voluntad del pueblo) a los derechos humanos, los Tribunales Regionales demuestran que ambos deben ir de la mano. Los derechos humanos forman parte de la configuración democrática, y cuando la «voluntad mayoritaria» lo olvida, los Tribunales Regionales están ahí para recordarles este elemento vital.

a. Construcción democrática y justicia transicional

Varios países de Europa, así como de América Latina, han experimentado conflictos armados internos, que en algunos casos han dado lugar a procesos judiciales ante Tribunales Regionales. Varios escenarios les han dado la oportunidad de demostrar su inflexibilidad a la hora de proteger ciertas líneas rojas en estos procesos de justicia transicional. El primer escenario es cuando el TEDH desautorizó un marco general realizado por un poder constituyente «internacionalizado». El segundo escenario es cuando el TEDH desautorizó la promulgación de leyes de amnistía — ya sea aprobada por el parlamento o por referéndum —. Pasemos ahora a la presentación de ambos escenarios.

Si bien la sentencia *Mathieu Mohin y Clerfayt* [36] dio al TEDH la oportunidad, por 13 votos contra 5, de dar primacía a los imperativos políticos (de convivencia serena entre las diferentes comunidades lingüísticas) sobre los derechos individuales (de algunas personalidades políticas valonas que buscaban la igualdad de trato), esta cautela inicial fue ampliamente superada en dos «casos bosnios» en el contexto específico de la reconstrucción democrática. En las dos sentencias pioneras *Sedjic* [37] y *Zornic*,[38] el TEDH consideró que la igualdad de trato de los ciudadanos

[36] TEDH, *Mathieu Mohin y Clerfayt c. Bélgica* (2 de marzo de 1987).
[37] TEDH, CG, *Sejdic y Finci c. Bosnia y Herzegovina* (22 de diciembre de 2009).
[38] TEDH, *Zornic v. Bosnia y Herzegovina* (14 de julio de 2014).

— con independencia de su pertenencia étnica — era más importante que la redacción de la Constitución — los «Acuerdos de Dayton»[39] — que, desde la perspectiva de la consecución de la paz y la estabilidad, han organizado la discriminación institucionalizada entre los distintos pueblos de Bosnia y Herzegovina. Estos casos han sido muy discutidos, e incluso criticados, por influyentes voces académicas especializadas en cuestiones de reparto de poder entre varias comunidades étnicas, religiosas y culturales[40]. Además, estos casos han sido criticados por algunos expertos (por ejemplo, el juez Bonello en su voto particular); no obstante, a pesar de sus diferentes orígenes, todas estas críticas han dado prioridad al derecho subjetivo individual de no discriminación sobre el imperativo político de intentar garantizar una paz duradera en Bosnia y Herzegovina, tal como establecido en los Acuerdos de Dayton. Por decirlo de otro modo y de forma algo esquemática, entre los dos pilares de la democracia liberal, la forma de organizar el voto y la preservación de los derechos individuales (en este caso los derechos de las minorías étnicas), la política jurisprudencial del Tribunal Europeo se ha inclinado por la preservación del segundo pilar. Mientras que el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina había declinado dos veces su competencia — al considerar que no podía revisar una disposición constitucional así como la legislación que la aplicaba[41] —, el TEDH, por primera vez en su historia, declaró no convencional una disposición constitucional.

En América Latina, desde 2001, la Corte interamericana ha considerado no convencional cualquier tipo de ley de amnistía, sin importar las circunstancias de su adopción[42]. Equiparando las autoamnistías (la de Fujimori en Perú, con la sen-

[39] En 1995 se firmó el Acuerdo Marco General de Paz, el « Acuerdo de Dayton ». Este Marco contiene en su cuarto anexo la constitución de Bosnia y Herzegovina. Uno de los principales objetivos de este instrumento era poner fin a la guerra y solucionar los fuertes conflictos étnicos entre serbios, croatas y bosnios. Este texto se redactó en negociaciones diplomáticas secretas bajo la presión de los negociadores internacionales. La falta de representatividad y transparencia en el proceso de elaboración de la constitución pone en duda la legitimidad interna de la constitución bosnia, véase C. Steiner, N. Ademovic, *Constitution of Bosnia and Herzegovina*, Commentary (Konrad Adenauer Stiftung Sarajevo, 2010).

[40] S. Graziadei, 'Democracy v. Human Rights? The Strasbourg Court and the Challenge of Power Sharing' (2016) *ECLR* 54; C. Mc Crudden, B. O'Leary, *Courts and Consociations* (Oxford, OUP, 2013).

[41] Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina, *Elecciones a la Presidencia y a la Cámara de los Pueblos*, U 5/04, 31 de marzo de 2006; U 13/05 *Ley Electoral*, 26 de mayo de 2006, con la opinión concurrente del juez Feldmann y las opiniones disidentes de los jueces Palavric y Grewe.

[42] C. Binder, 'The Prohibition of Amnisties by the Inter-American Court of Human Rights' (2011) *GLJ* 1204 ; L. Burgorgue-Larsen, 'Le bannissement de l'impunité : décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme' (2012) *RTDH* 3; N. Kiriakou, 'Rights Cast into Oblivion? Amnesties in the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights', *in* Y Haeck, C Burbano-Herrera, O Ruiz-Chiriboga (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future* (Intersentia, Human Rights Centre of Ghent,

tencia *Barrios Altos* en 2001[43]) y la de Salvador Allende en Chile (con la sentencia *Almonacid Arrellano* en 2006[44]), con las amnistías votadas por los parlamentos (como en Brasil con el caso *Gomes Lund* en 2011[45]) y las aducidas por el pueblo vía referéndum como en Uruguay (en el muy dramático y paradigmático caso *Gelman* en 2011[46]), autores como Roberto Gargarella han considerado que la Corte de San José había usurpado el poder democrático. Sin embargo, la Corte interamericana ha continuado por este camino, con una ligera inflexión, pero que, en realidad, no tiene nada que ver con las críticas formuladas por los autores que sobre-invierten al pueblo y a sus representantes en una legitimidad democrática absoluta. Si bien la tendencia general es la prohibición de las amnistías para todas las violaciones graves de los derechos humanos, la Corte Interamericana, en el caso de la *Masacre de el Mozote* en 2012[47], introdujo una excepción relativa a los procesos de reconciliación tras los conflictos armados internos. En efecto, si bien la Corte recordó la prohibición de las amnistías para las violaciones masivas de los derechos humanos — en particular cuando se han cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad —, dio importancia por primera vez al contexto político específico en el que podía promulgarse una ley de amnistía: *in casu*, la solución del fin de un conflicto armado. Prestó atención al curso de las negociaciones de paz, al contenido de los acuerdos de paz de 1992 y a las normas del derecho internacional humanitario.

b. Retroceso democrático e independencia del poder judicial

Los Tribunales Regionales se han convertido, por necesidad, en el último baluarte contra la arbitrariedad. Se han encontrado en la vanguardia de la defensa de los valores democráticos liberales en un mundo cada vez más incierto, en el que hay muchos signos de «desconsolidación democrática»[48]. En este sentido, los tres continentes se enfrentan a los mismos retos y frente a gobiernos cada vez más au-

2015); C. Martín, 'Catching up with the Past: Recent Decisions of the Inter-American Court of Human Rights Addressing Gross Human Rights Violations Perpetrated during the 1970–1980s' (2007) *HRLR* 777.

[43] CIADH, *Barrios Altos c. Perú*, Serie C No. 75 (14 de marzo de 2001).

[44] CIADH, *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 154 (26 de septiembre de 2006).

[45] CIADH, *Gomes Lund y otros [Guerrilha do Araguaia] c. Brasil,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 219 (24 de noviembre de 2010).

[46] CIADH, *Gelman c. Uruguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 221 (24 de febrero de 2011).

[47] CIADH, *El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 252 (25 de octubre de 2012).

[48] La fórmula procede del trabajo de Y. Mounk y S. Foa, 'The signs of deconsolidation' (2017) Journal of democracy Vol. 28, 5. Para algunas reflexiones comparativas, me permito remitirme a 'Populism and Human rights. From Disenchantment to Democratic Riposte', C. Izquierdo-Sans, C.

toritarios — que no dudan en manipular las reglas democráticas — los Tribunales Regionales se han convertido en portavoces de la preservación de la separación de poderes y, por extensión, de la independencia de la justicia.

El primer Tribunal Regional que tuvo que hacer frente a importantes desafíos a la independencia judicial fue la Corte Interamericana. Construyó un cuerpo de jurisprudencia en el contexto de los litigios de la llamada «destitución de jueces» (que, por otra parte, se inscribe en el contexto más amplio de la destitución, a menudo arbitraria, de funcionarios públicos). A partir de la movilización de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana — que se refieren, respectivamente, al derecho a un juicio justo y a un recurso efectivo — consagró en sus sentencias un derecho del juez a que el Estado le garantice su independencia. Este punto de inflexión aparece en la sentencia *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros*)[49] sobre la destitución por resolución parlamentaria de veintisiete jueces de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Vale la pena presentar el párrafo 153 de la sentencia, que es particularmente esclarecedor en este sentido:

> 'The foregoing serves to clarify some aspects of the Court's jurisprudence. Indeed, in the case of *Reverón Trujillo v. Venezuela*, the Court concluded that the right to be heard by an independent tribunal, enshrined in Article 8(1) of the Convention, only implied that a citizen has a right to be judged by an independent judge. However, it is important to point out that judicial independence should not only be analysed in relation to justiciable matters, given that the judge must have a series of guarantees that allow for judicial independence. *The Court considers it pertinent to specify that the violation of the guarantee of judicial independence, as it relates to a judge's tenure and stability in his position, must be examined in light of the conventional rights of a judge who is affected by a State decision that arbitrarily affects the term of his appointment*. In that sense, the institutional guarantee of judicial independence is directly related to *a judge's right to remain in his post*, as a consequence of the guarantee of tenure in office.'(italics added).

Esta jurisprudencia fue confirmada en otras dos sentencias, a saber, la del *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)*[50] y la de *López Lone y otros*[51]. Por

Martínez-Capdevila, M. Nogueira-Guastavino (eds.), *Fundamental Rights Challenges. Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation* (Springer, Suiza, 2021).

[49] CIADH, *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) c. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 266 (23 de agosto de 2013) párr. 84.

[50] CIADH, *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) c. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 268 (28 de agosto de 2013).

[51] CIADH, *Ecuador y López Lone y otros c. Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 302 (5 de octubre de 2015).

lo tanto, en opinión de la Corte Interamericana, ahora está establecido que el artículo 8 § 1 de la Convención Americana reconoce no sólo el derecho de las personas que comparecen ante un tribunal a un juez independiente, sino también el derecho de los propios jueces a que su independencia sea salvaguardada y respetada por el Estado[52].

Toda la jurisprudencia de la Corte interamericana en materia de «destitución» y medidas disciplinarias está orientada al objetivo de garantizar la independencia y la estabilidad de las instituciones democráticas. Ha precisado que los jueces cuentan con garantías específicas debido a la necesaria independencia del Poder Judicial, que ha sido entendida como «esencial para el ejercicio de la función judicial»[53]. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado *expressis verbis* que uno de los principales objetivos de la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia judicial[54]. Este ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su aspecto institucional, es decir, en relación con el poder judicial como sistema, como en su aspecto individual, es decir, en relación con un juez individual. En cualquier caso, el objetivo de la protección consiste en evitar que el sistema judicial en general, y sus miembros en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al poder judicial o incluso por parte de quienes ejercen funciones de revisión o de recurso. El Tribunal ha señalado que la independencia judicial se deriva del respeto de tres garantías: un proceso de nombramiento adecuado, la inamovilidad en el cargo y la protección frente a presiones externas[55]. En el caso *Martínez Esquivia*[56], el Tribunal reiteró la garantía de seguridad en el cargo y procedió a extender esta garantía en dos sentidos: a los fiscales y a los fiscales nombrados provisionalmente. En la misma línea, el Tribunal no se centra en la pertenen-

---

[52] Esta política jurisprudencial continuó: la Corte Interamericana aprovechó nuevos casos para profundizar en las múltiples facetas del artículo 8 para todo tipo de funcionarios públicos que se enfrentan a destituciones arbitrarias y/o medidas disciplinarias.

[53] CIADH, *Rico v. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Series C No. 383 (Sept. 2, 2019) para. 52.

[54] *Ibid.,* para. 53.

[55] Corte IDH, *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) v. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 268 (28 de agosto de 2013) párr. 83. En cuanto a la garantía de estabilidad e inamovilidad de los jueces, la Corte ha considerado que implica lo siguiente: (a) la remoción del cargo debe ser exclusivamente por las causales permitidas, ya sea a través de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o por haber concluido el plazo o período de su mandato; b) los jueces sólo pueden ser removidos por faltas disciplinarias graves o por incompetencia; y c) todo proceso que se siga contra los jueces debe ser resuelto de acuerdo con los estándares de conducta judicial establecidos y a través de procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad de acuerdo con la Constitución o la ley. Ver, *Rico v. Argentina*, prec., párr. 55.

[56] CIADH, *Martínez Esquivia v. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 412 (6 de octubre de 2020).

cia formal de los demandantes al poder judicial para aplicar estas garantías específicas. Así, en el caso *Schonenberg*[57], el hecho de que el demandante perteneciera al Tribunal Federal Electoral, que no formaba parte del poder judicial en El Salvador, no impidió que la Corte lo considerara funcionalmente como un juez de pleno derecho, beneficiándose así de las garantías reforzadas[58].

A medida que la «desconsolidación democrática» llegaba a Europa, el Tribunal Europeo también tuvo que construir un cuerpo jurisprudencial para preservar la independencia judicial. Todo comenzó con la importante sentencia *Baka*[59]. Ante la destitución arbitraria del presidente del Tribunal Supremo húngaro — que revela la lenta deriva democrática de Hungría desde principios de la década de 2010 —, el Tribunal se mostró intransigente: declaró, en dos ocasiones, aunque con variaciones analíticas, la no convencionalidad de tal maniobra, tanto desde el punto de vista del artículo 6 § 1 (porque el demandante no pudo acceder al Tribunal Constitucional) como desde el punto de vista del artículo 10 (porque fue destituido a raíz de las observaciones que había hecho en el contexto de sus funciones profesionales como Presidente del Consejo Nacional de Justicia). El Tribunal Europeo no dudó en señalar que la ley transitoria de destitución era una ley *ad hominen* y, como tal, carecía de una «finalidad legítima»[60] Hizo especial hincapié en la exigencia del Estado de Derecho, recuperando los fundamentos metodológicos establecidos en la sentencia *Golder*.[61] La sentencia *Broda y Broja*[62] amplió la sentencia *Baka* de manera importante al establecer un derecho subjetivo a la seguridad de la tenencia. En un caso de cese prematuro de los mandatos de los vicepresidentes de los tribunales, sin revisión por parte de un tribunal ordinario o de «otro órgano que ejerza funciones judiciales» el Tribunal consideró que se había vulnerado la «sustancia misma» (le *contenu essentiel*) del derecho de acceso a un juez[63].

---

[57] CIADH, *Colindres Schonenberg v. El Salvador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 373 (4 de febrero de 2019).

[58] *Ibid.,* para. 67.

[59] TEDH, *Baka c. Hungría* (27 de mayo de 2014); TEDH, Gran Sala, *Baka c. Hungría* (23 de junio de 2016).

[60] Este caso también es esencial porque el Tribunal —unque no fue explícito al respecto— está revisando de hecho la legislación constitucional, lo que, para los jueces portugueses (Pinto de Albuquerque) y rusos (Dedov), confirma que el Tribunal es, de hecho, un tribunal constitucional europeo (un tema ya tratado en la doctrina : Véase J.-P. Costa, « La Cour européenne est-elle une Cour constitutionnelle européenne? » *en Mélanges en l'honneur de J. Gicquel* (París, Montchrestien, 1997); J.-F. Flauss, « La Cour européenne est-elle une Cour constitutionnelle? » en *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis* (Bruylant, Bruselas, 1997); A. Stone Sweet, « Sobre la constitucionalización de la Convención Europea » (2009) *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 923.

[61] TEDH, Plenum, *Golder c. Reino Unido* (21 de febrero de 1975), párr. 34.

[62] TEDH, *Broda y Bojara c. Polonia*, (29 de junio de 2021).

[63] *Ibid.,* para. 149.

En términos generales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que «en una sociedad democrática, tanto los tribunales como las autoridades de investigación deben permanecer libres de cualquier presión política»[64]. Del mismo modo, en el caso *Kövesi*,[65] el TEDH señaló que la destitución de un fiscal antes del final de su mandato, así como las razones que justifican la decisión, «difícilmente pueden conciliarse con la consideración particular que debe darse a la naturaleza de la función judicial como rama independiente del poder del Estado y al principio de independencia de los fiscales, que [...] es un elemento clave para el mantenimiento de la independencia judicial». Además de la cuestión de la destitución arbitraria de jueces y fiscales, el proceso de nombramiento como tal ha estado en el centro de la jurisprudencia. Se dio un paso importante en una sentencia pionera contra Islandia[66], en la que el Tribunal Europeo dio un nuevo significado a una de las fórmulas del artículo 6 §1 para dar cuenta del nombramiento de los jueces. En otras palabras, tras el acceso a los tribunales (caso *Golder*)[67] y la ejecución de las sentencias (caso *Hornsby*)[68], el contenido del artículo 6 se ha enriquecido:

> «Having regard to its fundamental implications for the proper functioning and the legitimacy of the judiciary in a democratic State governed by the rule of law, *the Court considers that the process of appointing judges necessarily constitutes an inherent element of the concept of 'establishment' of a court or tribunal 'by law'*, and an interpretation to the contrary would defy the purpose of the relevant requirement. The Court reiterates in this connection that the Convention 'is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective».[69] (Italics added).

Una vez hecha esta afirmación de principio, el Tribunal declinó inmediatamente la posibilidad correlativa de prever límites porque «debe concederse un cierto margen de apreciación a los Estados». Para poder examinar la convencionalidad de tales límites, el Tribunal estableció un tríptico metodológico en torno a la noción de «umbral de gravedad»[70]. Este enfoque se ha aplicado con intransigencia

---

[64] TEDH, *Petrović c. Serbia* (15 de octubre de 2014), párr. 73.

[65] TEDH, *Kövesi c. Rumanía* (20 de agosto de 2020), párrafo. 208.

[66] TEDH, Gran Sala, *Guomundur Andri Astraosson c. Islandia* (1 de diciembre de 2020).

[67] TEDH, Plenum, *Golder c. Reino Unido* (21 de febrero de 1975).

[68] TEDH, *Hornsby c. Grecia* (19 de marzo de 1997).

[69] ECtHR, GC, *Guomundur Andri Astraosson v. Iceland* (Dec. 1, 2020) para. 227.

[70] *Ibid.* En primer lugar, debe existir, en principio, «una infracción manifiesta del derecho interno, en el sentido de que la infracción debe ser objetiva y realmente identificable como tal» (párrafo 244); en segundo lugar, «la infracción en cuestión debe apreciarse a la luz del objeto y la finalidad de la exigencia de un «tribunal establecido por la ley», a saber, garantizar la capacidad del poder judicial

en lo que respecta a los nombramientos políticos de jueces en Polonia, tanto en el Tribunal Constitucional como en el Tribunal Supremo[71], y confirmado en un caso juzgado por la Gran Sala el 15 de marzo de 2022, *Grzeda*[72].

La Corte Africana no es una excepción a la regla. Ha subrayado la necesidad de una justicia independiente — independientemente de la jurisdicción de que se trate (ordinaria o constitucional) — y, de paso, ha identificado los elementos claves para organizar la imparcialidad de los jueces. A diferencia de las Convenciones Europea y Americana, la Carta de Banjul tiene una postura muy específica en esta materia. En efecto, el artículo 26 establece que «los Estados Partes de la presente Carta tendrán el deber de garantizar la independencia de los tribunales (...)». Así, en uno de los casos *Sébastien Ajavon*, el Tribunal afirmó que «la garantía de la independencia de los tribunales impone a los Estados no sólo el deber de consagrar dicha independencia en su legislación, sino también la obligación de abstenerse de toda injerencia en los asuntos de la justicia en todos los niveles del proceso judicial»[73]. Del mismo modo, en otro caso de *Sébastien Ajavon*[74], el Tribunal optó por un enfoque global de la independencia, señalando que el artículo 26 «consagra no sólo la independencia de los tribunales considerados por separado, como órganos judiciales, sino también la del poder judicial en su conjunto, al igual que el ejecutivo y el legislativo»[75].

Como hemos observado, la intransigencia de la lucha regional por la independencia judicial y contra la arbitrariedad en el nombramiento o la destitución

---

para desempeñar sus funciones sin injerencias indebidas y preservar así el Estado de Derecho y la separación de poderes» (párrafo 246); en tercer lugar, el Tribunal consideró que el control efectuado por los tribunales nacionales, en su caso, en cuanto a las consecuencias jurídicas —en términos de los derechos de un individuo en virtud del Convenio— de una infracción de una norma interna sobre el nombramiento de jueces. 246); en tercer lugar, el Tribunal consideró que el control efectuado por los órganos jurisdiccionales nacionales, en su caso, sobre las consecuencias jurídicas —en términos de los derechos de un individuo en virtud del Convenio— de la infracción de una norma interna sobre nombramientos judiciales desempeña un papel importante para determinar si dicha infracción equivale a una violación de los derechos a un «tribunal establecido por la ley», y por lo tanto forma parte de la propia prueba (párrafo 248). En este caso, el Tribunal Europeo trató claramente de mantener el equilibrio entre dos intereses contrapuestos: el respeto a la integridad del proceso de nombramiento, por un lado, y la preservación de los principios de seguridad jurídica e inamovilidad de los jueces durante su mandato, por otro.

[71] TEDH, *Xero Flor en Polonia sp. Zo.o. c. Polonia* (7 de mayo de 2021); TEDH, *Reczkowicz c. Polonia* (22 de julio de 2021).

[72] TEDH, Gran Sala, *Grzeda c. Polonia* (15 de marzo de 2022) : el caso sacó a la luz el cese prematuro del mandato de un miembro del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), que no pudo impugnar tal decisión arbitraria ante los tribunales polacos

[73] CADHP, *Sébastien Germain Ajavon v. Benin* (29 de marzo de 2019) para. 280.

[74] CADHP, *Sébastien Germain Ajavon v. Benin* (Dec. 4, 2020).

[75] *Ibidem,* párr. 310. In *casu*, el artículo 26 se declaró infringido porque «la presencia del Presidente de la República como Presidente del Consejo Superior de la Magistradura y la del Ministro de Justicia constituyen una prueba clara de que el poder judicial no es independiente» (párr. 322).

de jueces y fiscales, es indicativa de la voluntad de los Tribunales Regionales de preservar, a toda costa, el Estado de Derecho como componente fundamental de una sociedad democrática. Aunque esta defensa de los elementos inherentes a los fundamentos liberales de las democracias es común a los tres sistemas regionales de derechos humanos, el sistema africano es singularmente diferente en un aspecto.

2. *Una sola intransigencia, diferentes efectos*

El Tribunal de Arusha, a raíz del «aperturismo sustantivo» (*décloisonnement matériel*)[76] instituido por el Protocolo de institución de la Corte africana (el llamado 'Protocolo de Ouagadougou') (Art. 3 § 1 y 7), ha sido llamado a *aplicar* los instrumentos internacionales —adoptados a nivel subregional y continental— en el ámbito de la buena gobernanza democrática. En su histórica sentencia *Action pour la protection des droits de l'homme*,[77] el Tribunal Africano consideró que el Protocolo sobre la Democracia y la Buena Gobernanza de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (2001) y la Carta Africana sobre la Democracia, las Elecciones y la Gobernanza (2007)[78] eran «instrumentos de derechos humanos», según el significado del artículo 3 del Protocolo de Ouagadougou. Aunque las cuestiones políticas ya habían aparecido ante el Tribunal en los procedimientos contra Tanzania —mediante, en particular, el artículo 13 de la Carta relativo a los derechos políticos— , fue la sentencia dictada en 2016 contra Costa de Marfil la que aceleró de forma profunda y duradera la transformación de las «disputas democráticas» ante el Tribunal. El Tribunal se convirtió así, cada vez más, en el receptáculo de la manipulación del juego electoral por parte de las mayorías políticas vigentes que se obstinan en rechazar el principio de la alternancia política. El conjunto de la jurisprudencia relativa a estas materias democráticas pone de manifiesto los impresionantes poderes del Tribunal Africano: no sólo revisa el contenido de las Constituciones (tal y como lo establece el poder constituyente originario o el poder constituyente derivado), sino también las formas en que éstas se modifican. Este último elemento queda claramente ilustrado por los casos *X.Y.Z, Sébastien Ajavon* y *Eric Noudehouenou*, que sacan a la

[76] Como lo he llamado en mi libro *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi* (Paris, Pedone, 2020), 245, 260, 276 et s.

[77] CADHP, *Action pour la Protection des Droits de l'Homme* (*APDH) v. Côte d'Ivoire*, Fondo, req. No 001/2014 (Nov, 18 2016).

[78] P.J. Glen, « Institutionalizing Democracy in Africa : A Comment on the African Charter on Democracy, Elections and Governance » (2012) *African Journal of Legal Studies*, 170 ; B. Tchikaya, « La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance » (2008) AFDI 515.

luz la crónica del retroceso democrático en Benín bajo el régimen del autoritario Patrice Talon. En este caso, el Tribunal desautorizó directamente la forma en que se modificó urgentemente la Constitución beninesa del 11 de diciembre de 1990, en total contradicción con el principio de «consenso nacional», garantizado no sólo en el artículo 10 § 2 de la Carta Africana de la Democracia, sino que también estaba intrínsecamente ligado a la historia política del país. Mientras que la competencia de los tribunales constitucionales y/o supremos para revisar las enmiendas constitucionales es una cuestión polémica que divide a la doctrina y deja una *praxis* constitucional dispar en África (y más allá)[79], el Tribunal Africano —gracias a los instrumentos sobre la buena gobernanza— pudo establecerse como un «súper» tribunal constitucional continental, para utilizar la fórmula de Adem Kassie Adebe[80].

Hay dos ámbitos en los que lo que nos atrevemos a llamar el 'consenso interconvencional'— que en realidad es un consenso intercontinental —entre los Tribunales Regionales es pionero: el primero se refiere a cuestiones de derechos económicos y sociales y el segundo a los derechos de las minorías sexuales.

a. Un tipo diferente de inflexibilidad en los ámbitos social y sexual

La justicia social, por un lado, y la justicia sexual, por otro, son dos ámbitos en los que los tres Tribunales Regionales difieren. Los tribunales son inflexibles con respecto a estas dos cuestiones, pero no de la misma manera. Mientras que la inflexibilidad europea pretende preservar las opciones políticas de los Estados y sus poderes ejecutivos y legislativos, la inflexibilidad africana y americana pretende hacer realidad la justicia social. No obstante, al hacerlo, la Corte Africana no es un órgano activista: sigue la voluntad del Estado tal y como se recoge en las disposiciones de la Carta Africana, en la que se protegen los derechos económicos, sociales y culturales (así como en otros instrumentos africanos). Por el contrario, la

[79] Una parte importante de la doctrina contemporánea justifica la limitación del poder de revisión constitucional para combatir las «enmiendas inconstitucionales»» En el mundo anglosajón, los escritos de R. Dixon, M. Landau, 'Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments' (2015) *I.CON* 606, y los de R. Albert —*Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions* (Oxford, OUP, 2019)— son claves. Para una presentación de esta cuestión en el ámbito africano, véase R.N. Sandje, « Le droit de la révision constitutionnelle dans le nouveau constitutionnalisme africain » (2016) *Revue de droit public*, 1209. Para un debate más amplio, véase R. Ben Achour (ed), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement : approches de droit constitutionnel et de droit internationa*l (Aix-Marseille, PUAM, 2014).

[80] A.K. Adebe, 'Taming Regressive Constitutional Amendments : The African Court as a Continental (super) Constitutional Court' (2019) *I.CON* 89 ; para mas detalles, me permito referir a mi análisis publicada en 2020 en el *Annuaire français de droit international*, 'La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à la croisée des chemins', pp. 631-659.

Corte Interamericana es innovadora, ya que utiliza métodos interpretativos fronterizos para abordar las desigualdades que van más allá de la pusilanimidad nacional (legislativa y judicial). En cuanto a la cuestión de la «justicia sexual» —una formulación cuyo propósito es poner de relieve la búsqueda de la igualdad entre las parejas del mismo sexo y las del sexo opuesto—, por ahora sólo existe una importante división entre el TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; de hecho, por el momento, la Corte Africana de Derechos Humanos aún no se ha pronunciado sobre esta cuestión.

* *La justicia social*

La protección de los derechos económicos y sociales es bastante diversa entre los sistemas de derechos humanos en general. O bien los derechos sociales están notablemente ausentes (como es el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos), o bien son víctimas de los «síndromes de progresividad» (es decir, su realización está sujeta a que el Estado disponga de recursos financieros suficientes como prima facie el Artículo 26 de la Convención americana) o de condicionalidad (en los que sólo adquieren estatus normativo tras la intervención del legislador, como en el caso de los 'Principios' de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el núcleo del capítulo IV sobre la Solidaridad). Cuando los derechos sociales ocupan un lugar privilegiado en los textos (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Carta Social Europea), es la propia estructura de los mecanismos de protección la que reduce su alcance, ya sea mediante la creación de Comités sin función jurisdiccional y cuya competencia es facultativa, o mediante la limitación de la justiciabilidad a determinados derechos. Es el caso del Protocolo de San Salvador de la Convención Americana de Derechos Humanos (adoptado en 1988 y que entró en vigor en 1999), que sólo hace justiciables dos derechos: el derecho a formar sindicatos (artículo 8) y el derecho a la educación (artículo 13). Sólo la Carta africana de Derechos de los Hombres y de los Pueblos (la llamada «Carta de Banjul») destaca en este sentido. De hecho, es especialmente generosa en lo que respecta a los derechos sociales: el derecho al trabajo (artículo 15), a la salud (artículo 16) y a la educación (artículo 17) son justiciables. En la misma línea, las referencias al desarrollo están presentes en otras disposiciones relativas a los pueblos y los deberes (por ejemplo, el artículo 22).

Si trasladamos el análisis de los textos a la jurisprudencia, vemos una oposición entre África y América, por un lado, y Europa, por otro. Mientras que en Europa el Tribunal Europeo ha puesto de relieve el margen nacional de apreciación en el ámbito de las cuestiones económicas y sociales para no desautorizar las opciones políticas de los Estados en este ámbito, la Corte Interamericana ha desarrollado una jurisprudencia que tiende a desautorizar toda legislación nacional

que tenga por efecto preservar, y a veces incluso reforzar, las desigualdades sociales en el continente. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana se aparta notablemente del enfoque europeo, más prudente. Si bien el alcance del artículo 26 de la Convención Americana había estado durante mucho tiempo en el centro de múltiples disputas doctrinales, y la Corte de San José había abierto cautelosamente un nuevo horizonte en 2009 al considerar justiciable el principio de «no retroceso»[81] en materia de derechos sociales, produjo una verdadera revolución conceptual en una importante sentencia contra Perú en *Lagos del Campo*[82]. La Corte hizo una nueva interpretación del artículo 26, considerando que «las normas económicas y sociales» a las que se refiere derivan tanto de la Carta de la OEA como de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (dos textos con importantes disposiciones sociales). Al haber afirmado la justiciabilidad del artículo 26 —acortando años de controversia— y haber utilizado la técnica de la «derivación», el Tribunal podrá, a medida que surjan los casos, abordar y proteger un número sin precedentes de derechos económicos y sociales[83].

La incipiente jurisprudencia africana en esta materia está siguiendo un camino similar. Ya sea en su función contenciosa (caso *Ogie*k)[84] o consultiva (dictamen *Unión Panafricana de Abogados*)[85], la Corte Africana está trabajando para utilizar todo el potencial de la Carta de Banjul. El caso *Ogiek* le brinda la oportunidad de pronunciarse por primera vez en su joven historia sobre los llamados litigios «indígenas». La cuestión era el desalojo de los Ogiek de su territorio ancestral, el bosque de Mau, un complejo forestal en el Suroeste de Kenia que se encuentra entre los más grandes de África Oriental y es también la cuenca de más de siete lagos, incluido el lago Victoria. La sentencia de los Ogiek es un fallo histórico en el sistema africano: además de complementar la «cuasi-jurisprudencia» de la Comisión Africana de Derechos Humanos sobre estas cuestiones, el Tribunal decidió partir del análisis del derecho a la propiedad (artículo 14), para dedicar desarrollos *ad hoc* a la noción de «población indígena». Tras reconocer a los Ogiek como po-

[81] CIADH, *Acevedo Buendía y otros [Empleados despedidos y jubilados de la Contraloría],* Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C no 198 (1 de julio de 2009).

[82] CIADH, *Lagos del Campo c. Perú*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C no 340 (31 de agosto de 2017).

[83] El 22 de Junio de 2022, la Corte interamericana, en el caso *Guevara Díaz c. Costa Rica* (Série C n°453) recuerda los 22 casos contenciosos como las 2 opiniones consultivas donde ha consagrado su competencias para controlar el respeto de los DESC presentes en el Artículo 26 dela Convención americana.

[84] CADHP, *Comisión Africana de Derechos Humanos c. Kenia* ('caso Ogiek'), Fondo, req. n° 006/2012 (26 de mayo de 2017).

[85] CADHP, *Solicitud de opinión consultiva de la Unión Panafricana de Abogados sobre la compatibilidad de las leyes de vagancia con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y otros instrumentos de derechos humanos aplicables en África*, req. n° 001/2018 (Dic., 4, 2020).

blación indígena, el Tribunal pudo examinar los derechos consagrados en los artículos 2 (no discriminación), 4 (derecho a la vida), 8 (libertad de conciencia y religión), 17 (derecho a la cultura) y, por último, 21 (derecho a la libre disposición de los recursos naturales) y 22 (derecho al desarrollo). Además de posicionarse sobre cuestiones importantes para el continente africano, el Tribunal tuvo la oportunidad de alinearse (o no) con el estándar interamericano[86].

También es significativo el dictamen del 4 de diciembre de 2020 sobre las llamadas leyes de vagancia. Por primera vez, la Corte Africana tuvo la oportunidad de pronunciarse de manera importante, gracias a su función consultiva, sobre un problema que atraviesa muchas sociedades africanas: la criminalización de las personas desfavorecidas, estigmatizadas por una terminología que se remonta a la época colonial y que, a su vez, genera una «presunción de delincuencia». Así, «rufianes», «locos», «vagabundos», «holgazanes» y «vagabundos» son términos que, según el Tribunal, «reflejan una percepción anticuada y en gran medida colonial de los individuos sin derechos y el uso de estos términos deshumaniza y degrada a estas personas, que son percibidas como de condición inferior». Después de este bienvenido ejercicio de contextualización, el Tribunal Africano declaró la incompatibilidad de las leyes de vagabundeo con varias disposiciones de la Carta de Banjul (2, 3, 5, 6, 7, 12 y 18); la Carta Africana de los Derechos del Niño (3, 4 § 1 y 17); y el Protocolo de Maputo (artículo 24). Lo más importante es que, al responder a la última pregunta planteada por PALU, el Tribunal estableció «la obligación positiva [de los Estados] de derogar o modificar sus leyes sobre vagabundeo», lo que «les obliga a tomar todas las medidas necesarias, lo antes posible, para revisar toda su legislación, en particular las leyes que prevén delitos relacionados con el vagabundeo»[87].

---

[86] En efecto, sabemos que la Corte Interamericana fue el primer tribunal internacional, en 2001, en asumir la especificidad del «hecho indígena» (*le fait autochtone*). Si en conjunto la coherencia interpretativa con el sistema interamericano está presente —Kenia fue condenada por unanimidad por la violación de casi todos los derechos invocados— la única excepción se refería a la concepción del derecho a la vida. El «Tribunal de Arusha» desarrolló un argumento enrevesado sobre el concepto de «vida digna» y no reconoció, *in casu*, su violación.

[87] Al hacerlo, hizo efectiva la obligación establecida en el artículo 1 de la Carta Africana, según la cual «los Estados miembros (...), reconocen los derechos, deberes y libertades establecidos en esta Carta y se comprometen a adoptar medidas legislativas o de otro tipo para hacerlos efectivos». Vinculó esta obligación a otras similares de la Carta Africana de los Derechos del Niño (artículo 1) y del Protocolo de Maputo sobre los Derechos de la Mujer (artículo 26). Aunque están redactados en el mismo registro, existen variaciones en la terminología utilizada entre ambos. Mientras que el mantra de adoptar «medidas legislativas o de otro tipo» y/o «medidas necesarias» es común a ambos, el Protocolo de Maputo se atreve a exigir a los Estados que asignen «recursos presupuestarios adecuados». En cualquier caso, este hilo conductor permitió a la Corte Africana afirmar en el párrafo 153 que los Estados Partes estaban obligados, «entre otras cosas, (a) modificar o derogar sus leyes y reglamentos sobre la vagancia de conformidad con estos instrumentos».

** Justicia sexual*

Hemos visto en la primera parte de este artículo que el Tribunal Europeo siempre ha estado atento a las sensibilidades históricas, sociales, culturales y religiosas sobre cuestiones sociales y nunca se ha aventurado a imponer a los Estados una política legislativa específica de acuerdo con la doctrina del margen de apreciación. Este es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo: aunque el TEDH siempre ha luchado contra la discriminación por motivos de orientación sexual[88], nunca se ha aventurado a imponer esta figura jurídica a los Estados. En definitiva, no pretende sustituir a los legisladores nacionales[89]. Su homólogo interamericano, sin embargo, no se preocupó por esa moderación; en cambio, exigió a los Estados que instituyeran el matrimonio para las parejas del mismo sexo.

En una innovadora opinión consultiva[90], la Corte IDH «se convirtió en el primer tribunal internacional en determinar que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un derecho fundamental en virtud del derecho internacional».[91] Esta conclusión fue una respuesta a una solicitud de Costa Rica presentada en 2016 que pedía a la Corte que revisara si el hecho de que el país no concediera los mismos derechos económicos a las parejas del mismo sexo violaba la Convención Americana, y pedía a la Corte directrices sobre los mecanismos nacionales adecuados que pudieran garantizar los derechos económicos de las parejas del mismo sexo. En un pasaje crítico, la Corte hizo un llamamiento a todos los Estados de la OEA, incluidos los que no son parte de la Convención Americana y, por tanto, no están sujetos a la jurisdicción de la Corte, para que adopten medidas en la dirección de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. El siguiente pasaje es llamativo:

> '[The Court] urges states to promote, in good faith, the legislative, administrative and judicial reforms required to adapt their domestic laws, and internal interpretations and practice (…) [states] are obliged not to violate

[88] *Ad. exemplum*, TEDH, *Dudgeon v. Ireland* (Oct. 22 1981) ; TEDH, *Norris v. Ireland* (Oct. 26, 1988) ; TEDH, *Modinos v. Cyprus* (Apr. 22, 1993) ; TEDH, *Salgueiro da Sila Mouta v. Portugal* (Dec. 21, 1999) ; TEDH, *Schalk and Kopf v. Austria,* (June 24, 2010) ; TEDH, GC, *X and others v. Austria* (Feb. 19, 2013) ; TEDH, *Vallianatos and others v. Greece* (Nov. 7, 2013) ; TEDH, *Sabalic v. Croatia* (Jan. 14, 2021) ; TEDH *Case of Association Accept and others v. Romania* (June 1st, 2021); TEDH, *Yartsev v. Russia* (July 20, 2021).

[89] TEDH, dec., *Manenc v. France* (Sept. 21, 2010); TEDH *Gas and Dubois v. France* (March 15, 2012).

[90] CIADH, *Obligaciones de los Estados en materia de cambio de nombre, identidad de género y derechos derivados de una relación entre parejas del mismo sexo (Interpretación y alcance de los artículos 1párrafo 1, 3, 7 11párrafo 2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-24/17, Série A n° 24 (24 de noviembre de 2017).

[91] J. Contesse, 'The Rule of Advice in International Human Rights Law', (2021) *AJIL* 381.

> the provisions that prohibit discriminating against [same-sex couples] and must, consequently, ensure them the same rights derive from marriage in the understanding that this is a transitional situation'[92]

Más allá de que la Corte «*rules by advice*», utilizando la doctrina del control de convencionalidad en el ámbito de su función consultiva, sostiene que los Estados miembros de la Convención Americana tienen la obligación de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, de permitir a las personas transgénero el cambio de nombre y género en los documentos de identidad, y de garantizar los derechos económicos de quienes mantienen relaciones del mismo sexo. Esta evolución de la jurisprudencia ha suscitado numerosas críticas. Por ejemplo, juristas vinculados a universidades católicas, apoyados por poderosos movimientos conservadores, han criticado esta concepción del matrimonio. Otros, de forma más general, han criticado la forma en que el Tribunal ha utilizado la evolución internacional y nacional para imponer a los Estados la obligación de reconocer el matrimonio para todos desde un punto de vista técnico. La cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo conduce a una marcada división entre Europa y Estados Unidos. La moderación europea se contrapone al activismo interamericano. Hasta ahora, la Corte Africana no ha tenido que pronunciarse sobre cuestiones sociales de esta magnitud. A estas alturas, la pregunta es la siguiente: ¿qué hará la Corte Africana de Derechos Humanos en su momento sobre un tema en el que los propios Estados africanos están librando batallas diplomáticas contra las demandas de la comunidad LGBT[93]?

* * *

Más que presentar otro análisis teórico para abordar la cuestión de la articulación de la Voluntad Mayoritaria con los poderes judiciales nacionales e internacionales, este artículo ha tratado de descifrar las principales tendencias jurisprudenciales que están surgiendo en Estrasburgo, San José y Arusha. El panorama intercontinental muestra que no es posible sacar conclusiones definitivas de forma generalizada. La relación con la Mayoría será diferente para cada sistema en función del contexto político en el que se creó y ha evolucionado desde entonces, de la estructura de los textos que lo rigen, y de los miembros que componen los tribunales y su voluntad de cambiar los defectos estructurales de las sociedades nacionales. A estas alturas, lo cierto es que los tres Tribunales Regionales de Derechos

[92] CIADH, *Obligaciones de los Estados en materia de cambio de nombre…, op.cit.,* paras. 225-226.

[93] O. Nwarchok, A. Sylla, 'La question homosexuelle en Afrique : entre droit, politique et éthique' (2020) *AHRYJAADH* 213.

Humanos coinciden unánimemente en un elemento esencial que en realidad está en la base de su creación: la voluntad de salvaguardar a toda costa las bases democráticas de los Estados. Así, mientras que las cuestiones sociales y societales se abordan de forma diferente, las relativas a la preservación de la independencia judicial y la separación de poderes tienen puntos en común.

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA

Pedro Salazar Ugarte
Exdirector del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Introducción

Permítanme comenzar celebrando este encuentro internacional que es el primero en cuya organización participa el Instituto de Investigaciones Jurídicas de manera híbrida (presencial y remota) desde que comenzó la pandemia. Verles y saludarles es un motivo de alegría y celebración.

Aprecio de manera especial, además, que el evento tenga lugar en este edificio del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en Madrid en donde hace años tuve oportunidad de ser profesor en diversas ediciones de un magnífico master impartido en esta sede. Recuerdo que, gracias a la generosa intermediación de Diego Valadés, me invitaron a impartir un curso de derecho comparado que, por razones disciplinarias, enfoqué desde una perspectiva de sistemas o modelos de diseños constitucionales comparados. Todos los años que acudí me sentí como en casa y aquilaté la larga historia de estrecha colaboración entre nuestras instituciones académicas.

Agradezco de manera particular a la Dra. Yolanda Gómez Sánchez, directora de este centro y al Dr. Eduardo Ferrer MacGregor, investigador del IIJ-UNAM y presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional por mantener vigente esa agenda académica común.

Preámbulo

Antes de entrar en el mérito de mi breve exposición permítanme compartirles una reflexión que me ha suscitado la interesante intervención del profesor García

Belaunde. Tiene que ver con las tradiciones jurídicas y la formación de las personas juristas. Al escucharle pensé en México y en el peso intelectual de dos figuras notables en el mundo del derecho mexicano: Ignacio Burgoa Orihuela y Héctor Fix-Zamudio.

Ambos juristas destacados y profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. El primero constitucionalista con una visión muy nacionalista del derecho y una concepción formalista de la interpretación jurídica. El segundo comparativista con una versión universalista del derecho y menos formalista.

Los debates suscitados por esas diferencias quedaron documentos en diversas obras y, lo más relevante, es que dieron pie para la formación de generaciones de juristas mexicanos con perspectivas muy diferentes sobre el instrumental jurídico.

De alguna manera fundaron —sin proponérselo— dos escuelas de pensamiento sobre el derecho que conviven en la Universidad Nacional Autónoma de México. La primera se asentó en la Facultad de Derecho y la segunda en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Lo que quiero advertir es que al momento de abordar los tópicos de este encuentro internacional —democracia, derechos humanos, convencionalidad, justicia constitucional— esas tradiciones importan. Se trata de una suerte de «disputa por el derecho» que incide en las maneras en las que operan las instituciones estatales.

Basta con pensar en los debates y las decisiones de las cortes constitucionales —en el caso mexicano de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— para constatar la manera en la formación y cultura jurídica de cada integrante de las mismas gravita e impacta.

Cierro este preludio improvisado para compartirles la reflexión que preparé para nuestra deliberación del día de hoy.

Reflexión temática

Esta breve exposición tendrá las siguientes dos premisas como ejes principales:

- La justicia debe ser expedita porque «justicia demorada es justicia denegada» (Gladston).
- El tiempo es flexible (Einstein).

I. El imperativo de la prontitud en la impartición de la justicia está directamente atado a su efectividad. El tema ha sido muy estudiado y el mandato se encuentra recogido en múltiples textos constitucionales y convencionales.

En el caso de la Constitución mexicana, el artículo 17 sostiene —entre otras cosas— lo siguiente:

> «(…) Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estará expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial (…).»

Por su parte el artículo 8º de la Convención Americana de los Derechos Humanos establece lo siguiente:

> «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 co 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».

Al referirse a los plazos y términos que puede establecer el legislador para que las personas accedan a la justicia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ha señalado que éstos «deben ser razonables para evitar dilaciones indebidas». Ello con la finalidad de lograr la «maximización del derecho de acceso a la justicia pronta, evitando con ello los obstáculos y retrasos innecesarios»

No abundo más en el tema ante este público de personas expertas.

Solo dejo abierta en el aire una interrogante que parece obvia pero no es menor: ¿qué significa prontitud en estas lides? O, con otras palabras, ¿cuán pronta debe ser la justicia para que podamos sostener que lo ha sido?

II. El problema es que el tiempo es una dimensión flexible.

No solo es importante determinar qué significa un plazo razonable —y determinar con cuáles criterios se mide eso—; sino que importante tener presente que, sea cuál sea ese plazo, tendrá un impacto diferenciado en los diferentes actores y sujetos involucrados.

Diez años pueden ser un tiempo razonable para que un caso sea llevado y resuelto ante una corte internacional pero puede ser un plazo con efectos devastadores para la vida de una persona.

Propongo solo un ejemplo del Sistema Interamericano de los derechos humanos:

¿De qué le sirvió a la Sra. Grettel Artavia Murillo, a su pareja y a las otras ocho parejas que acudieron ala Corte Interamericana de los Derechos Humanos que

ésta fallara a su favor en un caso de fecundación in vitro si presentaron su caso ante la CIDH en enero de 2001 y la decisión de la Corte se adoptó el 28 de noviembre de 2012?

No niego los méritos de la decisión pero once años en la vida reproductiva de una persona que pretende gestar es mucho tiempo.

Argumento

Propongo, a partir de la premisa anterior, una vuelta de tuerca para pensar el problema de la variable tiempo según la lógica de diferentes actores en un Estado Constitucional en tiempos de gobiernos populistas. El contexto demanda se tipo de reflexiones. Ni modo.

1. El tiempo de la política es pujante y acelerado. Sobre todo cuando a la cabeza de los gobiernos en turno se imponen lógicas y dinámicas populistas.

Recurro al ejemplo mexicano. Desde 2018 nos gobierna un presidente que está convencido que impulsará una «Cuarta Transformación» equivalente a la lucha de Independencia, a la Reforma liberal del Siglo XIX y a la Revolución Mexicana. Dejemos de lado el sentido y viabilidad de la empresa. Lo que ahora me importa advertir es que pretende hacerlo en seis años. Eso es lo que durará su mandato y, por fortuna, nadie ha pensado seriamente en prolongarlo.

El derecho —las normas, límites, vínculos, procedimientos, contrapesos, órganos de garantía, etc.— resultan un estorbo para ese proyecto político vertiginoso. Estorba porque el tiempo apremia. Por lo mismo, una y otra vez, termina imponiéndose la lógica del Poder sobre el Derecho.

Comparto el ejemplo de algunos decretos ejecutivos —la mayoría de ellos con severos vicios de constitucionalidad— que el Presidente ha emitido y publicado bajo esa lógica premurosa y adversa a la legalidad:

a) Cancelación de todos los fideicomisos con recursos públicos. La afectación fue directa y brutal para muchas asociaciones civiles garantes de derechos y para diversas instituciones educativas (en particular para centros públicos de investigación).
b) cancelación por decreto de la política educativa establecida directamente desde la constitución. Simplemente se ordenó que las personas funcionarias responsables se abstuvieran de ejercer las tareas y facultades que la constitución mexicana les ordenaba.
c) Militarización de la seguridad pública. A pesar de que la constitución lo prohíbe expresamente (artículos 21 y 129), por decretos y posteriormen-

te por leyes secundarias, se desplazó a las autoridades civiles de las labores de seguridad pública y se encargaron a las fuerzas armadas.

d) Militarización de puertos e infraestructuras. También por decretos varios, a pesar de lo que constitución y leyes establecen, se trasladaron tareas de esa naturaleza a las fuerzas militares. Para colmo, por decreto, se estableció que son labores de seguridad nacional y, por lo tanto, no están sujetas al régimen constitucional de transparencia.

En contrapartida los tiempos de la justicia, por más expedita que se pretenda, son pausados. Funciona, como bien sabemos las personas juristas, a través de plazos, recursos, incidentes, etc. En este terreno el tiempo importa pero las formas también. Incluso suelen importar más las segundas que las primeras.

Si pensamos estrictamente en los casos que llegan a los tribunales sabemos que, por su cantidad y por la dinámica institucional, serán resueltos en plazos prolongados. Esto vale para la justicia ordinaria y todavía más para la justicia constitucional (y, como hemos visto para la convencional). En los hechos esto desfasa las dinámicas a favor de la política porque surte efectos prácticos inmediatos que transforman realidades a pesar de lo que dicta el derecho.

Por ejemplo, en los casos de los decretos mexicanos que he mencionado se han presentado diversas acciones jurídicas para invalidarlos. Pienso en particular en los que se relacionan con la militarización. Sin embargo, han pasado años desde que las acciones se interpusieron y, al menos hasta ahora (septiembre 2022), impera el silencio judicial.

Ese desfase ha sido públicamente advertido y festejado por el Presidente de la República. En uno de los momentos en los que avanzó la militarización de la seguridad pública —en concreto mediante la aprobación de una ley—, sin reparos declaró que en efecto le habían advertido que se trataba de una legislación inconstitucional pero que se aprobaría de cualquier manera y que, después, con los años, los jueces hicieran su trabajo.

2. El tiempo de las personas está atado a su existencia. Los efectos de las decisiones políticas con consecuencias jurídicas en la vida de las personas de a pie pueden ser devastadores en lo inmediato. Desde esa dimensión el amparo de la justicia resulta imperioso y expedito pero hemos visto que no es fácil lograr que así sea.

Los decretos políticos que he mencionado cambiaron vidas en cuestión de semanas. Estudiantes de escuelas públicas en todo el país que vieron alterado el gobierno de las mismas, las dinámicas de evaluación docente, los programas de estudio, etc. Defensoras y defensores de derechos humanos y causas varias que vieron sus asociaciones perecer por falta de recursos para operar. Personas investi-

gadoras que perdieron trabajo y proyectos porque devastaron a sus centros de estudio. Personas que han sido víctimas de muchas maneras de los efectos prácticos de la estrategia militar para combatir la inseguridad.

Es posible ampliar la lista de supuestos reales y posibles pero lo que importa es el dato medular: las decisiones políticas impactan en la vida de las personas. Ese impacto afecta su vida inmediata y altera su vida futura. Los tiempos de esas vidas son relativamente breves frente a los tiempos de la política y a los tiempos de la justicia.

Conclusión

Pienso que, cuando hablamos de una cultura de los derechos humanos en los estados constitucionales, es en este punto en el que debemos colocar la lupa. Lo que importa es que la política y el derecho —en su inevitable tensión— generen dinámicas de garantía, protección, respeto y promoción de los derechos humanos de todas las personas y, en ese medido, que sus tiempos estén condicionados por el tiempo existencial de éstas.

Muchas gracias.

CAPÍTULO IV

NOMBRAMIENTO DE JUECES CONSTITUCIONALES: SISTEMAS Y PROCEDIMIENTOS

PRESENTACIÓN

María J. Roca
Catedrática de la Universidad Complutense de Madrid

Agradezco al Prof. Dr. Ferrer Mac-Gregor el encargo de presentar esta mesa que lleva por título «Nombramiento de jueces constitucionales: sistemas y procedimientos». Es un honor para mí introducir brevemente lo que será tratado con más profundidad y rigor por los Ponentes elegidos: El Prof. Dr. Germán Fernández Farreres, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, el Prof. Dr. Rubén Hernández Valle, de la Universidad de Costa Rica, el Prof. Dr. Roberto Romboli, Ordinario de la Università di Pisa y la Dra. Andrea Pozas Loyo, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

I. Sistemas

Como introducción, puede ser útil recordar que por «sistemas de nombramiento», siguiendo la clásica exposición de Ginsburg (2003)[1], se pueden distinguir: el nombramiento de órgano único; el nombramiento de carácter profesional; nombramiento cooperativo (quizá también podría llamarse mixto); y nombramiento representativo.

En los sistemas de *nombramiento de órgano único*, con frecuencia, se atribuye el poder para nombrar jueces al poder ejecutivo, que goza de amplia discrecionalidad para la selección de los candidatos. Ello no excluye que, para la toma de decisión, pueda haber previamente una consulta (preceptiva o no) a órganos del

[1] Ginsburg, T. (2003) Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases, Cambridge UniversityPress.

poder judicial o, eventualmente, a otros. Nos encontramos ante un sistema de *nombramiento profesional*, cuando son los propios jueces quienes designan a los magistrados. Se habla de *nombramiento mixto o cooperativo* cuando se requiere la intervención de al menos dos órganos: uno propone a los candidatos y otro la acepta (o selecciona entre los propuestos). Por último, se designa *nombramiento representativo,* cuando estamos ante la posibilidad de que varios órganos designen a un determinado número de Magistrados del Tribunal Constitucional. No debe confundirse el sistema cooperativo o mixto con el representativo. Mientras que en el sistema cooperativo se requiere la intervención conjunta de dos o más órganos para un nombramiento, en el sistema representativo, cada órgano con derecho a proponer magistrados lo hace de modo independiente, sin necesidad de la aprobación ulterior de otro órgano.

Conviene observar que estos cuatro sistemas pueden combinarse entre sí, p. ej.: algunos de los Magistrados del TC son nombrados por el poder ejecutivo y otros por un procedimiento cooperativo de otros órganos (de carácter profesional o representativo). Se presentan, además situaciones ambiguas, en las que no está claro cuál es el sistema real de nombramiento. A ello hay que añadir otro factor que la ponencia de la Dra. Pozas Loyo destaca: la importancia de las normas no escritas en el proceso de selección y nombramiento, en el caso de México.

II. Peligro de politización

Cualquiera que sea el sistema de elección de jueces constitucionales, uno de los peligros que trata de evitarse es que accedan personas con menos independencia[2], fácilmente susceptibles de politización o con falta de idoneidad profesional[3]. Este riesgo crece cuando la permanencia en el cargo se produce por periodos relativamente breves. Parece innecesario aludir de modo explícito a que es más fácil que un Magistrado del TC, a quien todavía le queden bastantes años de ejercicio profesional en activo, piense en su futuro, al terminar su mandato. Por el contrario, quien —como sucede con los Magistrados de la Corte Suprema Norteamericana— goza de esa condición hasta su muerte o retirada (voluntaria o forzosa por

[2] Bustos Gisbert, R. (2019) Sobre la independencia judicial. (Notas al hilo del libro de Pablo Lucas Murillo de la Cueva, La independencia judicial y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional). *Teoría y realidad constitucional,* n. 44, 383-395.

[3] En este sentido, pienso que a cualquier europeo le sorprende que en algunos estados de EEUU se acceda a la judicatura por elección directa de los ciudadanos, mediante campañas electorales que hacen necesario recabar sumas elevadas de fondos para sufragar las campañas. Se objetará con razón que no se trata de la elección de Magistrados para el Tribunal Constitucional. Sin embargo, conviene no olvidar, que quienes han accedido así a la judicatura pueden llegar a ser algún día Magistrados de la Corte Suprema.

incapacidad), tiene unas condiciones objetivas que le facilitan actuar con menos «sensibilidad política». Pero esta teórica garantía tiene el inconveniente de que por edad los magistrados vean debilitadas sus facultades y continúen en el cargo (García Roca, pp. 14-15).

Ciertamente, el riesgo de politización, se puede mitigar si se exigen mayorías cualificadas en el Parlamento para la elección de jueces constitucionales. No obstante, pueden observarse abundantes ejemplos de que esta exigencia no ha conseguido plenamente acabar con la politización. Por su parte, el carácter vitalicio de los jueces constitucionales tampoco parece la panacea universal, pues siempre cabe la posibilidad de aumentar el número de jueces constitucionales, en caso de que los que están el cargo no se avengan a la orientación política de las mayorías en el poder. Así, el presidente de Estados Unidos, Joe Biden[4], firmó el 10 de abril de 2021 una orden ejecutiva por la que se formaba una comisión bipartidista (compuesta por 36 miembros, entre académicos, exjueces federales y abogados), para estudiar una posible reforma en la Corte Suprema[5], incluida la ampliación del número de magistrados o la imposición de límites de mandato en lugar de los nombramientos vitalicios como lo son actualmente. En la actualidad, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos está conformada por nueve jueces[6], la mayoría conservadores.

Una prueba más de que el sistema vitalicio no es la panacea universal son los defectos que Hernández Valle, de Costa Rica, analiza en su texto. El mandato de los Magistrados Constitucionales en su país es prácticamente vitalicio, y, sin embargo, requiere a su juicio tanto una reforma constitucional como del Reglamento interno de la Cámara.

III. Procedimiento de elección

En Derecho comparado[7] es habitual que el procedimiento de elección de los jueces constitucionales sea distinto al establecido para la selección de magistrados

[4] Biden orders study on 'size' of Supreme Court, other possible changes amid liberal court-packing pushhttps://t.co/tUR8d4oBcb [Consulta 21-VIII-2022].

[5] https://www.france24.com/es/ee-uu-y-canad%C3%A1/20210410-biden-reforma-judicial-tribunal-supremo-eeuu [Consulta 21-VIII-2022].

[6] Supreme Court Appointment Process: President's Selection of a Nominee. Updated March 8, 2022. Barry J. McMillion Analyst in American National Government. Congressional Research Service https://crsreports.congress.gov R44235 [Consulta 21-VIII-2022]. Dorsen N. (2006) The selection of U.S. Supreme Court justices. *International Journal of Constitutional Law,* Volume 4, Issue 4, 652–663, https://doi.org/10.1093/icon/mol028 [Consulta 21-VIII-2022].

[7] Servicio de Estudios, Biblioteca y Documentación del Tribunal Constitucional, Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales, en Revista Española de Derecho Constitucional, n.

de la jurisdicción ordinaria. En Francia[8], por ejemplo, los jueces ordinarios son propuestos por el Consejo Superior de la Magistratura para su designación por el Presidente de la República. En cambio, los nueve miembros del Consejo Constitucional —que ejecuta una función de examen de constitucionalidad, pero no forma parte del poder judicial ordinario— son nombrados de manera representativa, de acuerdo con la siguiente distribución: un tercio por el Presidente de la República, un tercio por el Presidente del Senado y un tercio por el Presidente de la Asamblea Nacional. Quienes han estudiado el sistema de nombramiento del Reino Unido[9], la situación tras la reforma en el modelo de nombramiento de 2005, concluyen que la Comisión *Judicial Appointments Commission* es el órgano que prácticamente nombra a los jueces (Fernández Riveira, p. 479) y que aunque el nuevo sistema va dirigido a que haya una mayor transparencia, sigue habiendo un trasfondo político (Fernández Riveira, p. 480).

Como es sabido, la Constitución española de 1978, en su art. 159. 1, prevé que los miembros del Tribunal Constitucional sean «nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial». En el párrafo 2º se prescribe que «Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional». Este sistema del plazo de tres años en la renovación de candidatos ha dado lugar a un bloqueo por intereses de los partidos y la consiguiente prórroga que ha llevado a la doctrina a proponer una reforma de la Constitución[10]. La ponencia del Prof. Fernández Farreres aborda con rigor una

61, enero-abril, 2001, pp. 209-237. Chmielarz-Grochal A. / Laskowska, M. / Sutkowsk, J. (2018) Selección de magistrados constitucionales. Aspectos legales y políticos de la crisis de nombramiento en algunos países europeos. *Estudios constitucionales* vol. 16 n. 2, http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200481 https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002018000200481&script=sci_arttext [Consulta 2-VIII-2022]. Una exposición actualizada (2022) de los aspectos más controvertidos en el nombramiento de los Magistrados de Tribunales Supremos y Tribunales Constitucionales en una selección de Estados de la Unión Europea, puede verse en https://www.bundestag.de/resource/blob/899870/534be0c983a92f1357725522d53a4150/WD-3-044-22-pdf-data.pdf [Consulta 12-IX-2022].

[8] Bon, P. (1991) «Le Conseil Constitutionnel Français et le modele des Cours Constitutionnelles Europeennes», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 32, 45-72. Una visión crítica del sistema de elección francés en Roussillon, H. (2004) «Le Conseil constitutionnel: une légitimité contestée», en Jacques Raibaut / Jacques Krynen (dirs.), *La Légitimité des Juges,* Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 119-126.

[9] Fernández Riviera, R. M. (2019) «El modelo británico de nombramientos judiciales: "judicial Independence in law"», *Teoría y realidad constitucional,* núm. 44, 453-482.

[10] Fernández Farreres, G. (2015), «Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 105, sep-

propuesta de mejora del procedimiento que evite la *prorogatio* indefinida. Lamentablemente, en ocasiones para la renovación de los Magistrados del TC dentro del plazo, es un factor relevante la renovación de miembros de otros órganos constitucionales[11], especialmente el Consejo General del Poder Judicial[12].

En Alemania[13], a tenor de lo previsto en el art. 3 de la ley del Tribunal Constitucional Federal, los magistrados deben haber cumplido los 40 años de edad, haber declarado por escrito estar dispuestos a ser elegidos como Magistrados del Tribunal Constitucional Federal. Asimismo, deben cumplir los requisitos de idoneidad que la ley de la Judicatura alemana exige para los jueces. No pueden pertenecer al Parlamento ni al Senado federales ni de ninguno de los *Länder*. En caso de que pertenecieran a uno de estos órganos, con el nombramiento como magistrados dejarían de ser miembros de cualquier órgano legislativo. La actividad como magistrado excluye cualquier otra actividad profesional, incluida la docencia universitaria. Hasta que se reformó el procedimiento en 2015, los magistrados constitucionales eran elegidos por un comité electoral. Este consta de doce miembros del *Bundestag*, que son elegidos para el comité por el propio Parlamento de modo proporcional a los escaños obtenidos por los grupos parlamentarios. El comité electoral todavía existe, pero ahora solo prepara la elección, no decide. La decisión real la toma el pleno del *Bundestag*. El comité inicialmente delibera de manera confidencial y luego puede decidir por una mayoría de dos tercios para proponer un candidato al Parlamento[14].

Este modo de elección y de composición de los miembros del TC (en el caso francés, ni siquiera es preceptivo que todos sus miembros sean juristas[15]) refleja la

---

tiembre-diciembre, pp. 13-49. García Couso, S. (2012), «Cómo superar la lógica del Estado de partidos en el Tribunal Constitucional: la reforma del art. 159 CE». *Teoría y realidad constitucional,* núm. 29, 433-456. García Roca, J. (2012), «La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones». *Revista General de Derecho Constitucional,* núm. 15.

[11] Santaolalla López, F. (2010) «El problema de la renovación de los órganos constitucionales». *Revista de Derecho Político,* núm. 77, 73-103.

[12] Ortega Gutiérrez, D. (2022) «Elección del Consejo General del Poder Judicial: un análisis panorámico». *Revista de Derecho Político,* núm. 114, 13-45.

[13] Sigue siendo una obra de referencia la monografía de Pieper, S. U. (1998) Verfassungsrichterwahlen, Dunker Humblot, Berlin. Sin embargo, no está actualizada. La última reforma en el sistema de elección de magistrados es de 2015.

[14] https://www.bundestag.de/resource/blob/493592/bafe230e7b592f30de4761f1dcc3df5d/WD-3-258-16-pdf-data.pdf [Consulta 21-VIII-2022].

[15] Roussillon, H. (2004) Le Conseil constitutionnel: une légitimité contestée,…cit.: «En France, on n'exige pas que ce soient des juristes. Alors que dans des pays voisins on exige que ce soient des magistrats, des professeurs d'université ou des avocats, ou bien des gens qui ont le diplôme pour devenir magistrat. C'est le cas de l'Allemagne. À mon avis ce n'est véritablement pas un problème. Il ne faut pas oublier que Kelsen avait écrit «qu'il n'était pas souhaitable qu'une Cour constitutionnelle —une véritable Cour constitutionnelle— ne soit composée que de juristes». C'est une question de proportion».

idea de que el Tribunal Constitucional es un órgano político-jurídico, no estrictamente jurídico. De ahí que en la mayoría de los procedimientos de elección participen los representantes de la ciudadanía. Si se compara el procedimiento de elección de los jueces constitucionales, cabe concluir que en la mayoría de los Estados europeos y americanos, participa el Parlamento. Sin embargo, en muy pocos países está previsto un procedimiento alternativo de elección cuando por la composición política de las Cámaras y el particular sistema de elección de jueces, se producen bloqueos. Hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en América cabe citar a Chile (Servicio de Estudios, Biblioteca y Documentación del Tribunal Constitucional, p. 229). La elección de magistrados en el Tribunal Constitucional Federal Alemán[16], cuenta con un mecanismo de corrección de retrasos: en el supuesto en que la demora de un nombramiento supere los dos meses, el elector (*Busdestag* o *Bundesrat*, según corresponda[17]) debe solicitar al Tribunal Constitucional que le sugiera tres candidatos. La sugerencia no es vinculante para el órgano elector. De este procedimiento alternativo para evitar retrasos en la renovación, se ha hecho uso en varias ocasiones; de ellas, el órgano elector concernido, ha seguido la propuesta en unos casos, y en otros no[18]. La duración del cargo de magistrado del TCF se extiende durante un periodo de 12 años, y como máximo puede alcanzar hasta la edad de la jubilación (al término del mes en el que se cumplan los 68 años de edad). Sin embargo, pueden seguir ejerciendo su actividad judicial hasta el nombramiento de su sucesor en el cargo.

El Tribunal Constitucional de Austria tiene 14 miembros y seis miembros suplentes que son designados por el Presidente Federal. Las propuestas son hechas por el Gobierno, el Consejo Nacional y el Consejo Federal. Los requisitos para ser nombrado miembro del Tribunal Constitucional son una licenciatura completa en derecho y al menos diez años de ejercicio profesional del derecho. El mandato de los jueces termina al final del año en que cumplen 70 años y, por lo tanto, varía en duración[19].

---

[16] «Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. November 2019 (BGBl. I S. 1724) geändert worden ist»

[17] Los órganos encargados de la elección de los jueces son el Parlamento y el Senado. A tenor de lo previsto en el art. 5. 1: Los jueces de cada Sala son elegidos la mitad por el Parlamento y la otra mitad por el Senado. De los jueces que deben ser designados de entre los jueces de los tribunales supremos federales, uno es elegido por un órgano electoral, dos por el otro, y de los tres jueces restantes, uno es elegido por un cuerpo electoral y dos por el otro órgano.

[18] Servicio de Estudios, Biblioteca y Documentación del Tribunal Constitucional (2001) Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional,* n. 61, p. 227.

[19] https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/verfassungsrichter/verfassungsrichter_ueberblick.de.html [Consulta 21-VIII-2022].

En el caso español, los problemas prácticos que han dificultado el nombramiento de los magistrados del TC, puede decirse que se deben más que nada al sistema de renovación de 4 magistrados cada tres años[20]. No faltan propuestas de reforma de la Constitución y de le ley orgánica del TC (Fernández Farreres, Aguiar de Luque, Cruz Villalón, García Roca[21]), unas más moderadas y otras más drásticas.

IV. ¿Aportaría mayor transparencia y se evitarían otras disfunciones si las Comisiones de nombramientos del Congreso y el Senado tuvieran una actuación reglada? ¿Es deseable adoptar un procedimiento en el que puedan presentarse los candidatos que lo deseen, similar a la selección de candidatos al TEDH y TJUE?

Como señala Romboli en su ponencia, en Italia, es posible que se presenten los candidatos que deseen ser elegidos, aunque no sea posible postularse ante todos los órganos electores. Quizá en España se podría adoptar una medida similar.

Ciertamente, no es éste el único (ni tal vez el principal problema, que quizá habría que situarlo en corta cadencia de renovación y las largas prórrogas por falta de consenso). Pero tal vez el problema español, visto desde la perspectiva de Europa, aporta algunas luces. Por ejemplo, el hecho de que el TJUE considerase que el Tribunal de Cuentas no es un órgano independiente (y por tanto no puede plantear la cuestión prejudicial), por la intervención del poder político en los nombramientos[22], ¿no podría llevar a plantearnos que tal vez un TC en el que la intervención del poder político bloqueando la renovación adolecería del mismo defecto?

Los vicios que se reprochan al procedimiento para la designación de jueces del TC son principalmente «el alto grado de politización, la falta de transparencia y la ausencia de los estándares mínimos en relación con la calidad de los jueces seleccionados». Cabe preguntarse, si no se presentan también —o por el contrario han sido evitados con éxito—, en el caso de la selección de jueces nacionales para el TJUE y el TEDH. En el caso de España los defectos antes señalados han tratado de obviarse, promulgando una norma[23] que hace más transparente el procedimiento. Como es sabido, el art. 21 del CEDH establece las condiciones que debe tener el aspirante a juez del Tribunal. Son condiciones regladas y exigibles, el gozar

[20] Borrajo Iniesta, I. (2013) «Renovarse o morir: el ritmo de las renovaciones del Tribunal Constitucional español». *Revista General de Derecho Constitucional,* núm. 16.

[21] El texto de García Roca de 2012 recoge y pondera las propuestas de los autores mencionados. El artículo de Fernández Farreres de 2015, es igualmente una referencia obligada.

[22] Ballesteros Panizo, A. (2020) «La independencia judicial según el art. 267 TFUE». *Revista Registradores de España.* https://revistaregistradores.es/la-independencia-segun-el-articulo-267-tfue/ [Consulta 21-VIII-2022].

[23] Real Decreto 972/2020, de 10 de noviembre, por el que se regula el procedimiento de selección para la propuesta de candidaturas por el Reino de España en la designación de miembros del Tribunal de Justicia de la Unión europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

de la más alta consideración moral y el reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia. Se podrá rebatir que el hecho de ser un procedimiento en el que todos los candidatos que cumplan los requisitos pueden presentarse, no ha evitado que surjan problemas. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones sobre la selección de candidatos al TEDH. En 2008, la Sala Tercera del Tribunal Supremo Español[24] desestimó el recurso interpuesto por una asociación profesional de jueces. En 2017, el mismo Tribunal[25], estimó el recurso por una asociación de jueces contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se hacía pública la terna de aspirantes. No obstante, estos dos pronunciamientos sobre este sistema de selección ponen de manifiesto que se trata de una selección más abierta y transparente.

Bibliografía

Ballesteros Panizo, A. (2020) «La independencia judicial según el art. 267 TFUE». *Revista Registradores de España.* https://revistaregistradores.es/la-independencia-segun-el-articulo-267-tfue/ [Consulta 21-VIII-2022].

Bon, P. (1991) «Le Conseil Constitutionnel Français et le modele des Cours Constitutionnelles Europeennes», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 32, 45-72.

Borrajo Iniesta, I. (2013) «Renovarse o morir: el ritmo de las renovaciones del Tribunal Constitucional español», *Revista General de Derecho Constitucional,* núm. 16.

Bovend'Eert, P. (2018) «Recruitment and appointment of judges and justices in Europe and the US, 5/ 2018», en https://trema.nvvr.org/editie/2018-05/recruitment-and-appointment-of-judges-and-justices-in-europe-and-the-us [Consulta 21-VIII-2022].

Bustos Gisbert, R. (2018) «La controvertida composición y renovación de los órganos judiciales». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 22, 217-256.

Bustos Gisbert, R. (2019) «Sobre la independencia judicial. (Notas al hilo del libro de Pablo Lucas Murillo de la Cueva, La independencia judicial y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional)», *Teoría y realidad constitucional,* núm. 44, 383-395.

[24] STS de 27 de octubre de 2008, rec. 366/2007

[25] STS de 31 de mayo de 2017, rec. 88/2017. Cancio Fernández, R. C. (2018) Constitucionalidad, soft law y elección de jueces para el TEDH: Comentario a la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017. *Teoría y realidad constitucional,* núm. 41, 449-459.

Bustos Gisbert, R. (2020) «Comunicación transjudicial en Europa en defensa de la independencia de los jueces». *Revista de derecho constitucional europeo,* núm. 33, 2020. https://www.ugr.es/~redce/REDCE33/articulos/02_BUSTOS.htm [Consulta 21-VIII-2022].

Bustos Gisbert, R. (2021) «La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE». *Teoría y realidad constitucional,* núm. 47, 161-198.

Cancio Fernández, R. C. (2018) «Constitucionalidad, soft law y elección de jueces para el TEDH: Comentario a la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017», *Teoría y realidad constitucional,* núm. 41, 449-459.

Chmielarz-Grochal, A. / Laskowska, M. / Sutkowsk, J. (2018) «Selección de magistrados constitucionales. Aspectos legales y políticos de la crisis de nombramiento en algunos países europeos», *Estudios constitucionales* vol. 16 núm. 2, http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200481 https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002018000200481&script=sci_arttext [Consulta 2-VIII-2022].

Dorsen, N. (2006) «The selection of U.S. Supreme Court justices». *International Journal of Constitutional Law,* Volume 4, Issue 4, 652–663,https://doi.org/10.1093/icon/mol028 [Consulta 21-VIII-2022].

Fernández Farreres, G. (2015) «Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 105, 13-49.

Fernández Riviera, R. M. (2019) «El modelo británico de nombramientos judiciales: "judicial Independence in law"», *Teoría y realidad constitucional,* núm. 44, 453-482.

García Couso, S. (2012) «Cómo superar la lógica del Estado de partidos en el Tribunal Constitucional: la reforma del art. 159 CE», *Teoría y realidad constitucional,* núm. 29, 433-456.

García Roca, J. (2012) «La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *Revista General de Derecho Constitucional,* núm. 15.

Ginsburg, T. (2003) *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases,* Cambridge: Cambridge UniversityPress.

Ortega Gutiérrez, D. (2022) «Elección del Consejo General del Poder Judicial: un análisis panorámico», *Revista de Derecho Político,* núm. 114, 13-45.

Pieper, S. U. (1998) *Verfassungsrichterwahlen,* Dunker Humblot, Berlin.

Roussillon, H. (2004) «Le Conseil constitutionnel: une légitimité contestée», en Jacques Raibaut y Jacques Krynen (dirs.), *La Légitimité des Juges,* Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, n. 23 de la versión digital, accesible en https://books.openedition.org/putc/2454?lang=es [Consulta 21-VIII-2022].

Santaolalla López, F. (2010) «El problema de la renovación de los órganos constitucionales», *Revista de Derecho Político,* núm. 77, 73-103.

Servicio de Estudios, Biblioteca y Documentación del Tribunal Constitucional (2001) «Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 61, 209-237.

LA DESIGNACIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN ESPAÑA

Germán Fernández Farreres
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

I

Quiero comenzar expresando mi agradecimiento al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y a su presidente, el profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, por su invitación a participar en esta Mesa sobre los sistemas y procedimientos para el nombramiento de los jueces constitucionales. Es un placer poder hacerlo y, en consecuencia, poder intercambiar opiniones y criterios sobre una cuestión de gran importancia práctica, porque del acierto en la designación de los magistrados constitucionales depende en gran medida que la justicia constitucional cumpla con lo que de la misma se espera.

Lo que seguidamente voy a decir, lo tengo ya dicho, o mejor escrito. En 2015, la REDC número 105, publicó mi estudio «Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional», y, si bien lo sea ahora de manera muy resumida, creo que lo que en aquel momento dije puedo seguir manteniéndolo. Las prácticas observadas en la designación o nombramientos que en dicho trabajo analicé, y critiqué, para nada se han corregido. La última de las renovaciones de magistrados, en el pasado mes de noviembre, ha confirmado una vez más su plena vigencia, lo que ha coadyuvado decisivamente a la decadencia en la que se encuentra sumido el Tribunal Constitucional[1].

[1] La renovación, correspondiente al turno del Congreso de los Diputados, una vez más se ha realizado por acuerdo entre los partidos que sustentan al Gobierno y el principal partido de la oposición, sin vetos de ningún tipo a los candidatos propuestos por cada parte. Tanto es así que se ha llegado a decir que «cada parte negociadora sólo se responsabilizaba de los por ella propuestos».

Por otra parte, no estará de más recordar que contando con la última renovación, el número de juristas designados magistrados se eleva a 67, distribuyéndose en 36 Catedráticos de Universidad, 23

II

La tesis que sostengo es que dichas prácticas vienen propiciadas o, al menos, favorecidas por el peculiar sistema de designación de los magistrados previsto por la Constitución, que se realiza por grupos de cuatro magistrados cada tres años y con una duración del mandato de nueve años. Se trata, pues, de un sistema matemáticamente exacto que, sin embargo, en la práctica resulta de imposible cumplimiento. Para hacer compatible la renovación de los doce magistrados por terceras partes cada tres años, haciendo a la vez posible que la duración de su mandato sea de nueve años, resulta absolutamente imprescindible que las designaciones se produzcan al tiempo debido, con una puntualidad inexorable. Porque, de no ser así, una de dos: o se incumple la regla de la duración del mandato de nueve años o se incumple la regla de la renovación cada tres años.

Pues bien, esa puntualidad no sólo ha sufrido retrasos, sino que ha sido clamorosamente incumplida, sin medio jurídico alguno que lo pudiese evitar, por lo que al no producirse la renovación del correspondiente turno en el momento debido, la regla de los nueve años de duración del mandato (art. 159.3 CE) queda incumplida, tanto por exceso como por defecto.

Buena prueba de lo que digo es que, si bien a lo largo de las primeras renovaciones el propio Tribunal Constitucional consideró como *dies a quo* para proceder a las mismas el de la fecha de publicación del nombramiento del primer Tribunal, es decir, el 22 de febrero de 1980, como quiera que la adopción de este criterio repercutía en la duración del mandato de los magistrados del correspondiente grupo no renovado en tiempo, a partir de la renovación de 1998 rectificó y adoptó como *dies a quo* el de la fecha en la que hubiera sido publicado el nombramiento de los magistrados. Con ello quedó garantizada, ciertamente, la duración del mandato de nueve años, aunque lo fuera a costa de alterar ahora el ritmo de las renovaciones cada tres años. Y es que, como ya hemos dicho, el juego de las tres variables no permite otra cosa.

Magistrados del Tribunal Supremo, 5 Magistrados de órganos jurisdiccionales inferiores, un Fiscal y dos abogados. Se ha llegado, pues, a una situación bien distinta a la de la primera etapa del Tribunal Constitucional, en la que la mayoría de los nombramientos recayeron en Catedráticos de Universidad (entre 10 y 8 sobre 12), ya que, tras la última renovación, de los 12 sólo 4 son catedráticos de Universidad, siendo la mayoría de procedencia judicial (7 magistrados y 1 fiscal). Y entre éstos, conviene también señalar que de los 25 magistrados que ha habido hasta 2021, 23 han procedido del Tribunal Supremo, mientras que en la última renovación ninguno de los tres nuevos magistrados de origen judicial es magistrado del Tribunal Supremo (lo son de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

Por lo demás, de los 67 magistrados, el nombramiento ha recaído en 8 mujeres, de manera que para llegar a un equilibrio del 50 por ciento —tan reclamado por algunos sectores— será preciso que en los próximos 45 años sólo se nombren mujeres.

Ante estas oscilaciones en el criterio a seguir y sobre todo, tras el insólito hecho de que la renovación de los magistrados del cupo del Senado que debía producirse en diciembre de 2007 quedase congelada durante tres años, el legislador intervino en 2010, reformando la LOTC e imponiendo la prevalencia de la regla de la renovación trienal al disponer que «si hubiese retraso en la renovación por tercios de los magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación». Con ello, la primera regla del artículo 159.3 de la Constitución («Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años») quedó sin más, hasta hoy mismo, abrogada.

Por lo demás, no se crea que con las señaladas quedan agotadas las disfunciones que arrastra un sistema que, por su propia configuración, aun en el supuesto de que quienes tienen que aplicarlo actúen con la mayor escrupulosidad y lealtad hacia el mismo —lo que ha quedado demostrado que no es el caso—, resulta de imposible observancia. Y es que, junto al retraso en el plazo de tres años para las renovaciones por tercios, tampoco puede olvidarse la incidencia de las vacantes y ceses de magistrados que se producen por alguna de las causas previstas en el artículo 23 de la LOTC —es decir, por renuncia, incapacidad, incompatibilidad sobrevenida, o, entre otras más, sencillamente por fallecimiento—, lo que ha obligado a dar entrada a otras reglas complementarias que, previstas sin más por la LOTC, de nuevo alteran la duración del mandato de nueve años. Y es que el magistrado que sea designado para cubrir la vacante lo será por el tiempo que reste hasta la renovación del grupo al que la misma pertenezca (artículo 16.5 LOTC), con la particularidad de que, en tal caso, queda modulada la regla ahora del artículo 16.4 de la misma Ley Orgánica de que «ningún magistrado podrá ser propuesto al Rey para otro período inmediato», pues, como precisa el mismo precepto, esa imposibilidad no regirá cuando el magistrado «hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años».

Como fácilmente se puede apreciar, este sistema no es el más idóneo para que la independencia de los magistrados en el ejercicio de sus funciones se desarrolle en las mejores condiciones posibles, dado que permite sembrar cuando menos la duda acerca de los criterios que seguirán quienes han de decidir sobre dar o no aplicación a la posibilidad que brinda el referido artículo 16.4 LOTC.

En definitiva, queda completamente asentada la posibilidad legal de mandatos de muy distinta duración, sencillamente porque, una vez más, se ha dado preferencia a la renovación por grupos, tal como resulta del artículo 16.5 LOTC: «Las vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del período para el que se hicieron los nombramientos serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a éste restase». Por tanto, la duración del mandato del magistrado designado para ocupar la vacante queda comprometida por el hecho de

cuál sea el grupo al que la misma pertenezca, lo que inevitablemente ha dado lugar a situaciones muy desiguales[2].

III

Ahora bien, el sistema de renovación de magistrados por grupos aún conlleva una consecuencia última más importante, verdaderamente trascendental. Y es que ha facilitado el fenómeno del intercambio o trueque de puestos entre los dos partidos mayoritarios, con alguna concesión a terceros partidos «bisagras» en la composición de las mayorías parlamentarias.

Se trata de una grave disfunción sobre la que algunos hemos advertido desde hace tiempo, manteniendo la conveniencia de que la renovación de los magistrados se haga cuando se cumplan los nueve años de mandato y no cuando corresponda al grupo por el que hayan sido nombrados, «pues de este modo el sistema de selección en bloque de cuatro magistrados se diluiría en el tiempo, lo que coadyuvaría a atajar el problema de la *lotizzazione*». Y todo ello, incluso, sin necesidad de reformar la Constitución, pues «la contradicción interna del artículo 159.3 CE, que se reproduce en el artículo 16.2 de la LOTC, y que no se ha resuelto a favor de la preeminencia de la regla de la duración del mandato por nueve años», bien pudiera resolverse en sentido contrario, a favor precisamente de la garantía de ese plazo de nueve años, lo que conllevaría ese efecto secundario de gran trascendencia de que el sistema de selección en bloque de cuatro magistrados daría paso a designaciones individuales.

No parece discutible, en efecto, que la aplicación del sistema de renovación por grupos de cuatro magistrados cada tres años ha resultado tremendamente perniciosa al facilitar pactos y componendas entre los dos partidos mayoritarios que han antepuesto, sobre todo a partir de la renovación de noviembre de 2001, sus intereses partidistas al interés de la propia institución[3].

---

[2] La estadística pone de manifiesto que tomando como fechas para el cómputo la del nombramiento y la de la conclusión del mandato, 9 magistrados han desempeñado el cargo durante un plazo superior a diez años, llegando varios de ellos a más de 12 años, mientras que no han llegado a 9 años un total de 25. Baste recordar ahora, por ejemplo, que los magistrados J. Leguina y F. García-Mon, a pesar de ser nombrados en la misma fecha, en febrero de 1986, el primero cesó por expiración del mandato a los seis años y cinco meses, al proceder en ese momento la renovación de los magistrados del grupo al que pertenecía la vacante que ocupó (del Congreso), mientras que el segundo, al producirse la renovación de los magistrados de su grupo (el Senado) cuando aún no habían transcurrido tres años desde su nombramiento, pudo ser designado por un nuevo período de nueve años, con lo que su permanencia alcanzó doce años y nueve meses.

[3] Por si mi opinión pudiera parecer exagerada, me permitirán que recuerde estas palabras de F. Rubio Llorente, «El Tribunal Constitucional», *REDC,* núm. 71 (2004), p. 16.: «Aunque es evidente

IV

¿Qué hacer entonces?

A mi juicio, la alternativa al actual sistema pasa irremisiblemente por acoger el criterio de la designación o elección de magistrados de manera individualizada, caso por caso. A esa elección individualizada y no conjunta por bloques de cuatro magistrados, habría podido llegarse, desde luego, como acabamos de ver, de no haberse dado preferencia a la regla de la renovación por terceras partes cada tres años. Con ello se habría respetado la no menos importante regla de los nueve años como duración del mandato de los magistrados. Pero es evidente que no ha habido interés alguno en que así fuese, seguramente porque la elección individualizada permite mayor transparencia en la designación y, en consecuencia, dificulta esas prácticas negociadoras al servicio sin más de que cada partido coloque a los suyos o, cuando menos, a magistrados «de la confianza» de quién los propone.

No ignoro que no hay sistema perfecto y, sobre todo, que, aun cuando se llegue a dar con él, no por ello quedará asegurado su éxito. Lo diré con palabras de la sentencia constitucional 58/1982, de 27 de julio, f. j. 4: « […] aunque el Estado de Derecho tiende a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso». Pero tampoco parece discutible que, cuando la virtud no asiste a quienes han de aplicarlas, las mismas leyes han de tratar, al menos, de no facilitar ese mal uso.

Por consiguiente, la respuesta a la degradación a la que ha llegado el sistema español de designación de los magistrados constitucionales requiere, ante todo, la eliminación de la regla de la renovación por terceras partes cada tres años, sustituyéndola por la de la renovación individualizada de los magistrados, según se vayan produciendo las vacantes. Además, de esta forma dejarían de ser necesarias esas otras reglas complementarias relativas a la reelección de magistrados por razón del

---

que en la democracia de partidos, que es la única posible, la designación de los Magistrados del Tribunal Constitucional, como la de los componentes de cualquier órgano semejante, será siempre objeto de negociación entre aquellos y que tal negociación producirá frecuentemente un retraso de la decisión y se saldará con un reparto de los puestos a cubrir, también es evidente que el riesgo de que suceda lo uno y lo otro es tanto mayor cuanto más rígida sea la periodicidad y mayor el número de magistrados a designar. La sustitución del procedimiento de las renovaciones periódicas por terceras partes por el de los nombramientos escalonados en el tiempo, no sólo es más respetuosa con el principio cardinal de la duración igual de los mandatos, sino también menos propicia a lo que en Italia se llama «lotizzazione», al reparto del botín». También P. Cruz Villalón, «El estado del Tribunal Constitucional», *Claves de Razón Práctica,* núm. 191 (2009), p. 8: « [...] con la perspectiva que da el tiempo, el sistema de renovación por terceras partes, es decir, cuatro magistrados cada tres años, ha demostrado ser un error colosal del constituyente».

tiempo transcurrido desde el nombramiento y también al descuento de tiempo en el desempeño del cargo en función del retraso habido en la renovación.

A partir de la eliminación de las renovaciones por tercios, aún quedarían otras cuestiones por resolver.

1) La primera se refiere a la regla de que cuatro de los doce magistrados serán designados por el Gobierno de la Nación y por el Consejo General del Poder Judicial. Una regla que, en general, no se ha cuestionado. Pero ¿es razonable, o simplemente conveniente, mantener esa atribución? [4].

En mi opinión, ninguna razón consistente justifica —máxime a estas alturas— que el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial intervengan directamente en la designación de parte de los magistrados constitucionales. La intervención del

[4] Sobre la «originalidad» de esta fórmula, así como las razones que llevaron a la misma, merece la pena recordar que la misma fue propuesta en el debate constituyente por UCD, y que al prosperar, tal como ha señalado quien participó activamente en lograrlo, O. Alzaga, en «Sobre la composición del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11 (2002), pp. 149 ss. se consiguieron «[...] dos objetivos prioritarios: *a)* La presencia en el TC tanto de dos miembros propuestos por el Gobierno (que UCD creía aún entonces que iba a conservar durante muchos años), lo que argumentábamos esgrimiendo la débil tesis de que en otros sistemas constitucionales era el Jefe del Estado quien tenía cuota propia, que en nuestra Monarquía parlamentaria debía pasar a ser ostentada por el Gobierno, aunque tal consideración olvidaba que en los restantes regímenes parlamentarios coronados no se había optado por tal solución y que en las repúblicas parlamentarias en que el Jefe del Estado nombra miembros del Tribunal Constitucional lo hace con plena independencia del Gobierno. Y *b)* Otros dos miembros eran propuestos por el Consejo General del Poder Judicial, donde, según pensaba el Partido Centrista, de una parte, el Partido Socialista tendría un influjo no determinante y, de otra, el Gobierno gozaría de más peso que en la alta magistratura, a la que alude la Constitución italiana» (pp. 160-161). Y aún añade (en p. 166) una consideración más que igualmente conviene recordar: «Aunque a nadie se podía engañar sobre los objetivos pragmáticos que movían al partido gubernamental, éste en los debates de pasillo había defendido su fórmula con cesiones en otros artículos de la Constitución y con la cobertura del argumento de que el origen tripartito (legislativo, ejecutivo y judicial) de los miembros del Tribunal Constitucional, al dejar al mismo respaldado por los tres poderes tradicionales del Estado, a lo que se sumaba el nombramiento formal por el Rey, le otorgaba tanto un significado integrador como la más alta dignidad. Lo curioso —apostilla Alzaga— es que esta argumentación dialéctica *de parte*, acabó calando en un sector de la doctrina, y quizá lo más paradójico es que entre la misma podamos citar al propio profesor Peces Barba, quien ha escrito que «el origen de la composición pretende marcar la importancia y la independencia del Órgano al ser designados sus miembros por los tres poderes del Estado, aunque con un claro predominio del Legislativo que elige dos tercios, repartiéndose el tercero entre el Gobierno y Poder Judicial». Y hasta la indiscutible autoridad de D. Manuel García Pelayo acogió esta tesis a modo de axioma en estos términos: «Los magistrados del Tribunal Constitucional son nombrados por el Rey a propuesta del Congreso de los Diputados, del Senado, del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, es decir, es el único órgano constitucional en el que intervienen en el proceso de nombramiento de sus miembros todos los restantes órganos constitucionales, lo que, junto a otros significados posibles tiene el de reforzar su dignidad y acentuar su significación integradora»». De este modo, logrado el consenso constituyente para incluir la fórmula «de contenido un tanto singular» propuesta por UCD, la misma apenas fue cuestionada.

Gobierno politiza aún más la composición del Tribunal y, por su parte, la del Consejo General del Poder Judicial no parece tener otra justificación que la de asegurar, como si de una cuota fija se tratase, la presencia de miembros del poder judicial, lo que también es innecesario y hasta contraproducente, por cuanto, dada la propia composición del órgano electivo, coadyuva a reproducir la lógica del reparto de puestos por adscripciones a uno u otro grupos judiciales y políticos.

Lo lógico y adecuado sería, por tanto, que la elección de los magistrados correspondiese íntegramente a las Cortes Generales, de manera que seis magistrados lo fueran por el Congreso y los otros seis por el Senado. Sin descartar, incluso, que los doce pudieran ser designados en sesión conjunta del Congreso y el Senado.

2) La segunda de las cuestiones complementarias es que convendría, asimismo, la eliminación del actual procedimiento de designación de magistrados por el Senado, establecido por el artículo 16.1, párrafo 2º, de la LOTC, tras la reforma de 2007.

La participación de las Comunidades Autónomas en la fase previa de designación presentando candidatos, de poco ha servido para mejorar el sistema. En realidad, se trata más bien de un maquillaje, dados los límites constitucionales existentes. Y es que esa participación en manera alguna ha supuesto —sencillamente porque constitucionalmente no podía ser de otra forma— que el Senado haya dejado de tener la última palabra, y no sólo en la elección de los magistrados, sino también en la designación de otros candidatos añadidos a los que aquéllas puedan proponer. Todo ello sin perjuicio, en fin, de que los partidos mayoritarios pueden imponer en sus respectivas Comunidades Autónomas la designación como candidato a la misma persona, tal como sucedió en la primera y hasta ahora única ocasión en la que se ha aplicado el nuevo procedimiento. De manera que se ha complicado de manera innecesaria un procedimiento que, incluso, dadas las prácticas seguidas, no ha dejado de coadyuvar al desprestigio de las designaciones.

3) Llegados a este punto, aun añadiré que también sería conveniente revisar la cuestión de la duración del mandato de los magistrados constitucionales. Es verdad que con la designación individualizada, según se produzcan las vacantes, quedaría garantizado para todos los magistrados el mismo plazo de permanencia en el cargo, solventando así de un plumazo las situaciones tan variopintas que el actual sistema ha deparado. Y también facilitaría la continuidad del Tribunal, no sujeto ya a renovaciones periódicas por bloques o grupos de magistrados. Pero no por ello puede dejarse de plantear la conveniencia de no establecer una duración predeterminada.

Frente el establecimiento de un plazo de duración del mandato idéntico para todos los magistrados —sean los actuales nueve años o, en su caso, uno más amplio,

de doce años—, en la medida en que, además, ese mandato no tiene el límite de una determinada edad de jubilación, al menos debería debatirse sobre si no es preferible dar entrada a otros criterios, como por ejemplo, el del nombramiento por el tiempo que reste al magistrado hasta alcanzar la edad de cese o, si se quiere, la edad de jubilación. Una edad que podría quedar fijada en los setenta o setenta y cinco años.

La experiencia pone de manifiesto que con la eliminación de un plazo predeterminado y el establecimiento simultáneo de una edad de jubilación se evitaría que el nombramiento de magistrados de elevada edad, como en ocasiones sucede, lleve a que la conclusión del mandato, si felizmente llega a hacerse efectiva, lo sea a una edad excesivamente avanzada[5]. Y, asimismo, con ello se propiciaría una mayor continuidad y estabilidad del Tribunal, reforzando la concepción que debe presidir la función propia de los magistrados constitucionales[6].

En definitiva, dado que la función de juez constitucional no debe concebirse exclusivamente desde la lógica propia de los cargos representativos, sujetos en su desempeño a períodos de tiempo fijos y predeterminados, sino como una función que por su naturaleza misma y su mejor desempeño debe gozar de estabilidad y permanencia en el tiempo, parece lógico que la adquisición de la condición de magistrado o juez constitucional se mantenga hasta alcanzar la edad de jubilación. Quedaría con ello más reforzada su independencia y mejor preservada la función que les corresponde, única y exclusivamente sujeta a la garantía y defensa de la Constitución frente a la acción de los demás poderes públicos.

4) Resta decir que al eliminarse la renovación en bloque, por grupos de cuatro magistrados, sería lógico que la actual regla de la *prorrogatio* fuese eliminada o, al menos, corregida. Y es que de abrirse paso la renovación individual, según se producen las vacantes, sería verdaderamente extraordinario que, en un momento determinado, la composición del Tribunal pudiera quedar reducida en cuatro o más magistrados, ante lo que inevitablemente hay que dar entrada a la regla de la prórroga[7].

---

[5] Lo ha advertido también P. Cruz Villalón «El estado del Tribunal Constitucional», *op. cit.*, p. 10: « [...] la ausencia de toda edad de jubilación para los magistrados constitucionales, no sólo ha permitido el que éstos culminasen su período de nombramiento más allá del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, lo que puede ser razonable, sino que hayan accedido al Tribunal personas con dicha edad ordinaria de jubilación crecidamente cumplida».

[6] La duración de los mandatos variaría, por tanto, al depender de la edad que tuviesen los magistrados al ser nombrados, pero, como contrapartida, quedaría más estabilizada la condición de magistrado constitucional, dejando de ser, como en ocasiones sucede, un alargamiento de la edad de jubilación del designado o, en otro caso, una condición pasajera en su vida profesional, lo que, como se ha dicho (P. Cruz, *cit.*), no deja de plantear problemas cuando llega el momento de su «devolución» a la vida civil, máxime si el nombramiento lo ha sido a una edad muy temprana.

[7] Téngase en cuenta que la prórroga, al servicio de que no se vea gravemente afectada la composición y funcionamiento del Tribunal, sólo resulta verdaderamente necesaria cuando se produce el incumplimiento del plazo en las renovaciones trienales. Como es obvio, en los casos de vacantes por cese

De ahí que, aun cuando tampoco sean descartables los retrasos en un sistema de renovaciones individuales, la gravedad de las consecuencias de los mismos quedaría mucho más atenuada, con lo que la eliminación de la referida regla no plantearía los problemas que en la actualidad suscita.

5) Por último, en cuanto al Presidente y Vicepresidente del Tribunal, los retrasos en las renovaciones de los magistrados también han incidido en la duración de sus mandatos. El plazo de tres años al que se refiere el artículo 160 de la Constitución se ha incumplido en la mayoría de los casos, sea por exceso o por defecto. Y ello porque la elección del Presidente, salvo en una ocasión, se ha pospuesto a la renovación del correspondiente grupo, con lo que el retraso en la renovación ha supuesto que el mandato de tres años del Presidente y Vicepresidente quede inevitablemente ampliado. Y todo ello sin olvidar que con la reforma de la LOTC de 2007 ha quedado ya establecido (artículo 16.3) que «si el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos magistrados».

A todo esto se suma el dato de que, desde la quinta renovación del Tribunal —con la excepción, por tanto, de los dos primeros Presidentes del Tribunal, García Pelayo y Tomás y Valiente—, los propios magistrados constitucionales han adoptado la práctica de que el nombramiento recaiga en alguno de los magistrados del turno saliente o sujeto a renovación. Se busca con ello, sin duda, que el cargo de Presidente y Vicepresidente esté al alcance de un mayor número de magistrados, por cuanto al recaer en dos de los salientes queda anticipadamente excluida la posibilidad de la reelección. Tanto es así que ni tan siquiera se ha permitido que la presidencia pueda recaer en quien previamente haya sido Vicepresidente, lo que responde a la misma lógica de reparto.

Ahora bien, esta práctica termina por afectar de nuevo a la continuidad y estabilidad del Tribunal, que queda sujeto cada tres años a cambios en su composición y en la presidencia y vicepresidencia, con el inevitable interés político que siempre subyace a cada renovación.

En consecuencia, en el marco de un sistema de renovaciones individualizadas y con duración del mandato hasta alcanzar la edad de cese o jubilación, la elección de Presidente y Vicepresidente debería y podría realizarse sin mayores problemas

---

de acuerdo con las causas previstas en el artículo 23 de la LOTC, o, desde luego, por fallecimiento, no hay lugar a prórroga alguna. Así pues, al igual que en los supuestos referidos, en los que no hay lugar a prórroga alguna, el automático cese por expiración del plazo de nombramiento, al no ser ya de un grupo de magistrados, sino de magistrados individuales, en circunstancias normales habría de tener mucha menor trascendencia para el funcionamiento del Tribunal.

en la fecha predeterminada por el nombramiento y el cese por transcurso del plazo previsto[8]. Con ello quedaría erradicada —o, al menos, atemperada— esa poco deseable práctica que el propio Tribunal viene observando.

V

Hasta aquí mis comentarios y propuestas. Unas propuestas, ciertamente incompletas, por cuanto también otras cuestiones han de ser tenidas en cuenta. Sobre todo, la relativa al procedimiento a observar para la designación, siendo, como es notorio, numerosas las variantes posibles: desde la designación directa y exclusiva por el órgano que tenga atribuida la facultad y la forma en que lo ha de hacer, hasta el condicionamiento de esa decisión, con un mayor o menor alcance, por la necesaria intervención de otros órganos, bien lo sea en la fase de propuesta de candidatos, bien lo sea reconociéndoles la facultad de rechazar o vetar la propuesta del órgano que en última instancia ha de designar[9].

Sin embargo, se trata de cuestiones que, a pesar de su importancia, a la vista de que, según creo, el problema principal y más urgente a superar es el de la designación de magistrados por tercios cada tres años, en este momento no son tan prioritarias como lo es el desterrar definitivamente ese criterio de renovación.

Que no se siga haciendo con el Tribunal Constitucional lo que hasta ahora se ha hecho, seguramente no hay regulación alguna que lo pueda garantizar. Así es. Pero tampoco me parece aventurado predecir que sin una reforma del vigente sistema de designación de los magistrados constitucionales, la situación a la que se ha llegado difícilmente se regenerará.

Madrid, 4/3/2022

[8] También convendría incorporar alguna regla complementaria, como la de que —siempre en la misma lógica que inspira la duración del mandato de los magistrados— la duración del nombramiento de Presidente y Vicepresidente lo fuera por un plazo superior a tres años, que bien cabría fijar en cuatro o cinco años. Y, en todo caso, no deberían establecerse limitaciones a la posibilidad de reelecciones para sucesivos mandatos.

[9] Puede consultarse el muy completo estudio de J. A. Estrada Marún, *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*, Aranzadi, 2017 [Tesis doctoral, Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid, 2004 (Dialnet: *https://dialnet.unirioja.es › servlet › tesis*)].

NOMBRAMIENTO DE JUECES CONSTITUCIONALES EN COSTA RICA: SISTEMA Y PROCEDIMIENTO

Rubén Hernández Valle
Profesor de la Universidad de Costa Rica

I. Modelo de justicia constitucional

Costa Rica tiene un modelo totalmente concentrado de justicia constitucional, pues en virtud de lo estipulado en los artículos l0 y 48 de la Constitución Política corresponde a una Sala Constitucional, que depende del Poder Judicial, conocer todos los asuntos relacionados con el control de constitucionalidad de las leyes, los recursos de habeas corpus y de amparo, los conflictos de competencia que se susciten entre los órganos fundamentales del Estado, así como ejercer el control de convencionalidad sobre la legislación interna.

Sin embargo, conviene aclarar que por vía jurisprudencial, la Sala Constitucional ha establecido que es el Tribunal Supremo de Elecciones el encargado de resolver los amparos en materia electoral**.** Dentro de este orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha dicho que «los derechos políticos son los instrumentos que posee el ciudadano para participar en la vida pública, pues la finalidad última de éstos es hacer posible la constitución de una relación entre el ciudadano y el Estado, vínculo que se materializa a través del sufragio, de manera que cualquier acción u omisión que tenga el efecto de truncar ese proceso, independientemente de la fase en que se encuentre —que es en el fondo lo que se acusa en el amparo—, es el Tribunal Supremo de Elecciones al que le correspondería su conocimiento y ulterior resolución» **(Voto 3813-93).**

La Sala Constitucional forma parte del Poder Judicial, pero goza de completa autonomía funcional, inclusive para la determinación de su competencia, pues el artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que «Le corresponde a la Sala Constitucional resolver sobre su propia competencia, así como conocer de las cuestiones incidentales que surjan ante ella y de las prejudiciales conexas».

Esta norma refuerza la independencia funcional de la Sala, al punto que ha llegado a plantearse la posibilidad de que este órgano sea también titular de una competencia para crear nuevos procedimientos no regulados por el ordenamiento. En nuestro criterio ello no sería posible dado que el numeral 166 de la Constitución Política consagra una reserva legal en materia de creación y regulación de procedimientos judiciales.

La integración, la duración del cargo, los requisitos de elegibilidad y de incompatibilidades están reguladas directamente en la Constitución. La forma de nombramiento de los Magistrados está regulada tanto en la Constitución como en un Acuerdo emitido al efecto por el pleno de la Asamblea Legislativa.

II. El número de jueces que integran el Pleno de la Sala Constitucional y órgano que los designa

La Sala Constitucional está integrada por 7 Magistrados propietarios y l2 suplentes, todos elegidos por dos tercios del total de miembros de la Asamblea Legislativa. Es decir, se requiere el voto de dos tercios del total de miembros del órgano parlamentario para elegir a los Magistrados constitucionales.

Los Magistrados suplentes son elegidos de ternas presentadas por la Corte Suprema de Justicia al órgano parlamentario. En la praxis, estas ternas están integradas por abogados recomendados directamente por la Sala Constitucional.

Los Magistrados suplentes sustituyen a los propietarios durante sus ausencias temporales y definitivas, es decir, cuando al Magistrado haya renunciado a su cargo o le haya vencido el plazo de su nombramiento y su sustituto no ha sido todavía elegido por la Asamblea Legislativa.

Están sujetos al régimen disciplinario consagrado en la Ley Orgánica del Poder Judicial y a lo establecido en la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Conviene señalar que la Sala Constitucional sólo actúa mediante el pleno, es decir, no se divide, como ocurre en otros tribunales constitucionales, en Secciones o Cámaras.

III. Los requisitos de elegibilidad

Para ser Magistrado de la Sala Constitucional, según el artículo l59 de la Constitución Política, se requiere:

a) Ser costarricense por nacimiento, o por naturalización, con domicilio en el país no menor de diez años, después de obtenida la carta respectiva.

b) Ser ciudadano en ejercicio
c) Pertenecer al estado seglar
d) Ser mayor de treinta y cinco años
e) Poseer el título de abogado, expedido legalmente o reconocido en Costa Rica y haber ejercido la profesión durante diez años por lo menos, salvo que se tratare de funcionarios judiciales con práctica judicial no menor de cinco años.

En cuanto al primer requisito es usual, en nuestro Derecho Constitucional, que todos los miembros de los Supremos Poderes sean costarricenses.

El segundo es obvio, pues quien no es ciudadano en ejercicio no puede ejercer ningún cargo público.

La pertenencia al estado seglar es una de las pocas normas en que nuestra Constitución trata de separar totalmente al Estado de la influencia de la religión católica.

IV. El procedimiento de designación

De conformidad con el artículo 158 de la Constitución, los Magistrados de la Sala Constitucional son elegidos por la Asamblea Legislativa. Esta norma no contempla ningún procedimiento específico para su nombramiento, por lo que se aplica el establecido en el numeral 124 de la misma Constitución, según el cual los nombramientos que competen al Parlamento se realizan en una sola sesión y el acto legislativo correspondiente no requiere la firma del Presidente de la República, por lo que no están sujetos a veto, y para su eficacia deben publicarse en La Gaceta.

El Acuerdo del Plenario Legislativo, Nº 6209-04-05 tomado en la Sesión Nº 87 del 14 de octubre de 2004, publicado en la Gaceta Nº 215 del 3 de noviembre de 2004, establece que al comunicarse una vacante a la Asamblea Legislativa por la Corte Suprema de Justicia, la Presidencia de este órgano parlamentario, haciendo aplicación analógica de las facultades generales dispuestas en el inciso 3 del artículo 27 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, remite el «expediente» (es decir, la comunicación de la vacante) a la Comisión Permanente Especial de Nombramientos y le asigna, discrecionalmente, un plazo para que rinda informe al respecto.

Esta Comisión se encuentra regulada en el artículo 85 inciso f) del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa. La Comisión bien puede solicitar una prórroga para su pronunciamiento, hecho que lo sustenta en la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 80 para los proyectos de ley.

Para rendir su informe, la Comisión publica un aviso en los periódicos de mayor circulación nacional mediante el cual otorga a los interesados un plazo razonable para que presenten los atestados ante ella.

Una vez recibidos los atestados, procede a calificar a los aspirantes de acuerdo con una tabla que toma en cuenta sus publicaciones, años de ejercicio de profesional, experiencia judicial, grados académicos, otorgándoles un determinado puntaje a cada uno de estos rubros.

Una vez realizado este primer escrutinio escoge a los diez mejores calificados y los llama a entrevistas personales. Una vez finalizada esta etapa, la Comisión recomienda al Plenario los cinco candidatos que considera más aptos para ejercer el cargo.

Una vez rendido el informe de mayoría a la Comisión, tal y como lo indica el artículo 82 del Reglamento, se otorgan 8 días hábiles de espera para la entrega de los informes de minoría. Vencido este plazo de 8 días, se aplica el plazo de dos días naturales para el ingreso del asunto al Plenario, según lo dispone el artículo 131 del Reglamento. Vencidos estos «diez días» el informe de mayoría ingresa al Orden del Día y puede ser conocido por el pleno legislativo.

El problema es que este asunto no tiene prioridad en la Orden del Día. De manera que caben dos posibilidades: 1) que se presente moción para la alteración del Orden del Día para traer este asunto (que se conoce en la primera parte de la sesión) al primer lugar, o bien, 2) que la Presidencia declare el asunto con prioridad, en cuyo caso deberá resolver y justificar el por qué. Por ejemplo, en las elecciones relativas a la designación de suplentes se les ha dado prioridad cuando se trata de renovar toda la nómina, dado que los Magistrados propietarios quedarían sin posibilidad de ser sustituidos en casos de emergencia.

Cuando se inicia el conocimiento del informe en el Plenario, se otorga a cada diputado una hora para su discusión según el artículo 107 del Reglamento Interno, pues se trata de un asunto no reglado. Cuando se agota el turno de los oradores en el uso de la palabra, se tiene el asunto por discutido y se procede a votar.

El sistema de votación se compone de dos rondas, a saber: Primera Ronda: En esta se realizarán tres votaciones: En las primeras dos votaciones participan los candidatos que consideren los diputados y diputadas. En la tercera votación de esta primera ronda sólo podrán participar los candidatos que hayan obtenido cinco o más votos. Segunda Ronda: En esta se realizarán cinco votaciones. En la primera votación podrán participar los señores diputados y señoras diputadas con los nombres que consideren oportunos. En la segunda votación participarán los candidatos que hayan obtenido uno o más votos en la votación anterior. En la tercera votación sólo participarán los candidatos que hayan obtenido diez o más votos en la anterior votación. En la cuarta votación solo podrán participar los candidatos que hayan obtenido quince o más votos en la anterior votación. En

quinta votación solo podrán participar los dos candidatos que tuvieron mayor cantidad de votos en la anterior votación.

En cada votación si solo un candidato obtuvo el número de votos estipulado para participar en la siguiente votación se cierra la ronda de votaciones sin elección. Será electo Magistrado el candidato que obtuviere por lo menos 38 votos efectivos.

Si en este proceso ningún candidato alcanza los 38 votos efectivos o bien, solo un candidato alcanzare el número de votos estipulados para participar en la siguiente votación, se pospondrá la votación por una semana, después de la cual se volverá a realizar el proceso aquí señalado.

V. Sistema de votación para la elección de los Magistrados

El sistema se compone de dos rondas, a saber:

Primera Ronda: En esta se realizan tres votaciones. En las primeras dos votaciones participan los candidatos incluidos en el informe de la Comisión. En la tercera votación de esta primera ronda sólo pueden participar los candidatos que hayan obtenido cinco o más votos.

Segunda Ronda: En esta se realizan cinco votaciones. En la primera votación pueden participar los señores diputados con los nombres que consideren oportunos. En la segunda votación participan los candidatos que hubieran obtenido uno o más votos en la votación anterior. En la tercera votación sólo participan los candidatos que hubieran obtenido diez o más votos en la anterior votación. En la cuarta votación solo pueden participar los candidatos que hubieran obtenido quince o más votos en la anterior votación. En quinta votación solo participan los dos candidatos que tuvieron mayor cantidad de votos en la anterior votación.

En cada votación si solo un candidato obtuvo el número de votos estipulado para participar en la siguiente votación se cierra la ronda de votaciones sin elección.

Será electo Magistrado el candidato que obtuviere por lo menos 38 votos efectivos.

Si en este proceso ningún candidato alcanzare los 38 votos efectivos o bien, sólo un candidato alcanzare el número de votos estipulados para participar en la siguiente votación, se pospondrá la votación por una semana, después de la cual se volverá a realizar el proceso aquí señalado.

En la praxis ha ocurrido, en varias ocasiones, en que los diputados no se ponen de acuerdo sobre ninguno de los candidatos recomendados por la Comisión y terminan eligiendo a uno que ni siquiera presentó sus atestados.

Lo anterior reafirma que el procedimiento en cuestión no sólo es cuestionable desde el punto de vista constitucional, pues el ejercicio de esta competencia es

completamente discrecional para el órgano legislativo, por lo que no debe estar sujeta a reglas reglamentaria como si se tratare del nombramiento de un funcionario de la Administración Pública, sino que, además, nos lleva a la conclusión que este sistema de invitar a que cualquier abogado que reúna los requisitos constitucionales mínimos para ser electo Magistrado, pueda presentar su nombre a consideración del órgano legislativo es inconveniente, pues la praxis demuestra que los abogados verdaderamente calificados para ejercer el cargo no presentan sus atestados por elementales razones de dignidad y respeto profesional.

Esta praxis parlamentaria, recogida desde hace algunos años en un acuerdo del Pleno Legislativo, es una medida concreta tendente a la administrativización de una competencia de naturaleza política como es el nombramiento de un miembro de los Supremos Poderes. Nos parece que el precitado Acuerdo es inconstitucional, además de innecesario e inconveniente para el interés nacional.

En el caso de reelección se aplica el mismo procedimiento de ingreso y conocimiento en Comisión y en el Plenario, salvo la votación. En esta hipótesis, se aplica la votación sencilla dispuesta en el art. 201 del Reglamento Interno, sin que existan rondas, es decir, se realiza una sola votación en la cual, de verificarse la existencia de menos de 38 votos en contra, se tiene por reelecto al Magistrado en cuestión.

Respecto de la elección de los suplentes se aplica el mismo procedimiento para las vacantes. La única diferencia es que la designación de los candidatos no la hace la Asamblea sino que ésta escoge de la propuesta hecha por la Corte. De no contar los candidatos con los 38 votos necesarios, se devuelve la nómina a la Corte para que proponga otra. No hay límite al respecto.

VI. Duración del cargo y reelección

Los nombramientos de los propietarios se hacen por un período de ocho años y se considerarán reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario. Las vacantes son llenadas para períodos completos de ocho años.

La elección se realiza dentro de los treinta días naturales posteriores al vencimiento del período respectivo o de la fecha en que se comunique que ha ocurrido una vacante.

En l995, con motivo de la reelección de un Magistrado, éste obtuvo 37 en contra y 17 a favor, por lo que uno de los diputados de entonces consideró que no se había reelegido. Por tanto, planteó una acción de inconstitucionalidad contra el respectivo acuerdo de nombramiento tomado por el Plenario legislativo que tuvo al Magistrado en cuestión como reelegido por no haber obtenido al menos 38

votos en contra. alegando que se trataba de una nueva elección por lo que requería 38 votos a favor y no los había obtenido.

La Sala Constitucional resolvió el caso, en los siguientes términos: «**XXX —** A tono con lo expuesto hasta aquí, lleva razón la Procuraduría General de la República cuando señala que no ha sido correcto el procedimiento seguido hasta ahora por la Asamblea, de poner a votación la reelección, aun con la advertencia de que si no se producían los dos tercios en contra, el Magistrado se tendría por reelecto; práctica legislativa errónea que, evidentemente, ha inducido al actor a suponer que el acto positive de 'reelección' es necesario o, más aún, constituye una 'elección', cuando, como se ha dicho, de conformidad con el Derecho de la Constitución la reelección, no sólo no lo es, sino que ni siquiera resulta de un acto de voluntad legislativa, puesto que se produce automáticamente, de pleno derecho, por obra del propio texto constitucional, con sólo que el acto negativo de 'no reelección' no se dé»**. XXXI —** Por esto, lo propio sería que, simplemente, al acercarse el término del período de cada Magistrado, la Presidencia de la Asamblea se limitara a poner el hecho formalmente en consideración de los Diputados, a efecto de que éstos puedan oportunamente decidir, en su caso, su 'no reelección', por los dos tercios preceptivamente previstos en la norma constitucional. Con lo cual quedaría claro que, de conformidad con el Derecho de la Constitución, al concluir el mandato de cada Magistrado lo único que puede darse es una decisión legislativa de 'no reelección', no de 'reelección', mucho menos de 'elección'; decisión que, por no estar prevista en el Reglamento legislativo, podría hacerse por votación, ora pública, ora secreta, según lo que, en defecto, precisamente, de regulación constitucional o reglamentaria, resuelva y anuncie el Presidente de la Asamblea, o ésta, en su caso, de apelarse ante el Pleno la resolución **(Voto 2621-95).**

Los Magistrados suplentes se eligen por períodos de cuatro años también por una mayoría calificada de 38 votos, pudiendo ser reelegidos indefinidamente.

VII. Reformas que se proponen

Me parece que es necesario introducir algunos cambios tanto en la Constitución como en la legislación ordinaria a fin de regular de manera más coherente una parte fundamental del Estatuto Jurídico del Juez Constitucional.

a. Requisitos de elegibilidad

La primera reforma de fondo se debería producir respecto de los requisitos de elegibilidad de los Magistrados constitucionales.

El requisito de una edad mínima de 35 años ha perdido sentido, pues cuando la norma fue promulgada en l949, el promedio de vida de los costarricenses rondaba los 50 años. Hoy día, con un promedio de vida superior a los 80 años, es evidente que este requisito debe subirse a los 50 años al menos.

La praxis judicial, en todo caso, ha demostrado que los Magistrados jóvenes, por su inexperiencia, son proclives a un activismo judicial que numerosas veces invade el terreno de la política, lo cual es altamente inconveniente.

Por otra parte, en Inglaterra, que es considerado el país con el mejor sistema judicial existente, ningún Juez de la Corte Suprema de Justicia llega a ejercer ese cargo si no ha alcanzado los 50 años como mínimo. No se trata de una exigencia constitucional ni legal, sino más bien de una costumbre constitucional de vieja data.

Existen dos razones para ello según apuntan los estudiosos ingleses: la madurez intelectual y de juicio se alcanza más o menos a esa edad, lo cual es fundamental para interpretar el texto constitucional y, en segundo lugar, a esa edad se han alejado las tentaciones del enriquecimiento ilícito rápido. Eso garantiza jueces maduros y a prueba de las tentaciones de la corrupción.

Nos parece que debe elevarse a 15 años la exigencia de experiencia judicial, lo mismo que para quienes ejercen liberalmente la profesión de abogado. También esa exigencia se debe extender para quienes ejercer exclusivamente funciones de docencia en el ámbito del Derecho. Exigir sólo 5 y 10 años, respectivamente, como ocurre en la actualidad, implica que letrados muy jóvenes accedan a cargos de tanta importancia para el país.

Es claro que la madurez jurídica de un abogado se obtiene luego de varios años de ejercicio profesional liberal , de prestar sus servicios en la magistratura o de dedicarse a la enseñanza e investigación del Derecho. La experiencia jurídica es vital sobre todo en tratándose de los Magistrados constitucionales, que deben resolver asuntos de alto contenido e incidencia política y social.

b. Sistema de elección

El sistema de elección también debería variarse, pues el actual no garantiza que se elijan a los más idóneos. Aunque es difícil encontrar un sistema adecuado, pues la praxis del Derecho Comparado nos revela que todos los existentes tienen puntos débiles, al menos se podría buscar un sistema que atenúe, aunque sea parcialmente, los problemas que presenta el vigente.

El sistema actual prohíja el clientelismo y, en numerosas ocasiones, se han nombrado Magistrados no por sus cualidades de juristas, sino más bien por negociaciones políticas entre los diferentes partidos representados en el órgano legislativo. También algunos han sido nombrados porque han sido apoyados por deter-

minados Magistrados de la misma Sala, lo cual implica un clientelismo inconveniente.

El hecho de que los interesados se auto candidaten ya implica una seria distorsión del sistema, pues existen muchos osados que se creen con capacidad suficiente para ejercer tan delicadas funciones. Recordemos que si tomáramos en cuenta la buena opinión que cada uno tiene de sí mismo, viviríamos en una sociedad de santos, genios y filántropos, cuando todos sabemos que es todo lo contrario. Este sistema de postulación debe desecharse por inconveniente.

El dejar a la libre a la Asamblea Legislativa para elegirlos como ocurría hasta época reciente tampoco demostró ser el mecanismo para elegir a los más idóneos, pues casi siempre los nombramientos eran el producto de negociaciones políticas.

Por ello, hay que buscar un sistema que elimine todos esos inconvenientes y prohíje la excelencia de los aspirantes a la Magistratura constitucional. Hay que partir del supuesto real de que no existe ningún método perfecto, pues cualquiera que adoptemos siempre tendrá defectos. Sin embargo, me parece que podría pensarse en alguno que minimice los defectos al máximo.

Verbigracia, podría pensarse en que la Asamblea Legislativa deba escoger entre ternas que envíen el Colegio de Abogados, las Facultades de Derecho y la Corte Suprema de Justicia. De esa forma habría una selección previa basada en criterios supuestamente de excelencia, pues no es dable pensar que esas instituciones postularen candidatos que no representen a lo mejor del Foro nacional.

Además, habría 3 representantes de la academia (Facultades de Derecho), de la judicatura (Corte Suprema de Justicia) y el litigio (Colegio de Abogados). Entre esos 9 candidatos, que representarían en teoría a lo más granado del Foro Nacional, la Asamblea Legislativa tendría amplia discrecionalidad para elegir el Magistrado constitucional de turno.

Con ello se respetaría la competencia constitucionalmente otorgada a la Asamblea Legislativa de elegir a los Magistrados constitucionales, pero al mismo tiempo la elección se haría entre candidatos que previamente habrían pasado la criba de prestigiosas instituciones especializadas en materia jurídica.

c. Plazo de elección y sistema de reelección

En primer lugar, hay que reconocer que nuestro sistema es prácticamente de nombramiento vitalicio, pues salvo que el Magistrado renuncie o fallezca se mantiene en el cargo hasta cuando él quiera, pues el mecanismo de destitución es inoperante.

No es conveniente que un Magistrado permanezca en el ejercicio de su cargo de forma indefinida como ocurre en Costa Rica, dado que eso impide que la ju-

risprudencia se renueve con cierta periodicidad y, además, se crean fuentes inconvenientes de poder al interno de la Corte Plena, sobre todo en nuestro ordenamiento en que los Magistrados inexplicablemente administran el Poder Judicial, además de ejercer las funciones para las que fueron específicamente nombrados: impartir justicia.

En las Cortes Constitucionales europeas los nombramientos de sus jueces se hacen por plazos determinados y sin posibilidad alguna de reelección. Nos parece que un sistema semejante podría establecerse en Costa Rica, eligiendo los Magistrados constitucionales por períodos de 9 años sin posibilidad de reelección.

Otra alternativa sería elegirlos por un período de seis años con la posibilidad de una sola reelección.

Dentro de este orden de ideas, el sistema de reelección automática debería variarse, a fin de que también en el respectivo proceso de votación se exijan 38 votos a favor, al igual que cuando fueron electos y no que se requieran 38 votos en contra para perder la credencial.

En efecto, un Magistrado que no obtenga el mismo respaldo de votos que cuando se eligió significa que no goza de la confianza del Parlamento. Sin embargo, obtener dos tercios del total de los miembros del órgano legislativo para denegarle su reelección es harto difícil, como lo demuestra la praxis parlamentaria de l949 hasta la fecha en que todos los Magistrados han sido reelegidos hasta su jubilación o renuncia.

VIII. Conclusiones

Definitivamente nuestro sistema vigente de requisitos y sistema de elección de los Magistrados constitucionales es obsoleto y presenta múltiples defectos. Por tanto, es urgente reformarlo lo antes posible para ponerlo a la altura de los tiempos.

Para ello se requerirá de algunas reformas constitucionales puntuales, así como de modificaciones al Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa.

LA IMPORTANCIA DE LAS NORMAS NO ESCRITAS SOBRE LOS NOMBRAMIENTOS DE JUECES CONSTITUCIONALES: EL CASO DE MÉXICO[1]

Andrea Pozas Loyo
Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Introducción

Primero quiero agradecer a las personas e instituciones que han hecho posible este doceavo encuentro iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, particularmente al Dr. Eduardo Ferrer. Quiero también agradecer a mis compañeros de mesa y a todas las personas que nos acompañan, es un honor estar con ustedes.

El tema que hoy nos reúne, los nombramientos de los jueces constitucionales, ha sido ampliamente estudiado desde la investigación constitucional, el derecho comparado, y los estudios empíricos del Derecho. Si bien éste es un ámbito en donde la investigación jurídica ha realizado importantes contribuciones y se han llegado a ciertos consensos, es también un área donde queda aún mucho por comprender. En la breve presentación de hoy quiero invitarles a reflexionar sobre un elemento que ha sido relativamente poco abordado por la literatura sobre el tema, pero que considero juega un papel determinante en el funcionamiento de los sistemas de nombramiento de jueces constitucionales: las normas no escritas, o usando la terminología anglosajona, «las convenciones» que forman parte de los procedimientos que *en la práctica* moldean a los nombramientos de jueces constitucionales.

He organizado mi presentación de la siguiente forma:

Primero daré una aproximación a ciertos desafíos que la literatura ha identificado sobre el funcionamiento los sistemas de nombramiento de las Cortes Constitucionales.

[1] Algunas de las ideas contenidas en esta ponencia se desarrollán con mayor detalle en: Andrea Pozas y Julio Ríos Figueros «Instituciones informales e independencia judicial *de facto*: el eslabón olvidado en el camino hacia la eficacia institucional» por publicarse *en Política y Gobierno,* vol. 29, núm. 2, 2022.

Segundo expondré de qué forma, creo, la incorporación de las normas no escritas a estos estudios puede permitir una mejor compresión de los resultados que *de facto* tienen dichos sistemas, particularmente *vis-a-vis* la independencia judicial y la ideología jurídica de quienes integran estos importantes tribunales.

Finalmente, daré una de breve ilustración de una convención vinculada al nombramiento de jueces constitucionales en México que operó durante los últimos 25 años y señalaré qué posibles consecuencias tendrá su actual debilitamiento para la independencia y la ideología jurídica de las personas que conforma la Suprema Corte de la Nación.

1. Nombramientos y la brecha de jure-de facto: un desafío prevalente para la independencia y neutralidad de las Cortes Constitucionales

El sistema de nombramiento de jueces constitucionales ha sido ampliamente reconocido, desde al menos el *Federalista 78*, como una determinante de la independencia, la neutralidad y el desempeño de los y las jueces constitucionales. La «expansión global del poder judicial», que acompañó las transiciones a la democracia de las últimas décadas del siglo xx, trajo consigo la promulgación de normas para el nombramiento de jueces constitucionales que promovieran la independencia judicial e hicieran eficaz la garantía jurisdiccional de la Constitución.

Como quienes estamos aquí sabemos, los resultados de tales reformas judiciales han sido muy heterogéneos, y las altas expectativas que las acompañaron han sido a menudo defraudadas. Como se ha visto desde el derecho comparado y los estudios empíricos, sistemas de nombramiento muy similares han generado resultados ampliamente divergentes. Por ello, no sorprende que dar cuenta de la brecha entre la independencia judicial *de jure* y la independencia *de facto* es uno de los temas que más ha ocupado a la investigación en este ámbito.

En aras de la claridad me tomaré unos segundos para proveer de dos definiciones clave. Por independencia judicial *de jure* entiendo el conjunto de incentivos derivados de las nomas codificadas que tienen por objeto producir decisiones judiciales libres de interferencias indebidas. Las normas que rigen el nombramiento de jueces constituciones son fundamentales para la independencia *vis-a-vis* actores externos como quienes ocupan las ramas ejecutiva y legislativa.

Ahora bien, por independencia *de facto* entiendo aquí las características del proceso decisorio de las y los jueces gracias a las cuales pueden *en la práctica* llegar a una resolución sin experimentar interferencias externas indebidas. Así, cómo se lleva a cabo *de hecho* el nombramiento de jueces constitucionales es una pieza

clave de su independencia judicial *de facto* y del papel que juegan en el sistema de frenos y contrapesos.

En la literatura sobre el tema existe aún un debate importante sobre qué incentivos exactamente resultan de diseños constitucionales que buscan promover la independencia. Particularmente, se ha visto que un mismo procedimiento de nombramiento enmarcado en distintos diseños constitucionales puede generar incentivos dispares. Más aún, es posible que las instituciones formales, como los mecanismos de nombramiento, no produzcan incentivos para la independencia *de facto* de una manera simplemente aditiva, sino más bien que lo hagan en combinaciones específicas. En suma, aún no está claro que hayamos identificado bien las reglas legales (o conjuntos de reglas) que combinadas de alguna manera producen los incentivos que queremos capturar. Crucialmente, el concepto de independencia judicial *de jure* se refiere a esos incentivos, no a las reglas legales *per se*. También de manera crucial, no podemoa observar esos incentivos sino solamente las reglas formales: cómo identificamos esos incentivos depende de una construcción teórica sobre lo que sí observamos (las reglas formales). Aquí radica una de las complejidades de este asunto.

La direccionalidad de la relación entre independencia *de jure* y *de facto* también es una cuestión abierta. En general, la idea es que los incentivos *de jure* producen comportamiento *de facto,*[2] pero no se ha establecido de manera concluyente si este es el caso, ni tampoco cuál es la prueba empírica correcta y la estrategia de identificación para capturarlo.

La investigación ha subrayado también la importancia de factores contextuales para dar cuenta de la distancia entre la independencia *de jure* y la independencia *de facto*. Así, por ejemplo, es claro que un sistema de nombramiento en el que intervienen el ejecutivo y el legislativo produce menos independencia *de facto* en un contexto de gobierno unificado que en uno de gobierno dividido.[3] En un estudio sobre una gran cantidad de países, se encontró que las protecciones formales más fuertes para las y los jueces atenúan la deferencia judicial hacia el poder político: «Donde los tribunales están en gran medida desprotegidos por instituciones formales, las y los jueces parecen ser particularmente sensibles a la capacidad del gobierno para coordinar un ataque. Donde los tribunales están protegidos, en

[2] Ver: Pozas-Loyo, Andrea, and Julio Rios-Figueroa. (2007). «When and Why 'Law' and 'Reality' Coincide? De Jure and De Facto Judicial Independence in Chile and Mexico.» In *Evaluating Transparency and Accountability in Mexico: National, Local and Comparative Perspectives*, eds. Alejandra Rios-Cazares and David Shirk. San Diego, CA: University of San Diego Press.

[3] Ver por ejemplo: (Chavez, Rebecca Bill. (2004). *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*. Stanford: Stanford University Press, y Ríos-Figueroa, J. (2007). «Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002.» *Latin American Politics & Society* 49: 31–57.

cambio, las y los jueces parecen estar menos influenciados por esta capacidad»[4] Entre los factores contextuales que la investigación especializada ha mostrado son importantes se encuentran también el apoyo de la opinión pública a los tribunales,[5] y la cultura judicial.[6]

En resumen, creemos que la literatura sobre la relación entre la independencia *de jure* y *de facto* ha hecho importantes avances. Se ha demostrado que no se puede suponer una relación directa y lineal entre la independencia *de jure* y la *de facto,* que los incentivos que se vinculan con el comportamiento judicial independiente son muy probablemente el resultado de relaciones no aditivas entre diferentes artículos constitucionales, y que la probabilidad de su aplicación depende de factores sociales y políticos. También sabemos que en todo el proceso estamos tratando con algunos observables (por ejemplo, la ley, algunas de las variables contextuales, o las decisiones de los jueces) y algunos no observables (por ejemplo, la independencia *de jure* y *de facto).* En pocas palabras, se ha dejado atrás la visión ingenua de que un cambio en las reglas formales produce decisiones judiciales independientes de manera directa y unidireccional, así como la visión de que la independencia *de jure* es completamente ajena al comportamiento judicial. La turbia zona intermedia entre esos extremos es, por lo tanto, un área donde se pueden hacer más avances. Aquí es donde las instituciones informales entran en escena.

2. Incorporar las normas no escritas para comprender el funcionamiento de los sistemas de nombramiento

Vayamos ahora a las normas no escritas, o convenciones vinculadas al nombramiento de jueces y al rol que juegan en la independencia judicial *de facto*. Estas convenciones han sido estudiadas por las diversas ramas disciplinares de la investigación jurídica empírica y han cobrado, por su importancia, particular interés en las investigaciones sobre el declive o la crisis contemporánea de las democracias. En dicha literatura se ha enfatizado su importancia para comprender el desempeño de las instituciones formales. Por ejemplo, Levitsky y Ziblatt reconocen que las

[4] Carruba *et. al.* 2015, When Parchment Barriers Matter: De jure judicial independence and the concentration of power, p.4, disponible en: https://www.gretchenhelmke.com/uploads/7/0/3/2/70329843/parchment.pdf .

[5] Ver por ejemplo: Staton, Jeffrey K. (2010). *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. New York: Cambridge University Press; y Vanberg, Georg. (2000). «Establishing Judicial Independence in West Germany: The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers.» *Comparative Politics* 32(3): 333-53

[6] Por ejemplo: Hilbink, Lisa. (2007). *Judges Beyond Politics in Autocracy and Democracy: Lessons From Chile*. New York, NY: Cambridge University Press.

convenciones son como las «barandillas» de una democracia que contribuyen crucialmente a la vitalidad y estabilidad de este régimen.[7]

Los sociólogos y antropólogos tienen una larga tradición de considerar las prácticas y las normas no escritas para comprender la eficacia de las instituciones formales.[8] El enfoque tradicional de los politólogos en las instituciones formales se ha visto cada vez más influenciado en los últimos años por un creciente cuerpo de literatura que ha demostrado que las convenciones, o instituciones informales, juegan un papel importante en el desempeño[9] y el cambio institucional.[10] Al mismo tiempo, los estudiosos del Derecho han subrayado la importancia de las normas sociales para evaluar adecuadamente los efectos de la ley sobre el comportamiento, sin subestimarlos[11] ni sobreestimarlos.[12] Además, la investigación jurídica también se ha centrado en los efectos que la ley puede tener sobre las normas sociales, sus mecanismos de aplicación y su cambio, iluminando así la bidireccionalidad de estas relaciones.[13]

Las convenciones que nos ocuparán aquí son las normas no escritas compartidas entre los actores relevantes para el nombramiento de las y los jueces, que son creadas y sancionadas de una manera no formal. Estas normas no escritas son

---

[7] Levitsky, Steve and Daniel Ziblatt. (2018). *How Democracies Die*. New York: Random House

[8] Ver: Misztal, Barbara. 2000. *Informality*. London: Routledge.)

[9] Por ejemplo: Brinks, Daniel. 2006. «The Rule of (Non) Law: Prosecuting Police Killings in Brazil and Argentina». In Helmke, Gretchen, Levitsky, Steven (eds) *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 201-226.; Grzymala-Busse, Anna. (2010). «The Best Laid Plans: The Impact of Informal Rules on Formal Institutions in Transitional Regimes.» *Studies in Comparative International Development (SCID)* 45(2): 311–33.; Helmke, Gretchen, and Steven Levitsky. 2006. «Introduction.» In *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, eds. Gretchen Helmke and Steven Levitsky. Baltimore, MD: John Hopkins University Press, y Lauth, Hans-Joachim. 2015. «Formal and Informal Institutions.» In *Routledge Handbook of Comparative Political Institutions*, eds. Jennifer Gandhi and Rubén Ruiz-Rufino. New York, NY: Routledge, 56-69.

[10] Ver: Levitsky, Steven, and Maria Victoria Murillo. (2014). «Building Institutions on Weak Foundations: Lessons From Latin America.» In *Reflections on Uneven Democracies: The Legacy of Guillermo O'Donnell*, eds. Daniel M Brinks, Marcelo Leiras, and Scott Mainwaring. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 189-–214.;Mahoney, James, and Kathleen Thelen. (2010). «A Theory of Gradual Institutional Change.» In *Explaining Institutional Change*, eds. James Mahoney and Kathleen Thelen. New York, NY: Cambridge University Press, 1-37; y Tsai, Lili L. 2006. «Adaptive Informal Institutions and Endogenous Institutional Change in China.» *World Politics* 59(1): 116-41.

[11] Por ejemplo McAdams, Richard H. 1995. «Cooperation and Conflict: The Economics of Group Status Production and Face Discrimination.» *Harvard Law Review* 108(4): 1002-84.

[12] Ver: Kahan, Dan M. 2003. «The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law.» *Michigan Law Review* 102(1): 71-103.

[13] Por ejemplo, Ellickson, Robert C. (1991). *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge, MA: Harvard University Press; y Posner, Richard A, and Eric B. Rasmunsen. (1999). «Creating and Enforcing Norms with Special Reference to Sanctions.» *International Review of Law and Economics* 19(2): 369-82.

importantes porque, como veremos en el caso de México, interactúan con los incentivos contenidos en las constituciones codificadas llenando sus huecos, reforzándolas o debilitándolas, y por tanto son elementos determinantes para comprender cómo se dan los nombramientos en *la práctica*.

Así existen normas no escritas que permiten el funcionamiento de las constituciones democráticas al excluir, por ejemplo, prácticas propias de una oposición desleal. Existen también normas no escritas que, por contrario, socaban las normas constitucionales democráticas como los legados autoritarios en países de reciente transición. Así, las normas no escritas (al igual que las escritas) crean sistemáticamente incentivos sobre el comportamiento que pueden reforzar u oponerse a los incentivos producidos por las instituciones formales. Por lo tanto, no incorporar los incentivos que plantean las convenciones puede llevarnos a hacer inferencias incorrectas sobre el peso causal de los incentivos *de jure* en el comportamiento.

3. Normas no escritas y nombramientos de jueces constitucionales: el caso de México

Permítanme ahora aterrizar esta discusión teórica en el caso específico de México.

En México la reforma judicial de 1994 marcó una importante transformación en el sistema de nombramientos de la Suprema Corte. Tras la reforma, en un procedimiento *sui generis* fueron nombrados once magistrados. Después de esos nombramientos, cada vacante en la Corte se llena a partir de la presentación al Senado de la República de una terna de candidatos configurada por el Presidente. El Senado, tras las comparecencias de los y las candidatas ternadas, elige a una persona por medio de una votación supermayoritaria de las dos terceras partes. Si se rechaza la terna, el Presidente envía una nueva y si esta segunda terna es rechazada el Presidente elige a algún integrante de la segunda terna.

Como se ha enfatizado a menudo, este procedimiento tiene importantes huecos normativos. Particularmente importante para los objetivos que aquí persigo el artículo 96 de la Constitución señala que:

«Para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Ministro que deba cubrir la vacante». Nótese que el Presidente no tiene obligación alguna de justificar la elección de sus candidatos o candidatas y *de jure* solo se exige la presentación de los documentos y constancias que acrediten el cumplimiento los requisitos mínimos de elegibilidad establecidos en el artículo 95 constitucional:

I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles.
II. Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos.
III. Poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, y título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello.
IV. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión
V. Haber residido en el país durante los dos años anteriores a día de la designación; y
VI. No haber sido Secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal, ni titular del poder ejecutivo de alguna entidad federativa, durante el año previo al día de su nombramiento.

Si bien el mencionado artículo establece que los nombramientos «deberán recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica», no hay normas constitucionales o jurídicas que establezca algún instrumento que permita la verificación de este supuesto. Así ni la sociedad civil ni ningún órgano constituido puede acceder a procedimientos para en la *práctica* garantizar que las y los candidatos propuestos por el Ejecutivo cumplan el perfil constitucional previamente descrito.[14] Cabe mencionar que esta ausencia contraviene los estándares internacionales establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura de las Naciones Unidas.

En este vacío jurídico se desarrolló una norma no escrita que promovía un equilibrio entre las y los candidatos con una larga carrera al interior del Poder Judicial de la Federación, los «internos», y quienes tenían otro perfil profesional provenientes de la academia, de despachos privados, de otras ramas del gobierno o con experiencia en órganos jurisdiccionales ajenos al Poder Judicial Federal, los «externos». Esta norma no escrita fue incorporada a los análisis sobre el comportamiento de la Suprema Corte pero de forma interesante se le identificaba como una determinante de la filosofía judicial o teoría legal de interpretación de las y los ministros y no como un factor relevante para la independencia judicial, la cual

[14] Ver: Botero, C., Saéz, M. y Ayala, C. (2019). *Informe final del panel de expertos para la elección de ministra/o de la Suprema Corte de Justicia de México*. México: Fundación para el Debido Proceso (DPLF). http://www.dplf.org/es/resources/informe-final-del-panel-internacional-de-expertos-para-la-eleccion-de-ministrao-de-la-0

estaba en gran medida garantizada por un contexto político de gran fragmentación entre los tres principales partidos políticos.

Así, el perfil interno o externo de las y los ministros se señalaba como una explicación para su filosofía judicial. Se identificaban a las y los «internos» como jueces que tendían a apoyar «el legalismo» donde el texto de la Constitución nacional es el foco y que tienen a ser escépticos de la «expansión del razonamiento jurídico» fuera de este marco textual. Por otro lado, se consideraba que los externos tendían a ser jueces con interpretaciones más abiertas al Derecho internacional y para quienes las consecuencias políticas, sociales de sus decisiones adquirían mayor peso.

La vinculación entre la filosofía judicial y el perfil interno o externo de las y los ministros no es fortuita. En México el poder judicial federal es una organización altamente jerárquica, y cerrada, que había sido foco de fuertes críticas por nepotismo y por prácticas clientelares.[15]

Ahora bien, la elección del Presidente López Obrador, quien por primera vez desde hacía décadas goza de un gobierno unificado, transformó la relación de las ramas electas con el Poder Judicial. Notablemente con este cambio la norma no escrita que había mantenido un equilibrio entre internos y externos en los nombramientos a la Suprema Corte se ignoró. Ninguno de los cuatro nombramientos efectuados desde 2018 ha recaído en una persona con una carrera al interior del Poder Judicial de la Federación. Estos nombramientos se enmarcan en un contexto de creciente concentración del poder en el presidente y las fuerzas armadas, de polarización política y social y desprestigio de los partidos políticos. Bajo este contexto la norma de equilibrio entre el nombramiento de internos y externos adquiere una nueva luz en donde su relación con la independencia judicial se pone de manifiesto.

No es una coincidencia que el Presidente haya encontrado en personas externas al Poder Judicial de la Federación su apuesta para el apoyo del proyecto político que encabeza. En qué medida esta apuesta rendirá frutos está aún por verse. Lo que sí podemos apreciar ahora es que el equilibrio preexistente en los nombramientos entre internos y externos no tenían como consecuencia única que una parte importante de la corte tenía una aproximación menos interpretativista, sino que también, el formar parte de esta organización tan institucionalizada hacía posible que estuvieran mejor situados para resistir a los embates por cooptación y/o amedrentamiento por parte del poder político.

A este respecto vale la pena recordar la importante distinción que Montesquieu establecía entre el poder judicial en las repúblicas y el poder judicial en las

[15] Ver: Julio Ríos Figueroa, *El buen juez por su casa empieza. La necesaria autoreforma del Poder Judicial de la Federación*. México: Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad. (2019). Disponible en: https://contralacorrupcion.mx/el-buen-juez-por-su-casa-empieza/

monarquías moderadas. En las primeras las cortes no forman parte del sistema de contrapesos que modera el poder político [y cito] «en una república, los jueces deben sólo ser los portavoces de la ley, simples seres pasivos, incapaces de moderar tanto su fuerza como su rigor,… los tribunales no deben ser fijos […] **ni una función exclusiva de una clase o de una profesión**».[16] Así la falta de estabilidad e identidad social o profesional del poder judicial no es problemática en las repúblicas de Montesquieu, porque en ellas la moderación emana de los contrapesos entre las dos cámaras legislativas que representan a intereses sociales diferentes. En cambio, en en las monarquías moderadas, los jueces profesionales juegan un papel de contrapeso crucial vis-a-vis el rey. Esta lógica estructural pareciera estar detrás del sistema de cuotas organizaciones que está presente en los nombramientos de jueces constitucionales en varios países.

Cierro así mi explosión con dos puntos centrales, primero la importancia de incorporar las normas no escritas al análisis de cómo funcionan en los hechos los sistemas de nombramientos, y en segundo lugar la importancia de generar sistemas de nombramientos que puedan por un lado cuestionar las inercias del sistema jurídico, pero que puedan también resistir los embates de la cooptación y el amedrentamiento políticos en contextos de alta polarización o concentración de poder.

[16] Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes.* México, Oxford University Press México, (1999), Libro XI Capítulo VI, p. 109.

NOMBRAMIENTO DE JUECES CONSTITUCIONALES: SISTEMAS Y PROCEDIMIENTOS

Roberto Romboli
Profesor de la Università di Pisa

SUMARIO

1. Los requisitos para ser un «buen» juez constitucional: independencia e imparcialidad; competencia técnica; sensibilidad política. — 2. El electorado activo: los sujetos que eligen a los jueces constitucionales. — 3. El electorado pasivo: quien puede ser nombrado juez constitucional. — 4. El estatus de juez constitucional.

1. Los requisitos para ser un «buen» juez constitucional: independencia e imparcialidad; competencia técnica; sensibilidad política

Sobre el tema de esta mesa podemos preguntarnos cuáles deben ser las características necesarias para realizar adecuadamente las funciones de Juez Constitucional.

Esto se debe a que los Tribunales Constitucionales están compuestos por personas y, obviamente, son las personas las que determinan la actividad del órgano y ciertamente no el órgano considerado objetivamente.

Incluso si ciertamente muchas veces los problemas no son las reglas, sino su aplicación concreta, voy a tratar de exhibir cuáles son las características que debe tener un juez constitucional y por lo tanto cuáles son los mejores mecanismos y reglas a través de los cuales seleccionar los posibles candidatos.

Creo que, queriendo resumir lo máximo posible, podríamos reducir las características necesarias a tres:

— la independencia e imparcialidad del juez, tanto hacia quienes lo designaron como hacia los destinatarios de sus decisiones;
— la competencia técnica probada y la experiencia necesarias para abordar las cuestiones sobre las que se le pedirá que decida;
— la sensibilidad política necesaria para distinguir su actividad de la de un juez ordinario, pero también de la de los órganos políticos.

En el primer aspecto, la independencia del TC está íntimamente ligada a la del juez individual y es consecuencia de ello.

El nombramiento por los órganos políticos es necesario para establecer, en un régimen democrático, la legitimación del juez constitucional, que en algunos aspectos es diferente a la del juez ordinario.

Sin embargo, es necesario conciliar esta legitimidad democrática con el principio de separación de poderes, en el sentido de que los jueces electos deben considerarse no vinculados a los sujetos políticos que los eligieron y no representativos de ellos. De lo contrario, ¿cómo podrían controlar los actos que ellos aprueban o resolver los conflictos en los que son parte los sujetos que los eligieron?

Los procedimientos para el nombramiento están estrechamente relacionados con la noción de democracia y deben ser tales que superen las dudas que puedan surgir sobre la legitimación de sujetos no directamente representativos, como los jueces constitucionales, para cancelar leyes que hayan sido aprobadas por un órgano directamente representativo del cuerpo electoral.

Para el segundo aspecto, la probada capacidad técnica se sitúa en estrecha relación con las competencias reconocidas al TC y el rol que se le asigna en el sistema constitucional.

¿Cómo reconocer determinadas funciones a un organismo formado por personas que no son juristas y no conocen el derecho?

No es casual que esto, en Europa, esta previsto solo en Francia, por el hecho de que no hubo intención de crear un juez constitucional, sino solo un sujeto político que decidiera según criterios políticos.

Para el tercer aspecto, la preparación técnica debe ser combinada con una sensibilidad política, absolutamente necesaria para el papel asignado hoy al juez constitucional, que no es el de legislador negativo de Kelsen, ni de un poder constituyente permanente, sino el de garantizar y hacer cumplir los principios y reglas de la Constitución, sin asumir el cargo de árbitro político.

Hoy la democracia, como escribió García Roca, es una democracia en muchos sentidos «jurisdiccionalizada», sobre todo gracias a la racionalización de la actividad legislativa por parte de los jueces constitucionales.

El corazón de las funciones del Juez Constitucional lo constituye la actividad de ponderación entre los diferentes principios y derechos fundamentales. De he-

cho, ninguno de estos puede considerarse absoluto y tal que se imponga a todos, de lo contrario se convertiría en un «tirano» de otros derechos, como dijo la Corte constitucional italiana.

Lo que se le pide al Juez Constitucional es que verifique, respecto de los actos legislativos específicos, si el balance realizado por el legislador se ajusta a los principios constitucionales y si, al señalar el predominio de uno sobre los otros, el legislador ha tenido en cuenta también las necesidades de estos últimos. Por tanto una actividad muy delicada que siempre debe considerar el impacto de las decisiones no solo en el presente, sino también para las generaciones futuras.

Finalmente, en lo que respecta a la autoridad de las personas elegidas como jueces constitucionales, esta es una condición indispensable para la autoridad del órgano y sus decisiones, también para eliminar las sospechas de complicidad o vinculación con intereses políticos.

La autoridad del órgano pasa entonces a ejercer una influencia decisiva también en las relaciones entre el Juez Constitucional y los demás jueces ordinarios (en particular el TS), así como los jueces supranacionales. Así es innegable que en Europa, en el diálogo con el Tribunal de justicia de la Unión europea y el Tribunal europeo de los derechos humanos, el peso de determinados tribunales constitucionales (como el italiano o el alemán) es mayor, debido a la mayor autoridad del TC.

Por esto es fundamental garantizar la independencia e imparcialidad política, junto con la adecuada preparación técnica del juez constitucional.

2. El electorado activo: los sujetos que eligen a los jueces constitucionales

¿Cómo se pueden lograr estos resultados en la selección y nombramiento de jueces constitucionales?

Creo que es necesario señalar un «perfil objetivo» del candidato a juez constitucional, a través de una cuidadosa elección de los sujetos que deben proceder a la selección (electorado activo), de las condiciones necesarias para ser nombrados jueces constitucionales (electorado pasivo), de un procedimiento claro y transparente y del reconocimiento de un estatus particular al juez constitucional.

Entonces veamos las soluciones que se han seguido sobre estos aspectos en Europa y algunos de los problemas que han planteado.

Empecemos por el electorado activo.

Clara la importancia de identificar a los sujetos llamados a seleccionar jueces constitucionales. Como se sabe, debido al excesivo peso reconocido por el gobierno en el nombramiento de los jueces, Kelsen abandonó Austria, considerando los nombramientos así hechos «la antesala del fascismo».

Un primer criterio a considerar positivamente es la diversificación de las personas que tienen el poder de nombramiento, para evitar contactos demasiado estrechos y favorecer la presencia de sensibilidades distintas . En la gran mayoría de países esto ha ocurrido y, por regla general, el trabajo colegiado del Juez Constitucional se ha realizado sin que la procedencia sea un elemento de distinción entre un juez y otro.

En algunos casos (España, Francia) para enfatizar la distancia con los órganos electorales, solo se renueva una parte de los jueces (muchas veces un tercio) y no se hace una renovación total.

Los sujetos activos más recurrentes son evidentemente los sujetos políticos y podemos distinguir entre:

a) la hipótesis en las que los jueces constitucionales son seleccionados solo por sujetos políticos (Austria, Bélgica) en comparación con otros países en los que están previstos
b) también sujetos no políticos (Italia, España, Portugal).

Los sujetos políticos en algunas experiencias están representados solo por los órganos colegiados (Alemania, la mitad elegida por una cámara y la otra mitad por la otra), en otros casos solo por órganos individuales (Francia: Jefe del estado, Presidente de la Cámara y Presidente del Senado)

Los sujetos no políticos son por ejemplo el CGPJ en España, los Jueces de ultima instancia en Italia, el mismo TC por cooptación en Portugal.

En Francia hay también miembros de derecho, representados por los ex presidentes de la república.

Acerca el mas frecuente nombramiento, por las asambleas parlamentarias.

La regla siempre seguida es la de exigir una mayoría superior a la mayoría simple, para evitar que la mayoría gubernamental pueda nombrar a todos los jueces constitucionales, con un claro impacto en la independencia del TC y sobre la autoridad y credibilidad de sus decisiones, especialmente cuando afectan a las decisiones de la mayoría parlamentaria.

Otro elemento común a todas las experiencias es el de la división (la denominada lotización) de los nombramientos entre las distintas fuerzas políticas representadas en el parlamento, en proporción a su consistencia numérica. En estos casos, se crean verdaderos convenios entre los partidos políticos que establecen las cuotas que le corresponden a cada uno de ellos.

La dificultad de llegar a un acuerdo conduce en muchos casos a retrasos en el nombramiento de los jueces constitucionales.

A menudo se lleva a cabo una actividad preliminar especial en las cámaras, llevada a cabo por comisiones parlamentarias (Alemania), con una audiencia

de los candidatos y presentación de un *curriculum vitae;* en algunos casos, la propuesta es hecha por las comunidades autónomas (España, para el Senado) o las candidaturas son presentadas por un cierto numero de parlamentarios (Portugal).

Cuando el nombramiento pertenece a un sujeto político individual, surge el problema de la relación entre éste y los sujetos políticos colegiados. Esto sucedió en particular en Italia y Francia.

En Italia, para el nombramiento de jueces por el Jefe de Estado, se planteó la cuestión de si la elección de hecho pertenecía a él o al gobierno y el Jefe de Estado sea limitado a ratificar la elección del gobierno. La solución fue en el primer sentido y hoy no hay duda de que la elección la hace solamente y exclusivamente el Presidente de la República.

En Francia, después de la reforma de 2008, que introdujo el control de las leyes por la via incidental, caracterizando el *Conseil constitutionnel* más como un juez constitucional, el nombramiento por los presidentes de las dos cámaras se realiza sobre la base de un informe de una comisión parlamentaria que, con una gran mayoría, puede emitir votos negativos sobre ciertos candidatos.

Para los nombramientos de los órganos no políticos, para España dos jueces de los 12 son indicados por el CGPJ, mientras que en Italia 5 de los 15 jueces son indicados por los tribunales de última instancia: el Tribunal de Casación (3), el Consejo de Estado (1) y el Tribunal de Cuentas (1).

La election se realiza de forma transparente, a través de la presentación de candidaturas, audiencia de candidatos y presentación de un informe por parte de los mismos sobre cómo debe desempeñarse el papel de juez constitucional.

En Portugal, el nombramiento por cooptación del TC (3 de 13) se realiza mediante votación secreta de los jueces constitucionales. Para ser elegido se requieren al menos 7 votos.

Un problema que se ha presentado con respecto a la elección de jueces constitucionales es el relativo al retraso en los nombramientos, especialmente por parte de los órganos políticos colegiados.

El remedio que se ha indicado es el de fijar un plazo perentorio para expresarse, salvo caducidad y sustitución por otra autoridad o el de hacer propuesta, aunque no vinculante, por el mismo TC (hipótesis seguida por ejemplo en Alemania).

Una institución que se utiliza a menudo en este sentido es la *prorogatio* , es decir, el juez expirado permanece en el cargo hasta que asuma el nuevo.

Este instituto ha mostrado fortalezas y debilidades: los méritos son el de tener siempre el TC completo con sus componentes, a pesar de las demoras; los defectos son los de una instrumentalización de la institución, tanto como excusa para no proceder con el reemplazo a tiempo, tanto porque una fuerza política de mayoría en el momento de la elección anterior, que luego se convirtió en una fuerza mino-

ritaria, puede tener interés en retener a los jueces ya nombrados, en lugar de proceder con la renovación.

3. El electorado pasivo: quien puede ser nombrado juez constitucional. El estatus de juez constitucional

Volviendo ahora al electorado pasivo, en primer lugar está el problema del número de jueces constitucionales.

Esto puede estar influenciado por la organización del TC y, en particular, si el mismo decide sólo como *plenum* (Italia, Francia), o incluso a través de colegios más estrechos, como salas o secciones (España, Alemania).

En general, un número demasiado elevado puede dar lugar a debates más prolongados y dificultades para llegar a un acuerdo sobre las decisiones y el riesgo de una falta de responsabilidad, mientras que un número demasiado bajo puede conllevar el riesgo de una personalización excesiva.

En Europa, el número de miembros del TC varía entre 9 y 16 (Austria, Alemania, Portugal, Francia, Bélgica, España).

La intervención legislativa sobre el número de jueces constitucionales puede representar un verdadero ataque a su independencia, como demuestran los recientes casos de la Hungría de Orban y de la Polonia.

En el primer caso, la ampliación del número de miembros de 11 a 15, junto con la ampliación del mandato de 9 a 12 años, permitió que el gobierno (y su mayoría parlamentaria) tuviera un impacto profundo y duradero a través de los nuevos nombramientos sobre la dirección política del TC.

En el segundo caso: en los años 2015-2017 hubo un conflicto entre la mayoría parlamentaria y el TC sobre el procedimiento de nombramiento de los jueces constitucionales. Con la declaración de nulidad de la resolución parlamentaria de nombramiento y de las reglas que habían permitido la elección de 5 jueces constitucionales.

La crisis comenzó con el conflicto entre el TC y la mayoría parlamentaria sobre los métodos de nombramiento de los jueces constitucionales. El parlamento que expiraba el mandato había elegido (octubre de 2015) 5 nuevos jueces para reemplazar a 3 que expiraban en noviembre y 2 en diciembre. El nuevo parlamento, con mayoría absoluta, declaró ilegítima la votación y procedió al nombramiento de 5 nuevos magistrados que juramentaron ante la PdR.

El TC (3 de diciembre de 2015, n. 34) declaró inconstitucional la resolución que había anulado la elección de los 3 jueces y ordenó al PdR que colocara en el cargo a las personas originalmente designadas. Con decisión 35/2015 declaró in-

constitucionales las reglas que habían permitido la elección de los 5 jueces, sin embargo todos los jueces permanecieron en su lugar.

El Presidente del TC se jubilo y fue reemplazado por uno pro-gubernamental y con decisión núm. 1/2017, el TC ha confirmado definitivamente la legitimidad de su nueva composición.

Los requisitos más comunes para ser elegidos jueces constitucionales son los siguientes:

— ciudadanía;
— experiencia profesional extendida durante varios años (15-20);
— edad: a veces mínima o máxima;
— preparación jurídica.

Por ejemplo en Italia: pueden ser nombrados jueces constitucionales jueces de los tribunales superiores; profesores de Universidad en materia jurídica; abogados después de 20 años de servicio; en España se habla de «juristas de reconocido prestigio»; en Alemania, al menos un tercio deben ser jueces de tribunales superiores; en Portugal: maestros, profesores y licenciados o juez de cualquier grado; en Francia: se requiere solo que disfrute de los derechos políticos y civiles.

Sobre el tema del electorado pasivo, termino exponiendo algunas cuestiones problemáticas, que me limito a señalar:

— es necesario o al menos apropiado prohibir la elección de aquellos que han hecho política activa hasta a la hora del nombramiento? Ciertamente, la forma de evaluar y decidir del político es muy diferente a la de un juez constitucional.

  Puede ser preferible no elegir a un político demasiado caracterizado y comprometido hasta entonces en la política activa: es más difícil verlo como una persona independiente e imparcial;
— es necesario, para la igualdad de género, prever una cuota de plaza reservada para uno de los dos sexos (hoy en particular para las mujeres)?

  En Italia solo después de 40 años había una jueza, ahora hay 4 mujeres de 15 jueces y una mujer (Marta Cartabia) fue presidente del Tribunal Constitucional;
— ¿Cuáles pueden considerarse las mejores vías para la participación de los sujetos territoriales (comunidades autónomas, regiones) en la elección de los jueces constitucionales?

  Creo que en todo caso habría que impedir la imagen de una presencia de jueces constitucionales «estatales» y de jueces constitucionales «regio-

nales», representantes de intereses diferentes, aunque no de necesidad opuestos.

4. El electorado pasivo: quien puede ser nombrado juez constitucional. El estatus de juez constitucional

Finalmente, llegamos a el estatus de juez constitucional, claramente muy importante para garantizar la independencia del juez individual y por tanto de todo el colegio.

Estos son algunos de los aspectos a destacar:

a) la duración del mandato.

Este debe ser mas largo que el mandato de los sujetos políticos que eligen a los jueces, de manera que sean escalonados los tiempos de ejercicio de los respectivos mandatos (cargos).

Es muy preferible establecer la no reelegibilidad del juez constitucional, para evitar influencias ilegítimas especialmente en los últimos años del mandato.

Por las mismas razones debe evitarse la posibilidad de revocar el nombramiento por parte de la autoridad pública que eligió al juez, así como la institución de la «confirmación» del juez, luego de algunos años de ejercicio del mandato;

b) las incompatibilidades

Estas se justifican tanto para evitar influencias o pérdidas de imparcialidad por parte de los jueces constitucionales, como porque dedican todas sus energías al cumplimiento del mandato de juez constitucional.

Por ello, el desempeño de las funciones de juez constitucional suele ser incompatible con cualquier cargo político-representativo a nivel local, nacional o supranacional, así como con el desempeño de la actividad profesional de abogado y, en algunos casos, incluso de profesor universitario.

Ciertamente debe excluirse que el juez constitucional pueda realizar actividades estrictamente vinculadas con los partidos políticos;

c) las inmunidades

Estas pueden ser de carácter procesal o sustantivo.

Para las primeras: autorización para el mismo TC por someter a juicio a un juez constitucional; la disposición de un juez (foro) especial para juzgarlos.

Para los segundos: no persecución de las opiniones expresadas y de los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones como juez constitucional;

d) la predicción o menos de los institutos de abstención y recusación del juez.

Fundamental es la distinción entre los TC que tienen competencia para juzgar amparos y los que, en cambio, juzgan solo sobre las leyes (por la vía principal o incidental)

Por regla general, la institución está prevista en el primer caso y excluida en el segundo.

La cosa es perfectamente lógica, pero creo que sería preferible distinguir según las funciones y no en absoluto, evitando así algunos usos muy cuestionables, cuando los institutos se aplican a los TC, que también conocen amparos, pero cuando juzgan sobre leyes en manera abstacta.

Así, en el caso de la importante decisión del TC español sobre el estatuto catalán (por tanto a través de un juicio abstracto), el juez Pérez Tremps fue rechazado por un ensayo científico;

e) una retribución adecuada, por el prestigio del órgano y una disciplina de los cargos posteriores a la finalización del mandato como juez constitucional. Suele ocurrir que, dada la autoridad adquirida como juez constitucional, se asignen puestos importantes y bien remunerados, una vez cumplido el mandato, lo que puede determinar una influencia ilegítima en la actividad del juez en ejercicio. De ahí la hipótesis de insertar una causa específica de incompatibilidad incluso después de finalizado el mandato. Pero uno se pregunta: ¿durante cuántos años? ¿Para qué tipo de tarea?

CAPÍTULO V
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

PRESENTACIÓN: LA SORPRENDENTE RIQUEZA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Javier García Roca
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

1. ¿Sabemos interpretación constitucional? *La insuficiencia de los estudios.* Me piden una breve reflexión introductoria a una mesa redonda sobre la interpretación constitucional. Un objeto y una labor nada sencillas. Existe una creencia muy generaliza de que este asunto está ya fuertemente consolidado en el caudal de conocimientos de la cultura del constitucionalismo tanto en la investigación como en la docencia. Pero me temo que no sea así. Más allá de compartir los estudiosos unos mínimos estándares, criterios y creencias y, en particular, de la presencia de numerosos estudios sobre el principio de proporcionalidad —éste sí muy analizado— que se ha convertido en la estrella y en casi el paradigma de una interpretación constitucional. Sin embargo, la cuestión me parece más compleja y la proporcionalidad centra, pero no agota, la interpretación constitucional. Me limitaré pues a dar unas pinceladas impresionistas, que espero se vean completadas y profundizadas en las distintas ponencias que se presentan, así como a estimular las investigaciones sobe la interpretación constitucional.

2. *La centralidad y la transversalidad de la interpretación constitucional: una tarea ingente*. La primera idea que quiero compartir es que la interpretación constitucional es una tema transversal y central en Derecho Constitucional que afecta a todos los sectores. No juega exactamente igual en todos ellos, y, en consecuencia, la tarea a asumir es ingente.

Es la función de ser de la *jurisdicción constitucional*: la labor de los tribunales constitucionales como intérpretes supremos de la Constitución. No es casual que el maestro Gustavo Zagrebelsky se haya dirigido a nosotros, en la conferencia principal de este Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, sosteniendo la idea de «La Constitución como una tarea (*compito*)». Nos indicaba

que cada interpretación de un precepto constitucional se convierte en una investigación sobre un caso concreto y una norma general. La exégesis no es tan sencilla como aclarar o extraer el sentido de una disposición escrita de la que fluye la norma y el Derecho como el agua del caño de una fuente.

Otro tanto ocurre con la *teoría de la Constitución y la revisión de las constituciones.* Las constituciones cambian y se actualizan en una permanente dinámica constitucional, bien sea mediante la reforma constitucional (insólita en España a diferencia de en otros países europeos, pero normalmente no muy frecuente, salvo en Méjico), o bien y mucho más a menudo, mediante numerosas sentencias constitucionales. Algunas sentencias interpretativas constituyen verdaderas sentencias «mutativas». Unas mutaciones jurisdiccionales que modifican las normas constitucionales, creando exégesis nuevas, sin alterar el texto o la literalidad de las disposiciones escritas, algo que ya imaginó Georg Jellinek. Podríamos agregar un largo listado de ejemplos de mutaciones constitucionales que ha practicado el Tribunal Constitucional español durante cuatro décadas en los más variados temas: la regulación de los impuestos cedidos, la administración al servicio de la administración de justicia, etc. Mas no es sencillo saber el lugar que debe ocupar la interpretación constitucional ante el silencio, la pasividad o, directamente, la falta de diligencia debida del poder de reforma constitucional; todavía más cuando el poder de reforma tiene la insoportable levedad que le caracteriza en España donde casi no existe (dos reformas en más de cuarenta años y por imperativos de la Unión Europea) ni se le espera. Su pasividad puede entenderse como una invitación a que el Tribunal Constitucional ocupe su espacio en la dinámica constitucional. Mas la jurisprudencia no debería invadir ese poder derivado del constituyente en los casos fronterizos. Es razonable esperar de un tribunal una cierta autocontención y deferencia con el poder de reforma por respeto a la división de poderes. Sin embargo, es un hecho que las constituciones modernas se actualizan constantemente mediante la justicia constitucional. Es una tarea tan grande que no puede asumirla únicamente la reforma constitucional. Pero por dónde transcurra la frontera y qué espacios deben corresponder a uno y a otro instrumento sigue siendo en parte una incógnita. La literalidad de las normas constitucionales parece un claro límite de la interpretación constitucional y una llamada a la reforma constitucional. Mas p.ej. en el conocido caso del matrimonio igualitario u homosexual (art. 32.1 CE y STC 198/2012) una interpretación evolutiva de la institución del matrimonio, abierta a la cultura jurídica, a los nuevos contextos y a diversas normas internacionales llevó —cabalmente— a un resultado reconocedor del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo frente al texto literal del precepto, un caso que ilustra que las cosas no son siempre tan sencillas.

Los *derechos fundamentales* no sólo son algunos de configuración legal, y el resto no se encuentran sometidos únicamente a un desarrollo legal en tensión con

las normas constitucionales a la hora de especificarlos, sino que son también de configuración jurisprudencial. Recapitulemos sobre la hidra de mil cabezas en que se ha transformado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que viene integrado por una docena de derechos que ha armado el Tribunal Constitucional sobre una decena de palabras y una interpretación sistemática con otros preceptos: acceder al proceso, recibir una motivación razonable y fundada en las fuentes del Derecho, ejecutar lo resuelto, subsanar los defectos procesales, etc. Lo mismo podríamos decir con el derecho a acceder, permanecer y ejercer los cargos públicos representativos que incluye la defensa de todo un *ius in officium* como es el estatuto de los parlamentarios en cuanto representantes de los ciudadanos y fracciones de órganos (art. 23.2 CE).

El contenido esencial de los derechos, en cuanto límite indisponible por el legislador, es una categoría que reclama una interpretación constitucional sobre los concretos derechos e intereses protegidos y las facultades que integran el derecho. Otro tanto ocurre con buena parte de los contenidos de los derechos fundamentales, sean o no parte del contenido esencial, que no vienen identificados expresamente en la Constitución o en las leyes ni siempre se deducen con facilidad del objeto o bien jurídico protegido. Los derechos son inevitablemente un *case-law*. Las normas sobre derechos carecen de hechos y cuando la jurisprudencia conoce de casos y supuestos de hecho construye contenidos nuevos de derecho viejos, o directamente derechos nuevos, integrando los hechos en las disposiciones escritas de la Constitución con el auxilio y orientación de un conjunto de tratados internacionales sobre derechos y la jurisprudencia que de ellos emana. Los derechos se construyen bajo un sistema de interpretaciones constitucionales y convencionales y las técnicas del precedente y la vinculación.

El *federalismo*, los cuasifederalismos como el español, y cualquier forma constitucional de distribución de competencias reclama siempre un árbitro de los inevitables conflictos constitucionales. El conflicto es una forma de relación entre entes territoriales después de las de competencia y colaboración. Delimitar las materias competenciales, identificar las potestades de cada ente y su alcance (recordemos la controversia interminable sobre el alcance y la forma de las normas básicas estatales), o los puntos territoriales de conexión de las competencias, o el alcance de la unidad del mercado multinivel, o de cláusulas generales como la ordenación general de la economía, o la igualdad en el ejercicio de los derechos de todos los españoles son cuestiones centrales que han interpretado centenares de sentencias coincidentes, no siempre coincidentes ni dotadas de suficiente armonía y claridad. El Estado autonómico, dada la gran apertura de la Constitución en su Título VIII, es un Estado judicializado: está en las manos de sucesivas interpretaciones constitucionales que cierren esa apertura con equilibrios dinámicos. El grado de políticas sociales que puedan hacer las Comunidades Autónomas al amparo

de sus competencias —p.ej. en pobreza energética, ingreso mínimo vital, o vivienda y desahucios— hemos comprobado durante la gran recensión que depende mucho de la apertura en la comprensión de las cosas y el respeto al autogobierno que practique el Tribunal Constitucional. Lo mismo ocurre en otros países, comprender e interpretar la *commerce clause* en los Estados Unidos puede acabar con la paciencia de cualquiera. Son muchos los criterios específicos de una interpretación constitucional que en la descentralización se usan: los principios de subsidiariedad de los fines y proporcionalidad de las medidas, la prevalencia del derecho estatal y su supletoriedad, la preferencia de la materia competencial más especial sobre la general, el seguimiento de la competencia o actividad instrumental y accesoria de facultad principal, los diversos criterios para ordenar una concurrencia de competencias de diversos entes en un mismo espacio, que la incompetencia territorial como vicio de inconstitucionalidad no siempre entrañe la invalidez y cuando lo haga posea distintas fórmulas de nulidad o la inaplicación, etc.

3. *La legitimidad de la interpretación constitucional en las mutaciones y el valor de las reformas constitucionales en la integración política.* No obstante, las mutaciones constitucionales por la jurisprudencia carecen de la legitimidad democrática, publicidad y rendición de cuentas o responsabilidad política, inherente a las reformas constitucionales. Ésta forma pretoriana de transformar las constituciones erosiona lentamente su valor democrático y aleja a los ciudadanos de un sentimiento constitucional y de la participación política. Más claramente se produce todavía este fenómeno de desafección cuanto más amplio y abierto es el bloque de constitucionalidad que se interpreta como parámetro, porque las decisiones judiciales están apenas predeterminadas en él. El poder de integración de las reformas constitucionales expresas es muy superior. Las reformas constitucionales recuerdan al pueblo que las constituciones existen. No es lo mismo integrarse en la Unión Europea mediante una verdadera cláusula constitucional europea y dejando restos en las constituciones nacionales de cada paso sucesivo en el reforzamiento de la integración, tras un debate interno participativo, que hacerlo como un reenvió en blanco para todo el proceso y no se sabe muy bien en qué términos. Así lo hemos hecho los españoles al socaire del art. 93 CE y son muchos los expertos que han postulado una reforma de la Constitución para introducir una —inaplazable— cláusula europea de integración que, entre otras cosas, refuerce nuestro sentimiento de pertenencia a la Unión y la participación en ella.

4. *La interpretación constitucional es constructiva de normas*. En general, el ámbito normativo que los intérpretes supremos de las constituciones enjuician tiende a estar en cláusulas normativas muy abiertas, imprecisas y elásticas. Las normas constitucionales no deben ser reglamentistas es una recomendación cierta.

Pero un Derecho constitucional muy concentrado con disposiciones escritas muy lacónicas, o vagas y abiertas y que las exégesis transforman en normas deviene una forma muy específica de creación del Derecho. La interpretación constitucional es constructiva de normas.

5. *Algunas características de la interpretación constitucional.* Busquemos algunos rasgos habitualmente comunes a muchas exégesis. Tiende a ser una interpretación evolutiva y sociológica: *nowadays present conditions*, afirma con frecuencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las constituciones y sus normas e instituciones se transforman permanentemente como las ramas de un árbol vivo en función de los cambios culturales, tecnológicos o del contexto. Debe ser una interpretación realista y efectiva, antiformalista, que proteja los derechos fundamentales en la realidad de las cosas y no meras garantías teóricas e ilusorias. Debe engastarse en el principio democrático: en la vieja e irrenunciable tolerancia liberal, y en la aceptación de *open minded societies*, sociedades abiertas que combaten las ideas chocantes y molestas para una comunidad política con mejores ideas y reflexiones, y no mediante prohibiciones ni tipificaciones penales que criminalicen la libertad de expresión, si bien puede haber contadas excepciones y prohibir el recurso a la violencia y el discurso del odio, o la violencia de género y la xenofobia. Así como deben ubicarse en el Estado de Derecho, *Rule of Law, o prééminance de Droit*, unas construcciones europeas diferentes que albergan coincidencias pero también matices diversos: *democracy embeded in the Rule of Law* afirma el Tribunal Europeo. El Estado de Derecho es una buena caja de herramientas de la cual pueden extraerse muchos principios para una interpretación constitucional y así lo ha hecho recientemente la Unión Europea. Pero si revisamos los ingredientes de un Estado de Derecho existe un cierto —pequeño— margen para la discrepancia.

6. *El reinado de la proporcionalidad.* Por último, pero no en importancia, el principio de proporcionalidad que se encuentra ya muy estructurado y ha arrinconado en su importancia al principio de razonabilidad o *raggionevolezza* mucho más impreciso en su aplicación y en la predictibilidad de sus resultados. Suele estructurarse en dos o tres subprincipios según el tribunal o el intérprete que use la herramienta. La legitimidad del fin que la medida que limita o delimita el derecho pretende. La necesidad de la medida en una sociedad democrática, asegurándose de que no exista otra menos intensa que inflinja menos sacrificios a los afectados. La proporcionalidad en sentido estricto o correlación entre las restricciones los derechos que la medida enjuiciada ocasiona y los fines pretendidos, evitando sacrificios excesivos o desproporcionados. Los dos últimos subprincipios pueden unirse en un único juicio dentro de este esquema escalonado como suele hacer el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cabe asimismo fijar dos prerrequisitos:

que no se trate de una lesión o interferencia bagatela, de tan escasa entidad que no merezca ser enjuiciada; y, sobre todo, que se satisfagan las exigencias de un férreo principio de legalidad de los derechos (*lex stricta, praevia, certa*), lo que impide que las restricciones se hagan mediante leyes vagas que no aseguren las notas de previsibilidad y certeza de las limitaciones, en definitiva, asegurarse de la calidad de las leyes que restrinjan derechos: de una principio de legalidad material y no sólo formal.

La proporcionalidad se usa hoy por una infinidad de altas cortes en todo el mundo, entre otros, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, cada vez más por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el Tribunal Constitucional Alemán, y, entre otros muchos, por la Corte Suprema de Israel, y por nuestro Tribunal Constitucional después de algunos controvertidos inicios (STC 136/1999 condena a los miembros de la Mesa de HB por delito de colaboración con banda armada) y ciertas vacilaciones que parece ir abandonando.

Es un principio que puede aplicarse de manera diversa, con más o menos intensidad o carácter estricto, según los tipos de derechos. No es lo mismo su utilización en derechos absolutos como son la vida y la prohibición de malos tratos que no admiten restricciones, que la regulación de la propiedad o la libertad de empresa donde cabe un amplio margen de configuración normativa. También deben tenerse en cuenta los diferentes contextos: puede ser un control más laxo y deferente en situaciones de emergencia en los Estados, como es un estado de alarma o excepción, o en una intervención o coerción federal.

En esta ductilidad y flexibilidad del principio de proporcionalidad, su capacidad de adaptación a diferentes derechos y contextos, y al tiempo en la predictibilidad de las decisiones que produce su uso escalonado y estable radica buena parte de su éxito. Es el más estable de los principios de la interpretación constitucional. Pero existen países y tribunales que siguen acudiendo a la razonabilidad, o a la técnica del del *state compulsory interest* como los Estados Unidos, o jurisdicciones que se contentan con constatar la existencia de un mínimo vital en la regulación de un derecho sin atreverse a pasar un verdadero juicio de proporcionalidad de las restricciones. La cuestión es más polémica en materia de derechos sociales por la escasez de los fondos y la limitación de los presupuestariamente posible. Pero estimo que nada justifica la exclusión de un juicio de proporcionalidad en las interferencias en los derechos, también en los derechos sociales, dada la universalidad de los mismos y la necesidad de una normalización en su tratamiento.

EL SENTIDO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NORMA SOBRE DERECHOS HUMANOS

José Luis Caballero Ochoa
Académico-investigador en la Universidad Iberoamericana

I. Introducción

Han pasado casi 75 años desde la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En este tiempo y a partir de esta etapa surgida en la Segunda Posguerra, los derechos humanos han dirigido su marco de influencia no sólo desde el derecho internacional, sino en nuevas aproximaciones desde el derecho de fuente nacional, especialmente con principios sobre el sentido y aplicación de este material normativo, así como a través de cláusulas habilitantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en las constituciones. Es decir, de coordinación entre ordenamientos.[1]

En esta dimensión, el concepto y las funciones que desempeñan los derechos en los ordenamientos jurídicos nacionales también se han transformado al punto de que es posible advertir la conformación de una ruta jurídica que le es propia a esta norma, con independencia de la fuente del derecho que la produzca o aplique; también con independencia de las posibilidades de efectos jurídicos en su aplicación o interpretación por parte de las y los operadores del derecho.

El resultado del trabajo interpretativo, y que a la postre implica a las competencias de quienes aplican o controlan la constitucionalidad/convencionalidad de las normas, no va de la mano necesariamente con el propio dinamismo interpretativo, como bien se ha señalado reiteradamente al advertirlo.[2] La norma tiene su propia dinámica expansiva mediante la interpretación.

---

[1] Parafreseo así a Javier Arzoz en su artículo «Aproximación a la interpretación conforme como técnica de coordinación normativa», *Revista de derecho público: teoría y método*, volumen 4, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 68.

[2] Al respecto, es interesante advertir el derrotero de la interpretación como integración normativa, y que trasciende el ámbito competencial de las y los operadores del derecho. Me remito por

El presente texto tiene como objetivo describir brevemente la ruta desde la interpretación. Se trata del desarrollo sucinto de la ponencia que tuve el honor de presentar en el XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional «La garantía jurisdiccional de la Constitución», en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en Madrid, España, del 9 al 11 de marzo de 2022.

El sentido de la interpretación sobre los derechos humanos, a partir del caso mexicano, puede apreciarse en la identificación de algunos ejes que han ido permitiendo atender una dinámica distinta. Lo describo en algunas pinceladas: i) una resignificación del marco conceptual sobre los derechos humanos ante la confluencia normativa; ii) la resignificación de las fuentes del derecho para efecto de la interpretación; iii) el sentido de interpretación de los derechos humanos.

II. Una resignificación del marco conceptual de los derechos humanos ante la confluencia normativa

La deriva de unidad política de la comunidad internacional en torno a los derechos humanos tuvo un punto de inflexión en 1948 mediante la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y de tratados internacionales multilaterales en el marco de la Organización de las Naciones Unidas; de igual forma, a través de la conformación de sistemas regionales de protección de los derechos humanos (en Europa, América y posteriormente en África) a partir de instrumentos signados en el marco de organismos instaurados continentalmente[3] para propiciar la unidad, el respeto a los derechos humanos y la paz en las distintas regiones.

---

ejemplo al voto razonado que emitió Eduardo Ferrer Mac — Gregor como Juez *Ad — Hoc* en el Caso *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) al aludir extensa y plausiblemente al efecto del control de convencionalidad.

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

[3] El Consejo de Europa para el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950); La Organización de los Estados Americanos para la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), La Organización para la Unidad Africana (actualmente Unión Africana) para la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

A pesar de este punto de partida altamente reconocido, existen diversas aproximaciones de una ruta del fortalecimiento de la concepción contemporánea, y constitucional de los derechos. No todo está dicho desde el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o del fortalecimiento de los tribunales constitucionales enfocados primordialmente en la resolución de casos con respecto a los derechos fundamentales.

Es en este contexto donde surge el acercamiento al concepto de derechos humanos desde el constitucionalismo mexicano. La reconfiguración conceptual, recoge la deriva del derecho internacional de los derechos humanos primordialmente, pero también es deudora de los movimientos políticos y sociales que en las últimas décadas han movido su definición hacia rutas de exigibilidad, a partir de reconformaciones teóricas provenientes de distintos ámbitos de los derechos como posiciones políticas desde diversas trincheras.

Así, desde su propia perspectiva histórica, el teórico Samuel Moyn ha sido un precursor en la identificación del contexto evolutivo del término y del campo epistemológico que contempla su adscripción. Su posición es clara y convincente cuando afirma que la irrupción del concepto contemporáneo de derechos humanos se presentó hasta la década de los años 70 del siglo pasado, cuando generan en torno a sí un movimiento político y más de carácter social y adquieren la connotación que tenemos en la actualidad[4]. Y así podríamos enunciar la irrupción en el marco más amplio de los derechos humanos de las corrientes feministas; de los estudios de género; la incorporación de categorías como la pobreza o la desigualdad estructural en la interpretación evolutiva de los organismos que interpretan auténticamente a los tratados internacionales.[5]

Esta interpelación al mismo tiempo preconiza un modelo constitucional de derechos humanos más amplio, más dinámico, más centrado en el principio de progresividad y, por lo tanto, susceptible de ser interpretado. En esta aproximación conceptual resulta relevante y simbólico, verificar cómo una constitución iberoamericana se apropia del concepto de derechos humanos y no del concepto de derechos fundamentales, porque además se amplía justamente en la norma convencional en la materia.

El enclave de los derechos previstos en la Constitución supera, pues, al dispositivo normativo en el texto, lo conforma también con los tratados internacionales y la interpretación, y lo lanza como un mensaje de realidad constitucional a disposición de las personas. Eso justamente es lo que a marchas forzadas

---

[4] Moyn, Samuel, *The last utopia. Human rights in history*, Cambridge, Harvard University Press, 2010. «Prologue».

[5] Por ejemplo en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318).

estamos aprendiendo en México y en América Latina. Como bien dice el Profesor Diego López Medina, la idea es asumir en nuestro contexto al «derecho posinterpretado», en el desenvolvimiento constitucional.[6] Esta aproximación conjura la tentación para reconducir las líneas abiertas de interpretación hacia la legislación.

La interpretación es pues, una forma propicia de desarrollo horizontal de la Constitución, de los derechos humanos que ahí se albergan, de los provenientes de los tratados internacionales y de los que van adquiriendo carta de naturalización por vía de jurisprudencia.

III. La resignificación de las fuentes del derecho para efecto de la interpretación.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos 2011 en México[7] nos ha permitido, entre otras muchas cosas, precisar e interpelar algunas de las aproximaciones conceptuales que se construyeron durante décadas sobre los derechos de las personas. Sin duda, ha venido a movilizar paradigmas.

Uno de los aspectos más importantes fue incorporar un sistema de interpretación sobre derechos humanos —como establece el nuevo artículo 1º, párrafo segundo— que incluye a la Constitución y a los tratados internacionales en calidad de referentes interpretativos en la construcción e integración del contenido de los derechos, y que marca la pauta de aplicación de las normas y la actuación de las autoridades en su cumplimiento.

Ante su adopción, se han colocado en el debate público algunos de los andamiajes conceptuales e interpretativos clásicos del orden jurídico mexicano sobre las fuentes del derecho, como la supremacía constitucional; o bien, se han destacado claramente el principio de interpretación conforme o el *pro persona*, a partir del bloque de constitucionalidad.

---

[6] Me parece acertado apuntar lo que el autor señala claramente por su importancia y redicalidad en la aproximación:

«En Colombia (y, en general, en América Latina) seguimos produciendo mucha doctrina jurídica sobre el Derecho en su versión preinterpretada. Mostramos a nuestras audiencias (adentro y afuera de las facultades de Derecho) el diseño institucional de la Constitución y de los diversos códigos y normas. Pero tenemos menos investigación y seguimiento sobre la forma que asumen esas instituciones en su funcionamiento, en las configuraciones que asume el derecho posinterpretado.»

López Medina, Diego, *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*, Bogotá, Legis, 2016, p. 218.

[7] Publicada en el Diario Ofical de la Federación el 10 de junio de 2011.

1. La supremacía constitucional

En el constitucionalismo contemporáneo, la supremacía constitucional es un principio que permite ordenar las competencias, la producción normativa, o la aplicación de ordenamientos producidos en sede internacional. Esta ordenación determina así las sedes y competencias político/jurídicas del Estado, las fuentes del derecho, y la aplicación de las normas en función de su propio contenido. De esta manera en virtud del principio de supremacía constitucional se deciden los procedimientos para la producción normativa, y la aplicación de los ordenamientos que ya han sido producidos en sede diversa (los tratados internacionales).

Quizás lo más importante para efecto de esta aproximación es que se determina la aplicación e interpretación de los distintos tipos de norma en razón de su contenido material, de acuerdo con la especialidad de su objeto. En este sentido, el contenido de las normas sobre derechos humanos implica el reconocimiento de estándares normativos de «mínimos» cuyo propósito es la integración y su ampliación hacia pisos más altos de protección de las personas.

Es justo el sentido contemporáneo de este principio el que proyecta la virtualidad de aplicación de la dimensión de contenido de los derechos, incluso con respecto a las normas que puedan restringir derechos humanos en el texto constitucional.

2. El bloque de constitucionalidad

A partir del reconocimiento de las fuentes jurídicas de las que emanan normas sobre derechos humanos, se articula un sistema interpretativo tendiente a la armonización, a la conformación de un bloque de derechos humanos.

Lo anterior implica que las previsiones constitucionales en la materia no se entienden ya consideradas en sí mismas, en la literalidad del precepto, sino en relación con el bloque de constitucionalidad/convencionalidad que se va constituyendo a partir del ejercicio de interpretación. En esta tesitura, me parece que el caso mexicano es modélico y abre algunas perspectivas de interpretación interesantes que vale la pena destacar. Como he señalado anteriormente:

> «…la dinámica es compleja y completa porque no se remiten los derechos fundamentales a una interpretación conforme con los tratados internacionales, sino todas las normas sobre derechos humanos a la Constitución y a los tratados, concediendo al bloque de constitucionalidad el protagonismo como referente de la interpretación, ya que al situarse éste mismo —una vez interpretado— como parámetro de control de la regularidad constitucional,

> ofrece el contenido constitucional/convencional de los derechos y establece la ruta determinante ex ante para dirimir la conflictividad entre normas en la materia.»[8]

La Constitución adquiere entonces una especie de carácter binario, «en su calidad de referente interpretativo a la par de los tratados internacionales y como conjunto de disposiciones que también serán objeto de interpretación conforme»[9]. Esto, a su vez, ha traído como consecuencia, un progresivo desuso del concepto de jerarquía de las fuentes del derecho para centrarse, más bien, en la norma. Es decir, al existir un bloque de constitucionalidad que se integra por normas de derechos humanos, sin importar su fuente, el paradigma constitucional mexicano da preferencia a la norma, más que a la sede de producción legal.

Por otro lado, el efecto práctico de esta visión en bloque es la ampliación de los derechos humanos, y su contenido, reconocidos por la Constitución mexicana. Para decirlo con toda claridad, «los tratados son Constitución; la Constitución se amplía en los tratados internacionales sobre derechos humanos; la Constitución en materia de derechos humanos no se agota en sus disposiciones normativas, sino en el bloque de constitucionalidad»[10].

Justamente el bloque de constitucionalidad prepara para la interpretación normativa, articula las piezas que serán interpretadas de conjunto y que servirán de referente para el resto de disposiciones normativas, incluso las de carácter constitucional.

IV. El sentido de la interpretación de los derechos humanos

Es fundamental entender el papel que ha jugado el principio de progresividad como un principio detonador de la ampliación de los derechos, y como eje de la articulación interpretativa. Es una ruta que debe ser explorada con mayor claridad.

De entrada, este principio se ha ido transformando mediante su aplicación, para entenderlo no solamente como gradualidad en la garantía de ciertos derechos (mayormente los económicos, sociales, culturales y ambientales), sino que estaría marcado por el contenido constitucional/convencional de los derechos, su mínimo irreductible, que se incrementa precisamente por vía interpretativa. Es decir,

---

[8] Caballero Ochoa, José Luis, «Del bloque de constitucionalidad a la interpretación conforme. Una reflexión sobre el artículo primero de la Constitución a diez años», En *La reforma constitucional sobre derechos humanos en México*. Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, p. 143.

[9] *Idem*.

[10] *Ibidem,* p. 51.

este principio no sólo marcaría gradualidad en el cumplimiento sino progresión en un contenido sustantivo, una dinámica ampliatoria.[11]

A partir de la significación de la progresividad como un principio que repercute en el contenido de los derechos en su calidad de estándares de mínimos, surge la necesidad de establecer una concatenación de las herramientas que se han generado para articular todo un sistema de interpretación.[12]

Me refiero específicamente al control de convencionalidad, el control de constitucionalidad y el principio *pro persona*. El principio de interpretación conforme es el contraste entre ordenamientos que enmarca los controles de constitucionalidad/convencionalidad, los asume y encauza las rutas para determinar la salida normativa. El ejercicio más amplio de remisiones interpretativas arropa, el sentido de ambos controles en una relación de complementariedad,[13] de armonización efectivamente y se decanta en la ruta que ofrezca mayor protección a las personas.

Un ejemplo virtuoso es justamente el que se presentó a raíz del *Caso Radilla Pacheco vs México*[14] en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó señalar que el Estado debería realizar una modulación interpretativa entre sus disposiciones constitucionales sobre jurisdicción militar en relación con los principios constitucionales y convencionales en materia «de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana».[15]

A partir de esta resolución, el trabajo interpretativo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México se volcó fuertemente, mediante el juicio de amparo, en reconducir el marco de extensión de la jurisidcción militar y en establecer un control de constitucionalidad difuso, como interpretación de las previsiones constitucionales vigentes a partir de junio de 2011,[16] y de forma complementaria

---

[11] En la expresión de Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 94

[12] Una aproximación al sentido de un sistema hermenéutico como articulación de herramientas véase, en coautoría del suscrito con Daniel García Huerta, «El sistema de interpretación constitucional. Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1 de la Constitución», *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones,* Tomo V, Sección segunda, México, IIJ-UNAM/Cámara de Senadores/Miguel Ángel Porrua, 2016.

[13] Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párrafo 88.

[14] Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

[15] Párrafo 338.

[16] Particularmente en la resolución del Expediente Varios 912/2010, de 14 de julio de 2011 Se publicó en el Diario Oficial de la Federación de martes 4 de octubre de 2011 (Sección segunda), pp. 1-65.

a un control de convencionalidad difuso, con la salvedad de que éste último es aplicado por todas las autoridades y no sólo por la judicatura.[17]

La redondez de este ejercicio interpretativo estriba en que «la Suprema Corte incorporó la aplicación de la interpretación conforme en lo que denominó el ´mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos´. La ruta seguida por la Corte tuvo su origen en lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los párrafos 338 y 339 de su sentencia, que se circunscribió a las obligaciones de las autoridades judiciales de realizar un control de las disposiciones convencionales relacionadas con el caso»[18].

V. Conclusión

En los últimos 70 años, los derechos humanos han recorrido un camino importante de transformación. Han dejado de ser aspiraciones universales que se planteó la comunidad internacional en la Segunda Posguerra y se han convertido incluso en directrices concretas de gobierno y políticas públicas. En este trayecto, los derechos humanos se han vuelto parte fundamental del andamiaje constitucional de muchos países en el mundo al grado tal que hoy día podemos hablar de una nueva etapa caracterizada por todo un sistema de interpretación constitucional en clave de derechos humanos.

Ahora bien, la perspectiva de lo que sigue para la interpretación constitucional es fortalecer algunos acentos que redunden en una dinámica más eficaz de los propios derechos a partir de los siguientes aspectos: i) el supuesto de la ampliación de la norma sobre derechos y su sentido profundamente arraigado en el principio de progresividad, ii) el desarrollo interpretativo en función del contenido de los derechos, iii) los casos de constricción o aminoramiento de los derechos como las limitaciones, las restricciones expresas a los derechos, y la suspensión de los mismos ante el Estado de excepción.

[17] Como ha precisado Karla Quintana: «[S]i bien la Corte Interamericana limitó, en un principio, la aplicación del control de convencionalidad al poder judicial, posteriormente lo amplió a órganos encargados de impartición de justicia, contralorías con facultades sancionatorias, así como a policías y miembros de las fuerzas armadas. Finalmente, lo amplió a todas las autoridades» *Control de Convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano. Retos y perspectivas.* Ciudad de México, Porrúa, 2019, p. 22.

[18] José Luis Caballero y Daniel García Huerta, «Los rumbos jurisprudenciales de la interpretación conforme: alcances y límites sobre su aplicación en la Corte Suprema mexicana», En *Cuestiones Constitucionales*. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, p. 52.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Raúl Canosa Usera
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

1. Interpretación constitucional y voluntad democrática

En el contexto de una titánica lucha por someter la política a derecho ha evolucionado el constitucionalismo cuyo mayor logro ha sido la consideración de la Constitución como verdadera norma jurídica y por serlo, como norma cimera del ordenamiento. Pero este éxito no estuvo ni está exento de polémica porque, primero, la efectividad del principio de constitucionalidad exige la consideración de una función estatal de defensa de la Constitución, encargada a un órgano específico o a uno preexistente; y, segundo, porque, a resultas de la introducción de los mecanismos de defensa de la Constitución, el legislador democrático no dispone de la norma constitucional —debido a su rigidez— ni puede aprobar leyes cuya eventual inconstitucionalidad sería detectada por quien se ocupa de la defensa jurisdiccional de la Constitución.

En términos políticos la defensa de la voluntad constituyente lo es en potencia frente a una voluntad expresada por el poder constituido legislativo. En suma, la voluntad de la mayoría en el momento constituyente vale más que la manifestada en el constituido de aprobación de la ley. Esta radical identidad entre ambas voluntades aparece claramente en la peripecia constitucional europea donde o no hay momento constituyente (Reino Unido), o, cuando lo hay, no deja de expresarse en él un mero «poder legislativo de los días de fiesta»; así que la voluntad democrática de un momento u otro —constituyente o constituido— no puede valer más que la otra. Esta esencial identidad acaba propiciando la aplicación del criterio temporal: prevalece el último acto normativo de esa voluntad mayoritaria y en consecuencia la Constitución tiene por fuerza que quedar desprovista de valor normativo para considerarse como mero documento político y las decisiones en él

formalizadas —eventualmente derechos fundamentales— sólo valdrían en la medida en la que dispusieran las leyes que las desarrollasen.

En el contexto europeo no tuvo cabida la lógica normativa —supremacía de la Constitución— que reclama el valor auténticamente normativo de la norma fundamental, la suprema ley del país según establece el artículo VI de la Constitución estadounidense de 1787. Es cierto que, tras esta Constitución, latía la necesidad política de preservar el pacto fundacional de la Federación mediante el cual los Estados cedían a las instituciones federales que creaban parte de su poder político. Frente a las leyes de los Estados, pero también frente a las de la Federación había que salvaguardar el pacto que la Constitución formalizaba.

Sobre la necesidad política de defender la Constitución fragua el principio jurídico de su supremacía; y tal cosa condujo inexorablemente a la necesidad de interpretar la Constitución como la hay de interpretar cualquier otra norma de un orden jurídico. Al interpretar la ley fundamental, en especial el supremo intérprete pero no sólo en un sistema de control difuso de inconstitucionalidad como el norteamericano, acaba potencialmente censurándose la tarea de los legisladores democráticos de cada momento y tal cosa pronto se tilda de contramayoritaria, acusación ante la que la Corte Suprema de los Estados Unidos se defiende a través del autocontrol (*self restraint*), acompañado de la noción de las *political questions*: no corresponde al *Judicial Review* entrar en asuntos cuya índole política concierne sólo a los órganos genuinamente políticos, porque la tarea de los jueces es técnica. Lo político corresponde a otros órganos y la tarea de interpretar —operación genuinamente técnica— corresponde a los jueces encargados de defender la Constitución incluso frente al legislador democrático. Se trata de conciliar el principio jurídico de supremacía de la Constitución con el principio político democrático; y el instrumento esencial para lograrlo es la interpretación constitucional.

En Europa podemos hablar de un constitucionalismo sin Constitución porque, a pesar de las teorizaciones de Sieyés y de algunas experiencias históricas como la del derecho de representación recogido en la Constitución de Cádiz de 1812, no hubo necesidad política de hacer valer normativamente la Constitución. Sólo cuando, tras la Segunda Guerra Mundial, las constituciones en Europa occidental fraguaron pactos políticos entre fuerzas antagónicas (véase Francia, Italia o Alemania) fue ya menester asegurar tales pactos frente a mayorías del futuro que quisieran cerrar la apertura que tales acuerdos contenían; se hacían viable sucesivas alternativas mayoritarias. La ductilidad de las normas constitucionales debía asegurarse para la alternancia de mayorías. Y como consecuencia, se introducen generalmente sistemas de justicia constitucional concentrado, que ya había mucho antes ideado Kelsen, para defender la Constitución. Y como tanto tiempo antes en América esta defensa se encauza mediante la interpretación constitucional.

Según lo recordado en líneas anteriores una teoría de la Constitución normativa ha de reservar un espacio privilegiado a la interpretación constitucional para preguntarse en especial por sus límites, en la medida en la que sobre el intérprete supremo no pesa ningún control directo y esto le convierte de una u otra forma en el dueño de la Constitución, acerca de la cual dice la última palabra. Y este poder «incontrolado» sólo es tolerable si se hace una interpretación fundada en argumentos sólidos a los que deberá llegarse usando criterios de interpretación reconocidos; se evita así que la función del intérprete degenere en mero decisionismo carente de la legitimación democrática de la que gozan los órganos controlados, sobre todo el legislador.

La generalización de la jurisdicción constitucional y la consiguiente de la interpretación constitucional se ha visto además reforzada por la pujanza de la jurisdicción de la libertad que resulta evidente con el advenimiento de los tribunales internacionales —y también con otras instituciones internacionales— porque cuando fijan el alcance de tratados que proclaman derechos hacen también interpretación constitucional, pues, aunque las bases legitimadoras sobre las que se apoyan sean distintas, los criterios que utilizan acaban siendo los mismos que los empleados por los intérpretes nacionales. No olvidemos, por último, que también en el espacio de la Unión Europea se despliega una interpretación constitucional y no sólo en el ámbito de los derechos fundamentales.

Vemos pues que la interpretación constitucional se ha extendido más allá del ámbito estatal y que los criterios y métodos empleados en ella se generalizan en el *humus* de una cultura jurídica común. Explicar cómo y con cuáles criterios se interpreta es a la postre indagar sobre los límites dentro de los cuales los intérpretes realizan su tarea. Veamos.

2. La interpretación constitucional como interpretación jurídica: Definición

Al afirmar que la teoría de la interpretación se inscribe en una más amplia teoría de la Constitución como uno de sus partes esenciales, estamos anticipando su carácter jurídico. La interpretación constitucional es efectivamente interpretación jurídica y consiste en un proceso de mediación entre el programa normativo, inserto en el enunciado lingüístico de la disposición, y el ámbito normativo —la realidad más o menos vasta— donde se proyecta. Como otras disposiciones de las diferentes ramas del derecho presenta peculiaridades que han sido profusamente destacadas y que atañen a su objeto, a los sujetos que la protagonizan, así como a los criterios que en ella se emplean.

Toda interpretación jurídica consiste en concretar el sentido de una disposición general puesta en el orden jurídico. Cuando esa disposición contiene un supuesto de hecho, interpretar consiste en verificar la realización de tal supuesto en la realidad para aplicar entonces la consecuencia jurídica, también prevista por la disposición. La interpretación equivale así a una subsunción. Ocurre sin embargo que las disposiciones constitucionales en general carecen de supuesto de hecho porque suelen contener principios, no reglas. Así las cosas, no puede hacerse interpretación de la mayoría de las disposiciones constitucionales mediante subsunción, sino que hay que recurrir a la ponderación.

En el contexto descrito conviene recordar que, en el proceso de progresiva concreción del derecho, el primer paso para efectuarlo es desarrollar mediante normas infraconstitucionales esos principios de la Constitución y de esta tarea se ocupa el legislador democrático. Empero, este desarrollo legislativo, al estar sometido a la Constitución, lo está también a la interpretación que de esta haga sobre todo, el supremo intérprete, resultando así que, sin suplantar al legislador, el intérprete puede imponerse a este si considera que tal desarrollo es contrario a lo que la Constitución le permite. Frente a la primera concreción de legislador, la superior del intérprete supremo, así que en cierto modo la función de éste implica un cierto control político sobre aquél.

3. Objeto principal: las disposiciones constitucionales

Hemos subrayado el principal rasgo de las disposiciones constitucionales: la inexistencia de supuesto de hecho y esta característica responde su sustancia: la de recoger las decisiones políticas fundamentales en la forma de principios inspiradores de todo el orden jurídico. Este conjunto de principios acaba identificando al Estado que la Constitución organiza y constituye su fórmula política que es, en palabras de Lucas Verdú, su expresión ideológica, jurídicamente organizada en una estructura social.

La identidad constitucional puede venir caracterizada por su ductilidad si se trata de Constituciones que descansen sobre una sociedad abierta, pluralista, o por su cierre si hablamos del constitucionalismo dirigente que, a despecho de la mayor o menor apertura de la sociedad, trata de imponer la transformación querida por la Constitución dirigente. Como es evidente la interpretación en un caso o en otro cumple su función de manera distinta; en el constitucionalismo dúctil, manteniéndose la apertura de la ley fundamental a las distintas mayorías alternativas que pudieran formarse, en el dirigente imponiendo la unidimensionalidad de la Constitución y no dejando a las mayorías alternativas otro camino que el de la reforma constitucional. Mientras que con el constitucionalismo dúctil —de pluralismo

estimativo— las disposiciones de la ley fundamental tienen una textura abierta a interpretaciones diversas, en el dirigente el intérprete supremo tiene obligación de defender no la inexistente ductilidad sino la unilateralidad valorativa que lo caracteriza.

Al margen de las diferencias apuntadas, en todo constitucionalismo dotado de protección jurisdiccional la finalidad de la interpretación constitucional es promover la eficacia normativa de las disposiciones de la ley fundamental y su activación (Hesse). En suma, una interpretación operativa (Wrobelsky) que haga valer la fórmula política. La diferencia entre el constitucionalismo abierto y el dirigente estriba en si la voluntad del constituyente consistió en concebir su obra como un amplio marco de coincidencias donde se desplegasen a través de la ley las alternativas mayorías o en un camino unilateral de transformación social que el legislador habría necesariamente de seguir. Mientras que el constitucionalismo europeo sigue el primero, el iberoamericano parece optar mayoritariamente por el segundo: un constitucionalismo promisorio —dirigente— que por eso mismo reduce las alternativas consentidas en el marco de la Constitución y convierte al intérprete supremo en activo operador de esa transformación.

En cualquier caso, rasgo esencial de las disposiciones constitucionales es su mayor jerarquía normativa que trasciende en supremacía; y esta se defiende mediante la rigidez y la jurisdicción constitucional. La primera es menos necesaria —aunque siempre útil— en el constitucionalismo abierto, pues las alternativas pueden desplegarse en el ámbito de la Constitución sin reformarla, mientras que en el constitucionalismo dirigente el pluralismo social tiene que expresarse mediante los cambios en la Constitución.

Respecto al objeto de la interpretación constitucional hay que recalcar que las normas no formalmente constitucionales presentan por razón de su materia la fisonomía de constitucionales y sobre ellas se proyecta una interpretación que podríamos calificar de constitucional. Es el caso sin duda de los contenidos en los tratados internacionales sobre derechos que se integran en los ordenamientos nacionales cuando los Estados los ratifican, en ocasiones dotándolos internamente de rango constitucional como sucede frecuentemente en Iberoamérica. Sin embargo, sus últimos intérpretes no son los nacionales sino los internacionales cuya interpretación, en la lógica del derecho internacional, debe prevalecer.

4. Pluralidad intérpretes constitucionales

Son muchos los llamados a extraer el sentido normativo de las disposiciones constitucionales, pero acaba existiendo uno supremo, el que dice la última palabra. En cada orden jurídico nacional siempre existe uno, por mucho que sean

varios los llamados a interpretar. El problema se plantea cuando los intérpretes internacionales de los derechos entran en liza, y no siempre tales intérpretes son tribunales sino comités o comisiones. Los tribunales internacionales como el TEDH o la Corte Interamericana suelen suscitar la obediencia de los Estados y de sus máximos intérpretes de los derechos fundamentales, aunque en ocasiones bien conocidas se han generado disputas y los intérpretes nacionales han alzado la bandera de la última y determinante legitimidad democrática constitucional y, por consiguiente, la suya propia para colocarse por encima de los tribunales internacionales (recuérdese los casos venezolano y ruso, pero también el italiano de control de constitucionalidad —positivo en el caso italiano— de la interpretación del TEDH).

No debemos olvidar que en la vida de todo ordenamiento jurídico tiene siempre que existir un intérprete definitivo que sobre cualquiera de las normas que lo componen fije con carácter definitivo su sentido. En general es el Tribunal Supremo respectivo. Respecto al alcance de las disposiciones de la Constitución también es competente la Corte Suprema cuando estamos ante un sistema de control difuso de constitucionalidad, así que con toda naturalidad el máximo intérprete de cualquiera de las normas del ordenamiento lo es también de las constitucionales. Pero si el control de constitucionalidad se encomienda a un órgano distinto, el tribunal constitucional (control concentrado), entonces esa identidad en la interpretación suprema de cualquier norma del orden jurídico se destruye al crear una duplicidad que con frecuencia provoca conflictos entre los tribunales superiores, cada uno en su ámbito: el de la legalidad y el de la constitucionalidad (guerra de las Cortes). Los conflictos derivan de la dificultad, sino imposibilidad, de separar esos dos ámbitos como intentara Kelsen, pues, como es notorio, en la evolución del control concentrado el tribunal constitucional ya no es el único en interpretar la Constitución puesto que los jueces ordinarios también lo hacen, de la misma manera que el tribunal constitucional también interpreta la ley y su interpretación constitucional de la ley vincula de una suerte u otra a los jueces ordinarios.

A las dificultades para ordenar la concurrencia de intérpretes constitucionales en un sistema nacional se suma la presencia de otros operadores —intérpretes-supranacionales que tienen la pretensión, también ellos, es decir la última palabra. Es el caso de la Unión Europea cuyo intérprete supremo se pronuncia asimismo sobre normas materialmente constitucionales y entra en potencial disputa con los supremos intérpretes nacionales. O los tribunales internacionales cuya pretensión, más que razonable, de decir la última palabra en materia de derechos se fundamenta en la obligación para los Estados de acomodarse a los tratados que han ratificado, aceptando de paso la jurisdicción de tales tribunales. Aún más dudas suscita la presencia de otros comités o comisiones que, en la esfera de Naciones Unidas o internacionales regionales, aspiran a que su interpretación de los trata-

dos, en especial sobre derechos, se imponga a la eventual interpretación de esos mismos derechos efectuada por el máximo intérprete nacional. En definitiva, la conexión de supremacía y de intérprete supremo viene relativizada por la concurrencia, en el marco del tantas veces mentado pluralismo constitucional, de una acumulativa pluralidad de intérpretes, cada uno esgrimiendo la prevalencia o superioridad de su interpretación sobre la de los demás. No es de extrañar que en este complejo contexto surgiese la noción de diálogo entre los intérpretes implicados para que, de forma progresiva e integradora, se limasen las asperezas que surgen entre ellos.

La apelación a la soberanía popular y a la supremacía de la norma constitucional producida por ella en el momento constituyente ha servido en ocasiones para justificar la desafección del máximo intérprete nacional respecto al supranacional, pero tal cosa, siempre latente, supone un riesgo de destrucción de los ámbitos supranacionales de integración que, con todo, los Estados pretenden preservar. Y la única manera de hacerlo acaso sea la de aumentar el componente genuinamente constitucional en tales espacios de integración. Aparece entonces la utilidad de la interpretación de los tribunales internacionales de derechos en la medida en la que esa interpretación es convincente y ensancha los espacios de libertad de las personas. Véase en este sentido la evolutiva interpretación del TEDH o de la Corte Interamericana.

La confluencia de la tarea interpretativa de varios intérpretes supremos propende a un hermanamiento en el objetivo común de un entendimiento *pro persona* de esa pluralidad de normas constitucionales en el que se enmarca ejercicio de los derechos fundamentales.

5. Método de la interpretación constitucional

Cuando hablamos de interpretación constitucional nos referimos también a lo que hacen esos otros intérpretes de normas materialmente constitucionales pero que no derivan de una directa voluntad constituyente. Pero todos los intérpretes abordan su tarea de extraer el sentido de las normas —todas ellas materialmente constitucionales— con el uso de los mismos criterios, con el mismo método, porque es el objeto interpretado el que condiciona el método de su esclarecimiento hermenéutico.

En todos los casos se trata de asegurar la activación de los preceptos interpretados mediante el empleo de un método previsible, fiable, que asegure resultados aceptables por la sociedad, aún más cuando, como sucede con frecuencia, se somete necesariamente a escrutinio la voluntad del legislador democrático recogida en la ley.

Como ya se apuntaba antes, la textura de las disposiciones de naturaleza constitucional, también sin duda las reconocedoras de derechos, es la de los principios y por lo tanto el uso de los *topoi* interpretativos se proyecta en un esquema de ponderación, no de subsunción. Por ello mismo, la utilidad de los *elementos tradicionales de interpretación* es limitada y es imprescindible el uso de otros criterios. Con todo, deben también emplearse adaptándolos desde la óptica constitucional. El elemento literal, por ejemplo, es siempre el punto de partida porque son las palabras empleadas en los enunciados lingüísticos las que señalan el camino a seguir por los intérpretes. Sucede empero que al no describir por lo general un supuesto de hecho sino recoger un principio, esas palabras están cargadas de vaguedad, de suerte que los enunciados lingüísticos tienen que ser «rellenados», concretados al fin; si bien un desarrollo de los mismos lo pueden y deben acometer los legisladore mediante la ley, precisamente porque el intérprete supremo controla la ley, ha de concretar antes de efectuar tal control cuál es el alcance de los enunciados constitucionales para crear el parámetro de su enjuiciamiento con el que comparar la ley o el acto enjuiciado. En este contexto, el elemento literal pierde prestancia como lo pierde el histórico si aceptamos la noción de *Living Constitution*, lo que hacen casi sin excepción tanto los intérpretes supremos nacionales como los internacionales. Que las leyes son más inteligentes que sus autores y que se adaptan a los cambios de la realidad implica, por un lado, la evolutividad que abordaré más adelante y por otro que la voluntad del autor de las normas, expresada en los trabajos preparatorios, los antecedentes, tiene una importancia menor.

El elemento teleológico, otro de los tradicionales, sólo resulta verdaderamente útil si lo relacionamos con la necesidad de activar la fuerza normativa de las disposiciones constitucionales, en especial con aquellas que más carga axiológica presentan; lo mismo sucede con el elemento sistemático que, en la interpretación constitucional, debe anudarse a la interpretación de todo el orden jurídico conforme a la Constitución.

Si los elementos tradicionales de interpretación jurídica no son tan relevantes en interpretación constitucional, salvo redimensionados en los términos apuntados, ¿cuáles son los *elementos esenciales de la interpretación constitucional*? A mi juicio tres: la politicidad, la evolutividad y la dimensión axiológica. Todos ellos entrelazados en un esquema de ponderación producen un arsenal de criterios hermenéuticos específicos.

En relación con la politicidad no me estoy refiriendo a que el intérprete supremo actúe como un operador político más, pues este tipo de políticidad sería nociva y precisamente contra ella actúa la tecnificación demandada de la interpretación; me refiero a la politicidad derivada de la materia objeto de la interpretación —materia esencialmente política—, a las consecuencias, también políticas, que entrañan las interpretaciones efectuadas y, ligado a lo anterior, el control

en cierto modo político que el intérprete supremo acaba realizando sobre las decisiones políticas adoptadas por el legislador democrático y eventualmente sobre otros órganos de decisión política. Esta politicidad tiene un alcance distinto según estemos ante un constitucionalismo dúctil —Constitución abierta— o ante un constitucionalismo dirigente. En el primero, el control más lábil, más acerado en el segundo con una consiguiente mayor carga de politicidad de la tarea interpretativa.

La evolutividad por su parte se ha demostrado muy útil para mantener activadas disposiciones normativas que, por su rigidez, permanecen inalteradas en el tiempo. La superior rigidez que suele caracterizar las disposiciones constitucionales, también las que en el campo supranacional reconocen derechos, favorece una interpretación evolutiva que las conecte con una realidad, muchas veces política, que cambia constantemente. Se trata pues de conectar el programa normativo —el enunciado lingüístico que permanece— con el ámbito normativo, es decir, con la realidad donde ese programa se proyecta con la pretensión de someter a derecho una realidad que se transforma constantemente.

La vaguedad que presentan los enunciados constitucionales —principios— facilita esta interpretación evolutiva; al carecer de supuesto de hecho y reclamar ponderación, el intérprete tiene un amplio margen de creatividad y esta creatividad, ligada a la politicidad comentada, ofrece un amplio margen para escoger interpretaciones posibles. En este contexto tiene sentido la crítica que coloca al supremo intérprete como amo de la Constitución, un poder tanto mayor cuanto más se aleja el momento interpretativo de la producción de la disposición interpretada. Piénsese por ejemplo en la separación temporal entre la creación de las disposiciones de la Constitución norteamericana con su interpretación actual o en la que separa la aprobación del CEDH con nuestros días. No hay duda de los radicales cambios acontecidos en la realidad y de la necesidad de adaptar las normas a estas transformaciones sociales.

La interpretación evolutiva es especialmente empleada en la aclaración de sentido de las disposiciones reconocedoras los derechos, como demuestra por ejemplo el recurrente empleo por parte de los intérpretes, también de los internacionales que afirman que las disposiciones son «instrumentos vivos» que han de adaptarse a la realidad cambiante y al nuevo sentir social. Esto se traduce en una interpretación expansiva que amplía los espacios de ejercicio de los derechos y que permite, por añadidura, legitimar la tarea de los intérpretes, presentados así como valedores de la libertad. En efecto, frente a los peligros nuevos para esta que emergen en el devenir de los acontecimientos son los intérpretes supremos quienes salen en su defensa, infiriendo de los enunciados lingüísticos que proclaman derechos contenidos nuevos y a veces creando, aparentemente de la nada, nuevos derechos ni siquiera imaginados por los legisladores del pasado. Son tantos los

ejemplos que es imposible recogerlos aquí, pero que permiten presentar la jurisprudencia, señaladamente la internacional aunque también la nacional, como fruto, siempre en estado de enriquecimiento, de una vasta interpretación evolutiva. Al ensanchar el ámbito de la libertad, los intérpretes se legitiman frente a la opinión pública que los ve como garantes de sus derechos.

El otro elemento esencial de la interpretación constitucional es el axiológico. Tenía razón el filósofo brasileño Reale cuando en su teoría tridimensional del derecho se refería a la triada: hecho, valor y norma. Las disposiciones normativas regulan la realidad conforme a un presupuesto estimativo. Aquello que es valioso, estimado por la sociedad, se defiende mediante el orden jurídico, y los valores sociales se enuncian, explícita o implícitamente, en las normas cimeras de los órdenes jurídicos. El principio democrático, al lado de la división de poderes, sirven como garantías de la preservación de los derechos fundamentales, núcleo de la dignidad humana de la que son inherentes (artículo 16 de la Declaración francesa de 1789 y artículo 10.1 de la Constitución española de 1978). Todo ello compone el marco axiológico del Estado constitucional y conforma, en sus manifestaciones concretas, la fórmula política de cualquier Constitución. La interpretación consistirá siempre en la interpretación conforme a ese marco estimativo, es decir, de acuerdo con los valores del ordenamiento. Será en definitiva interpretación axiológica (Lucas Verdú).

Cuando Hesse se refiere a los *topoi* o criterios de interpretación está evocando *una serie de herramientas* que están a disposición del intérprete constitucional. Tales herramientas están ligadas a los elementos esenciales que acabamos de explicar y que sirven como ellos, al completarlos, para cumplir la finalidad de la interpretación: activar la Constitución, desplegando su eficacia normativa.

Para empezar, los intérpretes supremos suelen interpretar extensivamente sus propias competencias precisamente para asegurarse el espacio «político» que necesitan en su defensa de la Constitución. Basten dos ejemplos para ello: la creación jurisdiccional del *Judicial Review* en los Estados Unidos o la transformación constitucional de la jurisdicción internacional de la libertad, en especial los ejemplos del TEDH y de la Corte Interamericana.

Por otro lado, para soslayar la acusación de ser órganos contramayoritarios, los intérpretes supremos han empleado fórmulas tales como la de las cuestiones políticas o la noción de autocontrol. Para articularlas se ha partido de la presunción de constitucionalidad de los actos, singularmente de las leyes, de otros poderes constituidos; también, en el terreno de la protección internacional de derechos, a través de la idea de margen de apreciación nacional y de consenso europeo.

La presunción de constitucionalidad, unida al autocontrol tiene un acomodo más natural en los sistemas de control difuso donde se enjuician interpretaciones, no disposiciones normativas que el intérprete pueda anular. Así, el juicio negativo

de constitucionalidad lo es sólo de interpretaciones de una disposición que permanece en el ordenamiento, aunque el efecto de la inconstitucionalidad constatada sea en ocasiones equivalente a la nulidad cuando no puedan inferirse interpretaciones alternativas que se acomoden a la Constitución.

En contraste, cuando hablamos del control concentrado de constitucionalidad, comprobamos que el esquema kelseniano de control nomofiláctico ha evolucionado hacia uno del control nomotético, precisamente porque, al tratar de ser deferente con el legislador y mantener las disposiciones por él creadas, el intérprete supremo descarta o impone interpretaciones posibles de tales disposiciones, pero no las anula. Se multiplican las sentencias interpretativas que no concluyen en la declaración de nulidad de la disposición controlada sino en descartar alguna de sus interpretaciones posibles. Para efectuar esta operación hay que llevar a cabo una interpretación conforme de la disposición enjuiciada que sólo será aplicable cuando se interpreta conforme a la Constitución, a la postre conforme a los valores y principios en ella insertos. Así las cosas, el control nomofiláctico se transforma en nomotético y el modelo de control concentrado acaba aproximándose al de control difuso.

Se ha destacado el riesgo que entrañan las sentencias interpretativas (Giovanni Figueroa) que, al querer ser deferentes con el legislador y mantener sus productos normativos en el ordenamiento, pueden llegar a suplantar al propio legislador, incluso haciendo decir a la ley lo que la ley no dice. Y no olvidemos tampoco que las «interpretaciones constitucionales» de la ley, en un modelo de control concentrado y por tanto con duplicidad Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo, son fuente de latente conflicto entre ambas Cortes al despojar la primera a la segunda, con tales interpretaciones, de la superioridad de la interpretación de la ley. El Tribunal Supremo es supremo intérprete «legal» de la ley, pero sobre esta interpretación se superpone la mentada «interpretación constitucional» de la ley, efectuada por el Tribunal Constitucional, convertido entonces no sólo en intérprete supremo de la ley fundamental sino también de la ley, lo que también aproxima el modelo concentrado al difuso.

Enlazada con la deferencia debida legislador democrático y ligada asimismo con la herramienta de interpretación conforme a la Constitución hay que referirse a la consideración de la Constitución como orden abierto. Tiene que ver con la citada ductilidad de la Constitución, tributaria del pluralismo político y social que subyace en el funcionamiento del Estado constitucional. Al máximo intérprete de la Constitución le corresponde mantener abierto el campo donde sucesivas mayorías puedan alternarse y expresarse a través de la ley; pues aun que pueda hablarse de una cierta orientación política constitucional que se refleja en la fórmula política, esa orientación es lo bastante lábil para que las mayorías sucesivas, sin necesidad de recurrir a la reforma constitucional, puedan concretarla. Pero esa concre-

ción tiene vedado impedir orientaciones distintas de mayorías futuras alternativas. De asegurar la apertura debe ocuparse el máximo intérprete.

Un panorama distinto lo ofrece el constitucionalismo dirigente, radicalmente transformador, tan propio de Iberoamérica. En él, como ya se apuntado, hay una línea más unívoca, pues no se trata tanto de mantener un orden abierto como de fijar una orientación política clara que el legislador y el resto de los poderes constituidos deben desarrollar. Y en este contexto el supremo intérprete de la Constitución asume una función distinta de la descrita en el constitucionalismo abierto, puesto que le corresponde velar para que esos poderes tomen las medidas encaminadas a la transformación anticipada, a veces con gran detalle, por la Constitución. En este escenario cobra pleno sentido el control de las omisión legislativas.

El extraordinario fenómeno de la apertura de las constituciones a la integración supranacional, bien sea a través de tratados de derechos humanos o mediante procesos como el de la Unión Europea, ha abierto nuevos ámbitos donde materialmente se hace interpretación constitucional y ha transformado también la genuina interpretación constitucional, singularmente en materia de derechos.

Es cierto que los tratados internacionales sobre derechos se integran en los ordenamientos de los Estados que los ratifican, a veces con rango constitucional, pero, con independencia de su posición en el ordenamiento jurídico nacional, es claro que los órganos internacionales que los interpretan, en ocasiones auténticos tribunales, dicen la última palabra al respecto y al hacerlo pueden condenar al Estado que los vulnere. Se produce entonces un desplazamiento de la última palabra al órgano internacional que no deja, como es bien conocido, de provocar potenciales conflictos entre el supremo intérprete nacional y el supranacional. Para limar esas asperezas, en el plano interpretativo, resulta muy útil la herramienta de la interpretación de los derechos internamente reconocidos conforme a los proclamados por los tratados, lo que con naturalidad conduce a la interpretación conforme a la interpretación dada a esos tratados por su máximo intérprete. Este proceder acomoda las piezas del rompecabezas y evita los conflictos, siempre latentes entre el supremo intérprete internacional y el nacional, subordinándose este a lo dicho por aquel.

El artículo 10.2 de la Constitución española y en cierto modo también el artículo 1.1 de la Constitución mexicana acaban regulando esta herramienta interpretativa. Y cuando no hay plasmación normativa de esta apertura interpretativa, son los propios intérpretes —el internacional imponiéndolo, el nacional asumiéndolo— quienes la activan, porque sólo a través de ella se engarzan los respectivos ámbitos. El resultado es que quien dice la última palabra la impone, no tanto venciendo sino convenciendo, en un proceso que muchos califican de dialógico y que en cualquier caso ha exigido la «transformación constitucional» de las instancias supranacionales (García Roca).

En el contexto de pluralismo constitucional descrito, también se inserta el principio *pro persona* que impone la interpretación más beneficiosa para el ejercicio de los derechos, lo que con el proceso dialógico apuntado redunda en una interpretación expansiva de la libertad. En efecto, mucho se ha resaltado la *vis expansiva* de los derechos que ha modulado su interpretación evolutiva, evolución que ha consistido justamente en acomodar los enunciados que los proclamaban a las transformaciones sociales, propiciando de una suerte u otra una extensión de los ámbitos los derechos se disfrutan.

Paralelamente, era preciso partir de una interpretación restrictiva de los límites que pesaran sobre los derechos. Para lograr este objetivo que tiene que ver con la noción de contenido esencial de los derechos, se ha desarrollado la herramienta del juicio de proporcionalidad, mucho más técnica que el juicio de mera razonabilidad; el de proporcionalidad sirve para determinar la legitimidad de los eventuales límites que pesen sobre el ejercicio de los derechos. En el juicio de proporcionalidad hay que comprobar si la determinación mediante ley de una limitación atiende un fin constitucionalmente legítimo y si es necesaria, adecuada y proporcional en sentido estricto.

Conclusión

La interpretación constitucional es una tarea de alto riesgo en manos por lo general de sujetos que no ha sido elegidos por el pueblo y que tienen como tarea principal precisamente lo que deciden los elegidos popularmente. Para ser tolerable debe verse en la sociedad como una herramienta útil en defensa de lo esencial del Estado constitucional: la preservación de los derechos fundamentales. Además, ha de ser convincente, cargada de razones bien argumentadas. Así que la interpretación constitucional consiste en la construcción de esas razones mediante el uso de un arsenal de criterios —herramientas— que el intérprete usa con cierta discrecionalidad —creatividad— y que debe proporcionar resultados que la enlacen con el sentir social de cada momento, adaptándose a la realidad imperante que cambia cómo ese sentir en el transcurso del tiempo.

El peligro siempre latente es una pérdida de seguridad jurídica porque se pone en manos del intérprete la fijación última del sentido de enunciados vagos —principios— que aquel llena según su personal criterio. De ahí la necesidad de combatir ese potencial decisionismo interpretativo con una teoría jurídica de la interpretación constitucional que limite en lo posible la creatividad de los intérpretes supremos y conjure las críticas que los acusan de antidemocráticos; porque no se trata de sustituir las valoraciones hechas por el legislador democrático con las propias del órgano de control de constitucionalidad o de convencionalidad,

sino de hacer valer las estimaciones recogidas en las normas cimeras de un ordenamiento nacional o supranacional. No se trata en suma de pervertir el principio de división de poderes colocando al órgano de interpretación como legislador suplente del auténtico legislador al que legitima el voto popular, sino de la defensa, incluso frente a este legislador, de unos valores que las normas constitucionales o convencionales proclaman.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE MUTACIÓN O TRANSFORMACIÓN PLAUSIBLE: LA EXPERIENCIA URUGUAYA DESDE 1985

Eduardo G. Esteva Gallicchio
Catedrático emérito en la Universidad Católica del Uruguay

1. Introducción:

La prácticamente inabarcable problemática de la interpretación constitucional —confluencia de la ciencia jurídica con otras[1]—, presenta cuestiones disímiles, en función, obviamente, entre otros, del tenor de las constituciones escritas y rígidas a analizar, de sus diseños estructurales, de la antigüedad de su elaboración y perfeccionamiento[2]; de la peculiaridad de la familia jurídica o *legal tradition* que aquéllas integran, de los ámbitos de protección universal o regional de los derechos humanos a los que acceden los respectivos Estados, de la existencia o inexistencia de un verdadero tribunal constitucional competente en calidad de intérprete final, etc.

La Constitución uruguaya vigente, esquemáticamente es: detallada y, en general, inelástica; con diseño estructural del tipo codificado; en términos comparativos, de relativa antigüedad —perfeccionada por la ciudadanía por el plebiscito realizado en 1966 y con parte significativa ratificada nuevamente en 1996—; exponente de la familia romano germánica; inserta en los sistemas universal y regional americano de protección convencional de los derechos humanos y carente de un verdadero tribunal constitucional competente para actuar como intérprete final y órgano de cierre del sistema nacional.

Me propongo individualizar —aunque en virtud del tiempo asignado no podré analizar—, alguno de los aspectos que, en Uruguay, han influido para que

[1] Balaguer, 2022, 123 y s. y, en general: Ferrer Mac-Gregor (coord.), 2005, 2 v.

[2] Sobre tiempo e interpretación, véase, por ejemplo: Häberle (1974), Scalia (1997), Pineli (2014) Duncan (2016) y Solum (2019).

la República, cuya Constitución vigente presenta notables carencias si se la compara con las de otros Estados en materia de recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho de la Integración, logre igualmente colocarse en los rankings internacionales[3] como la única democracia plena de Sudamérica y de América Latina, así como ubicarse en los primeros puestos a nivel mundial.

La reflexión procurará visualizar la interpretación constitucional como instrumento de transformación —en línea con el pensamiento de Grim—[4] o de desarrollo —según Häberle[5]—, o de mutación plausible —si la noción fuere lógicamente admisible— de la Constitución y quizás, pueda obrar como sugerencia para revisitar doctrina clásica.

El tema, a su vez, involucra la incorporación de la interpretación convencional[6] que, en Uruguay, ha generado dificultades, discrepancias y tensiones[7] —auxiliadas por injustificadas carencias o desactualizaciones normativas expresas—, con especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay[8].

2. Mutaciones constitucionales

2.1. Introducción

Es sabido que la noción de mutación constitucional[9] no es de pacífica aceptación por la doctrina del Derecho constitucional general, antes bien, existe la sugerencia —quizás atendible— de Häberle[10] de «despedirnos» de ella[11].

Esta cuestión no es novedosa; tiene una antigüedad doctrinal, mínima, de un siglo y cuarto, por lo que no es ámbito propicio para el esnobismo constitucional. Su origen podría anclarse, simplificando, en autores de la escuela alemana de fines del siglo XIX[12], que comentaban situaciones fácticas bajo la Constitución imperial

[3] Casos de *The Economist* o de *World Justice Project*.

[4] Supuesto que distingue de reforma y de mutación constitucionales (2010, 265).

[5] 2000, 15.

[6] Ferrer Mac Gregor, (2005, 532). Ver referencias sobre interpretación convencional, especialmente en diversas Opiniones Consultivas, por ej.: OC: 27/21, § 51.

[7] S. de la Corte I.D.H. de 24-II-2011 (Fondo y Reparaciones) y Resoluciones de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 20-III-2013 (§ 57 y § 73) y, en menor grado, la de 19-XI-2020.

[8] Así como el desarrollo de interpretaciones mutativas. Véase Sagüés: 2016, 393-395.

[9] Véase la exposición sintética de Nava Gomar y del Toro Huerta (2021, 1535-1538).

[10] 2016, 59, nota 109.

[11] Nacieron entre el Derecho y la Política: Jellinek (1991, 3), en línea con las precisiones metodológicas generales que realizó (Esteva, 1992-B, 50-52).

[12] Excede mi propósito, en este momento, retrotraerme a considerar el «cambio» constitucional, según la filosofía de Hegel (1955, § 273, p. 233; y 2010, *passim*).

de 1871: y concretamente en el calificado como *Kronjurist* del Imperio, Paul Laband (1895, 1-38) y en Georg Jellinek (1906)[13].

El análisis en profundidad de esta patología[14] requiere relevar un muestreo de orientaciones dentro de la escuela alemana[15], para estar en condiciones de evaluar el tema bajo contextos tan diferentes como los de las constituciones imperial, de Weimar (según opiniones con una antigüedad de prácticamente un siglo: Kelsen[16], Schmitt[17], Hsü[18], Heller[19]), y cómo se decanta después de la entrada en vigor de la *Grundgesetz* de Bonn de 1949 (por ej.: Loewenstein[20], Häberle[21], y tres jueces del *Bundesverfassungsgericht*: Grim[22], Böckenförde[23] y Hesse[24]).

Pero desde hace varias décadas,[25] el análisis dogmático jurídico no puede prescindir de otras escuelas, *v.g.*: italiana[26], francesa[27], estadounidense[28], española[29]— etc.[30]

Es necesario atender la advertencia de Fernández Segado[31] sobre la problemática que han generado las traducciones del alemán al español.

---

[13] También: 1956, 438-440.

[14] Ver el análisis general, por ej., en: De Vega (1985, 177 y ss.), Lucas Verdú (1984), Ruipérez (2018, 73). Bryce se ocupa de los «cambios solapados» (1988, 93).

[15] Díaz Ricci lo mencionó: 2004, 54 y lo profundizó (2015, 76).

[16] *Allgemeine Staatslehre*, ed. alemana 1925 (ed. española «cambio»: 1959, 332).

[17] *Verfasssungslehre*, 1928 (1982, 115).

[18] Destacable contribución del discípulo de Smend, de nacionalidad china, 1932. He comprobado que pocos autores acreditan conocer el texto original en idioma alemán.

[19] *Staatslehre* 1934, especialmente 299 y ss. distinguiendo Constitución formal y material, especialmente, la individualización de cinco conceptos: 303-305.

[20] Conferencia ofrecida en la Sociedad Jurídica de Berlín el 30-VI-1960; después: 1965, 164-165.

[21] 1974 y 2016, 59-60.

[22] 2020: 264. Hasta el 28-III-2019, la *Grundgesetz* fue reformada sesenta y tres veces.

[23] 2000, 181 y ss.

[24] 2012, 85. Su concepción, aceptada por algunos, también generó importantes críticas de la doctrina posterior.

[25] Desde la finalización de la vigencia de la Constitución de 1871.

[26] Pineli (2014), Pegoraro (2016), Iadicicco (2018).

[27] Beaud (2001), Sauvé y Fouchs (2013)

[28] Cfr. especialmente la doctrina sobre la llamada «*living Constitution*» y su crítica: Ackerman (2011), Sagüés (2016-29 y ss.).

[29] García Pelayo (1961, 137-138), Sánchez Urrutia (1988, 1993, 2000) y García-Trevijano (1989, 319-330). Los puntos altos recientes son: Fernández Segado (2013) y Lucas Murillo (2018, *passim*).

[30] En la doctrina argentina, con mínimos desarrollos doctrinales previos, destaca Díaz Ricci (2004, 47-82 y 2015, 73-96); ver en la brasileña: Da Silva (1999, 3), Clève y Lorenzetto (2015, 137); en la mexicana: Nava (2005, 795) y Carpizo (2011, 548-549).

[31] 2013, 9.

2.2. Doctrina uruguaya

Los autores que mencionaron expresamente[32] ciertas mutaciones constitucionales fueron sucesivamente: Real[33], Burstin *et al*.[34] Gamarra Antes[35], Risso Ferrand[36], Bardazano[37] y Rodríguez Almada[38].

Dentro de esta doctrina, individualizo algunos puntos que estimo requerirían atención:

2.2.1. *Concepto de mutación constitucional*. Considero imprescindible partir de esclarecimientos en perspectiva dogmático-jurídica como los que planteó magistralmente Böckenförde[39] en 1993 y de aportes como el de Díaz Ricci[40] para precisar qué es —y qué no es— una mutación constitucional (*Verfassungswandlung*).

2.2.2. *Mutación y costumbre constitucional*. Desde las significaciones en idioma español jurídico de costumbre y mutación constitucional se aprecian diferencias, semejanzas y conexiones, aunque es sabida la distancia que puede existir entre el significado general de las palabras en el idioma español y el técnico jurídico[41].

El autor uruguayo que se detuvo con mayor detalle[42] en la relación entre mutación y costumbre constitucional fue Gamarra Antes[43].

La conclusión de inadmisión de la costumbre como fuente de Derecho constitucional uruguayo es generalizada[44], tal como sucede en sistemas constitucionales similares[45].

Desde la edición alemana del estudio de Hsü quedó planteado como tema central el de la distinción e interrelación entre *Verfassungswandlung* y *Gewohnheits-*

---

[32] Semino consideró el tiempo político y la interpretación (1993, *passim*).

[33] 1972; Esteva (1993, 232).

[34] Burstin, Delgado Manteiga, Francolino, Gómez Leiza, Rodríguez y Sarlo, 2009.

[35] 2014.

[36] 2015, 2016, 2017 y 2021.

[37] 2018.

[38] 2020 (véase la peculiar noción de «mutaciones constitucionales orales» en Uruguay) y 2021 (menciona las mutaciones exclusivamente en el resumen y palabras clave en los tres idiomas; sin estudiarlas en el desarrollo).

[39] En español (2000, 181).

[40] 2004, 47-82 acorde con Lucas Verdú (Prólogo XXII). Especialmente: 2015, 76 y ss.

[41] Ver, respectivamente: https://dpej.rae.es/lema/costumbre-constitucional y https://dpej.rae.es/lema/mutaci%C3%B3n-constitucional (consulta: 10-VI-2022) ejemplificando con transcripciones de Jellinek (1991) y de Hsü (1932-A).

[42] Burstin *et. al.* (2009, 82) y Risso Ferrand (2017, 237) mencionan incidentalmente la costumbre; Bardazano no lo hace.

[43] 2014, nº 3 y nº 5, 2 a 4.

[44] Gamarra (2014), Rodríguez Almada (2020, 11),

[45] Por ejemplo: Capitant en 1929 (1979), García-Trevijano (1989).

recht[46]. Estimo que corresponde profundizarlo[47] con referencia concreta al sistema uruguayo.

2.2.3. *Mutación y elasticidad constitucional*. La doctrina uruguaya no plantea ni examina la relación entre mutación y elasticidad[48]. La notable conceptualización de Luigi Rossi[49] —que difundí en Uruguay hace casi cuatro décadas[50]— y desarrollos posteriores, estimo pueden contribuir a delimitar los temas mutación e interpretación.

Incluso puede trabajarse sobre otro concepto de elasticidad, como lo hace Pedra, desde el título de una de sus contribuciones, y en el prolijo desarrollo[51].

Es destacable la precisión de Amato, para Italia, pero trasladable *mutatis mutandis* a Uruguay: «aquí está el problema: la relación entre elasticidad, rigidez, límites de interpretación y espacio de reforma [*revisione*], es una relación que se juega sobre estos terrenos; y es una relación en la que el parlamento y los órganos jurisdiccionales constitucionales se encuentran uno frente al otro, se enfrentan a las mismas preguntas, cada uno a su manera»[52].

2.2.4. *Mutación y realidad constitucional*. Burstin *et al* ubicaron bajo el epígrafe «Realidad constitucional «e pur si muove»»[53], las referencias a mutaciones constitucionales[54]: a) en el procedimiento legislativo (art. 216, inc. 2)[55]; b) delegación de atribuciones parlamentarias en materia tributaria; c) *idem* en materia de control de la Administración; d) mediante la reinterpretación del término «Estado» y de la expresión «en cada caso», en el art. 188, incs. 3 y 4; e) creación de un ministerio por decreto[56]; y f) en materia de deuda externa.

Posteriormente Risso Ferrand (2014), recolocó el tema en el primer plano, con un planteo que considero en línea con sectores de la doctrina[57] y con la jurisprudencia —en materias contenciosa y consultiva sobre interpretación evoluti-

---

[46] 1932, 14, 23, 101 a 120, 152 a 166.

[47] Rollnert Liern (2014, 127).

[48] Burstin *et al*, mencionan incidentalmente la elasticidad, pero aparentemente la relacionan con la flexibilidad (2009, 11, 51), citando a Rossi, según Biscaretti di Ruffìa. Gamarra 2018 lo hace en una perspectiva próxima (2018, 141).

[49] 1941, 1 y ss.

[50] Primera edición de mis «Lecciones», t. 1 (1984, 2ª ed. 1992).

[51] 2012, 40, 45 a 50.

[52] 2016, 4. Iadicicco (2018, 11, 32-33).

[53] 2009, 30-40.

[54] Véase, conceptualmente, Böckenförde, 2000, 181; Rollnert, 135-137.

[55] En contra, entre muchos: Esteva (1972, 69 y 1990, 299).

[56] En contra: Esteva (1986, 61).

[57] Por ejemplo, Canosa Usera, 2008; Burstin *et al*, 2009.

va— de la Corte IDH y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero: ¿qué es realidad?[58]

2.2.5. *Mutación y cambio jurisprudencial*.

Es pertinente tomar en consideración las precisiones conceptuales y reflexión final de Fernández Segado sobre mutaciones jurisprudenciales[59].

Sugiero en este aspecto, trazar la frontera entre cambio de interpretación jurisprudencial y mutación constitucional.

2.2.6. *Mutación y transformación o desarrollo*. Considero sugerentes las opiniones de Grim —refiere a «procesos de transformación que tienen su origen en el contexto en el que la Constitución se desenvuelve», que «no pueden ser marginadas cuando se aborda la pregunta acerca de la identidad y el cambio»[60] y de Häberle sobre desarrollo constitucional[61].

2.2.7. *Admisibilidad de las mutaciones*. Estimo que razonablemente podría considerarse tolerable, en perspectiva teórica, una mutación constitucional, en el marco del respectivo contexto, cuando:

— nos hallemos ante una Constitución verdaderamente antigua: ¿lo es la uruguaya, plebiscitada en 1967 y nuevamente en parte importante, en 1996, con la República ya incorporada al Pacto de San José de Costa Rica?
— la Constitución incluye cláusulas pétreas y preceptúa requisitos procedimentales para las reformas constitucionales que operan como candados o cerrojos[62]: ¿los incluye la uruguaya?
— permanecen en vigor disposiciones de rango constitucional de un período de *facto* que no fueron validadas por el soberano: ¿las hay en Uruguay después de 1985?
— cuando hay déficit en el reconocimiento de derechos, libertades y sus garantías: ¿existe en Uruguay, a la luz del art. 72, de la doctrina y de la jurisprudencia desde 1990?

Mis respuestas son, para cada uno de los interrogantes, negativas.

---

[58] Díaz Ricci lo plantea sugerentemente (2015, 76 y ss.).

[59] 2013, 9-37 y 84-88. Es uno de los autores que ingresa al meollo de la cuestión, demostrándolo al acudir a la versión original de los textos de los autores alemanes, así como del influyente Hsü.

[60] 2010, 265.

[61] 2000, 15-22.

[62] Por usar la terminología corriente en Chile.

2.2.8. Mutación como patología. En un contexto de Constitución escrita y rígida de un Estado que configura un sistema democrático y fuera de los supuestos indicados, estimo que la llamada mutación —habitualmente entendida como cambio de sentido sin modificación formal del texto—, es una patología, un defecto, una incongruencia[63], porque la vía admisible[64] de transformación o cambio es la de reforma, revisión o enmienda constitucional —según las terminologías— y conforme con los procedimientos preceptuados.

En tal contexto, la mutación se transforma en una licencia de lenguaje para una interpretación o integración[65] inconstitucional que se admite subjetivamente y con grave riesgo para la seguridad jurídica[66]. En el marco de análisis de Hsü: antiformalismo vs. formalismo[67].

3. La cuestión de la interpretación constitucional en Uruguay

3.1. El análisis de la problemática de la interpretación constitucional en Uruguay podría realizarse distinguiendo *períodos.*

3.2. Desde la inauguración de la Cátedra de Derecho Constitucional —en la entonces Universidad Mayor, hoy denominada Universidad de la República— en 1871, fue un tema central, oscilando las concepciones[68] a partir de la impronta liberal racionalista, antirreligiosa, definidamente histórica y valorativa del primer catedrático Ramírez Alvarez. Le sucedió Aréchaga Moratorio que se pronunció por el método jurídico dogmático y se basó en la diferencia entre constituciones rígidas y flexibles. De inmediato fungió brevemente Ramírez Chain (sobrino del primero), optando por un método histórico enfrentando a los que adherían al «culto de la letra» de la Constitución.

Luego Aréchaga Vargas (hijo del primero) que abogó por estudiar la Constitución a través de tres elementos: la pura teoría constitucional, su texto expreso y

---

[63] Según Hsü, es una «incongruencia» entre las normas constitucionales y la realidad (1932-A, 17-20, 66-68, 142).

[64] Admisible en el sentido empleado por Carpizo (2011, 549: no toda mutación constitucional es admisible; para que lo sea, debe respetar el principio de supremacía constitucional y los mismos límites que tiene el poder revisor de la Constitución. Las mutaciones más comunes e importantes son la interpretación y la costumbre constitucionales»).

[65] Es relevante consultar: Lucas Murillo (2018, 527-530).

[66] Clève, 2016, 141-144.

[67] 1932-A, 56, en nota a pie de página nº 3, dice: «Más detallado sobre el formalismo teórico-constitucional, en doctrina de antes de la guerra, mi ensayo: *Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff*», de 1932 (1932-B).

[68] Remito a Esteva Gallicchio, 2008, 257-261.

la historia de su sanción. Durante su magisterio se perfeccionó la sustancial reforma constitucional de 1918.

Más adelante dos importantes aportaciones en lo metodológico: Gómez Haedo, que coincidió con los últimos años de vigencia de la Constitución de 1918, postuló la concertación prudente de los métodos histórico y jurídico y Arcos Ferrand, que coincidió con el prolegómeno del golpe de Estado de 1933 y con parte de la vigencia de la Constitución de 1934, que abogó por un método jurídico y como auxiliar el histórico.

2.3. Desde 1946 se inaugura una relevante etapa liderada por Aréchaga Mac Call (nieto del primero)[69], que se extendió sin fisuras y con aportes importantes de Cassinelli Muñoz, durante medio siglo[70], optando por un método jurídico, del subtipo lógico sistemático teleológico (con fuerte influencia de Heller). Así lo entendió la S.C.J. al expedir la S. 174 de 18-VI-2002[71], con ciertos ajustes posteriores[72]

2.4. Risso Ferrand, sugirió recientemente muy importantes modificaciones[73], en línea con concepciones propuestas por autores estadounidenses y europeos.

2.5. El art. 331º constitucional es básico porque prevé cuatro procedimientos para la reforma constitucional, que tienen en común, como requisito para su perfeccionamiento —no frecuente en Derecho comparado—, superar inexorablemente un plebiscito de ratificación por el cuerpo de ciudadanos, con precisas y razonables exigencias porcentuales. Lo que configura una interesante manifestación vernácula de «*We the people*», con proyecciones propias y requisitos que no son cerrojos no razonables.

4. Paradojas y extremos relevantes.

4.1. Poco más de dos años después de la entrada en vigor de la Constitución en 1967, Uruguay ratificó por ley 13.751, de 1969, los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

---

[69] Ver Esteva Gallicchio, 2008, 261-277

[70] Compartidos sustancialmente por Barbagelata, Gros Espiell, Real, Pérez Pérez, Cagnoni Esteva Gallicchio y Risso Ferrand (en 1996; con ajustes desde 2010, 91-93).

[71] Disponible en http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam

[72] Esteva (2010, 257 y s.).

[73] 2010, 91-93.

4.2. La Constitución vigente experimentó cuatro reformas[74] constitucionales parciales, algunas sobre tópicos concretos (dos relativas a jubilaciones y pensiones: 1989 y 1994; una sobre derecho fundamental al agua potable y saneamiento: 2004); otra sobre varios aspectos de la parte orgánica y dogmática (1997).

Pero, en materia de tratados internacionales sobre derechos humanos y de relaciones entre la Constitución y los tratados de todo tipo, a diferencia de la generalidad de las iberoamericanas, conserva obstinado y puntual silencio.

4.3. En pleno gobierno de *facto*, por el decreto-ley 15.195 de 1981, fue ratificada la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados, que, como es sabido, incluye disposiciones relevantes, respecto de la norma *pacta sunt servanda* (Introducción y art. 26) e imposibilidad de invocar disposiciones del derecho interno como justificativo del incumplimiento de tratados (art. 27).

4.4. Una vez restaurado el imperio de la Constitución de 1967, en 1985, la ley 15.737, conocida como ley de amnistía, ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 15).

5. El art. 72 de la Constitución: la doctrina.

5.1. La disposición que preceptúa el carácter no taxativo de la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución —reza: no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o derivan de la forma republicana de gobierno—, fue incorporada por la Constitución elaborada en 1917 y plebiscitada en 1918, que podría caracterizarse como la de la IIª República uruguaya[75]

5.2. El primer autor que comentó la disposición con especial referencia a su rol en punto a la interpretación constitucional fue Aréchaga Mac Coll[76] y quien advirtió su relevancia desde otras perspectivas fue —paradojalmente— el talentoso profesor argentino Sampay[77]. Real[78], poco después, difundió su alcance con especial dedicación y tenacidad, sin lograr una recepción jurisprudencial.

---

[74] Compárese con el análisis de Grim sobre frecuencia de las reformas: 2010, 264 y las realizadas después. ¿Y qué decir del cambio contextual de la reunificación?

[75] Esteva, 1993, 59 y 248. Su antecedente vernáculo es de 1813. Sarlo (2011) y Bardazano (2018), comenzaron a bucear en los antecedentes filosóficos.

[76] 1946, 107-108 y 115-117.

[77] 1957, 34-36. Sarlo estudia a Sampay en el marco del que califica como «descubrimiento» del art. 72 (2011,1078).

[78] 1958 (195 a 247) y varias obras posteriores.

Fue Barbagelata[79] el primero que incluyó, en 1957, una sucinta mención a él en un ensayo sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y —cuatro décadas después— Cajarville Peluffo el que —tras la eclosión jurisprudencial que se dirá—, visualizó el ingreso por su intermedio de derechos y garantías provenientes del Derecho Internacional de los derechos humanos de fuente convencional de los que la República se haya hecho parte[80].

Sarlo, con interesante aporte, nos hizo replantear el análisis de la corriente filosófica que todos habíamos aceptado que consagra o recoge el art. 72.

Y correspondió a Gamarra Antes[81] analizar la interpretación de la disposición en el marco de la cenagosa noción de mutación constitucional, concluyendo que nos hallamos ante una que califica de débil, lo que generó precisiones de Risso Ferrand[82].

6. El art. 72 de la Constitución: la jurisprudencia de la S.C.J.

6.1. Con la limitante que deriva de considerar la Base de Datos de la S.C.J. (desde 1990), se halla una invocación del art. 72 en la discordia del Juez Pessano, en S. 29/1990, que considera, en un caso de desaparición forzada de persona, que al justamente impedido no le corre término, «... principio que [afirma] apoya el art. 72 de la Constitución desde que el libre ejercicio de la acción procesal constituye una garantía esencial de los derechos humanos».

Le siguieron pronunciamientos del pleno con Marabotto[83] y Torello[84] como redactores, que comenzaron a aplicarlo con frecuencia.

También, la S.C.J., sobre investigación de identidad de menor secuestrado hijo de desaparecido, en S. 418/1997, redactada por Torello —reiterada por integraciones posteriores—, afirmó, en preciso contraste de orden científico, que «el derecho a la identidad del menor tiene en la Argentina *jerarquía de ley fundamenta*l (art. 75, No. 22); *en nuestro país* también cabe *similar solución* por la incidencia que tiene el art. 72 de la Constitución, que *permite recepcionar todos los derechos humanos que se consagran —más específicamente—* en las Convenciones o Pactos Internacionales» (énfasis adicionados por mí).

---

[79] 1957, nota 4, con error de linotipia en el número; y también destacando el art. 332 de la *lex legum*, sobre aplicabilidad inmediata de preceptos no reglamentados (n. 8).

[80] También Gros Espiell (1997, 95-117, especialmente nota 29), Risso Ferrand desde 1999 (2021, 199-203).

[81] 2014, I y ss.

[82] 2017 (238) y 2021 (202-203).

[83] S. 139/1997, casación.

[84] S. 418/1997, casación.

6.3. La S. 400/1997 redactada por Marabotto, en caso sobre inconstitucionalidad, comenzó a sostener la interpretación del acto legislativo «desde la Constitución», con cita de Balaguer Callejón.

6.4. La ley llamada de caducidad de la pretensión punitiva del Estado[85], 15.848, de 1986 —en términos políticos ley de impunidad—, fue sometida a todas las pruebas que admiten los laboratorios constitucional uruguayo y convencional del sistema interamericano.

6.4.1. Por S. de la S.C.J. 186/1988, fue declarada constitucional por voto de la mayoría legal de sus miembros[86], en diversas solicitudes formuladas por las vías de oficio o de excepción (C., arts. 258, ord. 2º e inc. 2º).

6.4.2. Fue objeto de recurso de referéndum —art. 79, inc. 2º de la C.— dentro del año de su promulgación, que se realizó el 16-IV-1989 operando la ratificación ciudadana, al obtener un 43% de votos la opción SÍ (acogimiento del recurso).

6.4.3. La S. de la S.C.J. 365 del 19-X-2009, realizó *overruling* y declaró inconstitucionales los arts. 1, 3 y 4. Uno de los puntos de mayor destaque se halla en que menta un «bloque de derechos», invocando la cita realizada por Risso Ferrand de la opinión doctrinal de Nogueira Alcalá.

6.4.4. El cuerpo de ciudadanos, diez días después, rechazó un proyecto de reforma constitucional por el que se procuró la anulación de la ley (29-X-2009) (48% de votos por SÍ, requiriéndose superar el 50%).

6.4.5. La Corte IDH se pronunció en el caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y reparaciones), el 24-II-2011: declaró que Uruguay ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos. Y dispuso que el Estado debe garantizar que la Ley 15.848, al carecer de efectos por su incompatibilidad con las Convenciones Americana e Interamericana mencionadas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos

[85] La ampulosa denominación se debe a que, para poder aprobarse en ese momento, no podía llamarse de amnistía por imperio del art. 142 de la Constitución).

[86] Véase la S. completa en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político,* 1988, núm. 24, pp. 390-437. No incluida en la Base de Datos de Jurisprudencia Uruguaya del Poder Judicial de la República.

materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos.

6.4.6. Por ley 18.831, de 27-X-2011, se restableció el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1-III-1985, comprendidos en el art. 1° de la ley 15.848.

6.4.7. La S.C.J., por S. 20 de 22-II-2013, declaró inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la ley 18.831, por los que «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» y se declaró «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».

6.4.8. La Corte IDH, por resolución de supervisión de cumplimiento de 20-III-2013, sostuvo que la referida decisión de 22-II-2013 de la S.C.J. del Uruguay, constituye un obstáculo para el pleno acatamiento de la Sentencia. Afirmó que la S. dictada por la Corte IDH es vinculante para el Estado, por lo cual, en cumplimiento de la misma, todos sus órganos e instituciones, incluyendo el Poder Judicial en todos sus niveles, deben continuar adoptando todas las medidas que sean necesarias para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos que por su naturaleza sean imprescriptibles, en los términos establecidos por la S. de 24-II-2011 y esta Resolución.

6.4.9. Las S. de la S.C.J. relativas a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley 18.831, arts. 2 y 3, han seguido, pues, una suerte de *corsi e ricorsi*, con sucesivas integraciones[87].

6. Conclusiones

7.1. Ínterin apuro el análisis que precedentemente sugerí respecto de las mutaciones constitucionales en Uruguay, considero que:

a) los serios riesgos que engloba la admisión doctrinal y jurisprudencial de las mutaciones constitucionales fueron planteados desde la doctrina clásica alemana —experimentados trágicamente al través de su historia ins-

[87] Es posible entender que, desde la designación como miembro de la S.C.J. de la juez Morales Martínez, pasó a existir mayoría entre los miembros titulares de la corporación, en favor de la constitucionalidad de los arts. 2 y 3, a la luz de la 286/2022.

titucional[88]—, y fueron reiterados por integrantes de otras escuelas, permaneciendo latentes[89].

b) el que puedan existir o no mutaciones constitucionales dependerá del concepto que se adopte de ellas; no existiendo acuerdo en la doctrina del derecho constitucional general[90].

c) solamente considero susceptibles de ser admitidas mutaciones en línea con el Estado de Derecho democrático republicano, en tanto en cuanto estén acreditadas notables o significativas diferencias contextuales[91] (*v.g.*, según lo dicho, con el ejemplo prístino: Alemania bajo la Constitución imperial y la de Weimar, o la *Grundgesetz* con la reunificación de las Repúblicas Federal y Democrática), circunstancias que solo se configuran en el lapso de vigencia original y desde la restauración de la Constitución uruguaya de 1967, por la adhesión a tratados internacionales, lo que, paradojalmente, pasó inadvertido por los titulares de la soberanía nacional (C. arts. 4, 81, 331), especialmente en 1969, 1981 y 1985.

d) La admisibilidad de mutaciones siempre deberá estar rigurosamente condicionada a un examen de compatibilidad con los principios o bases de la Constitución convencionalizada[92] del Estado democrático de Derecho que es Uruguay[93].

7.2. En lo que atañe a interpretación constitucional en Uruguay, considero que:

a) respecto del art. 72, existe la sensación o apariencia de algo novedoso, cuando en verdad ya había sido advertido doctrinalmente por los autores precedentemente referidos y por la jurisprudencia que fue precursora.

b) la problemática, en los últimos años, no es, en mi concepto, en verdad o propiamente, como solemos decir, de nueva interpretación[94] o de reinterpretación[95] del art. 72, sino de ajustes en la argumentación jurídica y de verdadera aplicación.

---

[88] Grim, 2010, 264, 267.

[89] Por ejemplo: Osorio Gómez, 2016, 4. Sobre la mutación en Alemania del «Estado de legislación parlamentaria» a «Estado de los jueces» e importancia de la interpretación: Rüthers, 2015, 229, 214.

[90] Véase el lúcido análisis de Díaz Ricci (2015, 73-96).

[91] No todo lo que tiene apariencia de «nuevo» lo es. Siempre es útil retornar a los clásicos como Bryce: 1988, 97-99.

[92] Sagüés, 2016, 397-399.

[93] Por todos: Jiménez de Aréchaga Mac Coll, 1946, 100-110 y 1949, 217 y s.

[94] Gamarra (2014, nº 6.1.2, nº 7.8); Esteva (2015, 63); Risso Ferrand (2017, 245,

[95] Gamarra (2014, nº 7.8); Risso Ferrand (2015, 33; 2016, 205; 2017, 240, 241, 244).

c) no suele plantearse, pero cabe preguntarse si existen límites para la interpretación y aplicación del art. 72. La respuesta es, en mi concepto, afirmativa: sólo puede acudirse a la inherencia a la personalidad humana o a la derivación de la forma republicana de gobierno mentadas por los constituyentes en 1967.
d) subsisten, en mi concepto, puntos que podrían ser profundizados o debatidos doctrinalmente. Por ejemplo: ¿de existir colisión entre un derecho, deber o garantía que resulte implícitamente del art. 72 con uno reconocido expresamente, ¿cómo se resuelve? Otro interrogante: ¿cuál es —si existe— la frontera entre el control de convencionalidad y la aplicación del art. 72?
e) el art. 72 es la única disposición que posibilita la integración[96] de la Constitución uruguaya; mientras que el art. 29-C de la Convención Americana es una disposición sobre interpretación[97] de la Convención.
f) la doctrina de cuño neoconstitucionalista ideológico[98] tiende a diluir las diferencias entre interpretación y mutación de la Constitución, como expresión de la *vexata quaestio* entre formalismo y antiformalismo y recepción de ciertas concepciones[99].

7.3. La jurisprudencia de la Corte IDH ejercitó indiscutible influencia en Uruguay, entre otros aspectos, en materia de interpretación evolutiva de cuño neoconstitucionalista.

7.4. En Uruguay, las severas carencias de *aggiornamento* del texto de la Constitución en materia de derecho internacional en todas sus expresiones —acaecida, en parte, por razones de oportunidad en 1996— fueron suplidas satisfactoriamente vía interpretación y aplicación de una trilogía de disposiciones (arts. 7, 72 y 332).

7.5. Los buenos resultados en las categorizaciones sobre calidad del Estado de Derecho se explican, fundamentalmente, más que por razones jurídicas, en virtud de factores culturales, en términos de Heller, como reflejo de la Constitución total (adición de la normada con la no normada)[100].

---

[96] El art. 332 atañe a integración, pero no de la Constitución, sino de la falta de reglamentación; lo que es muy otra cosa.

[97] Acápite: «Normas de interpretación». Inc. 1º: «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de...»

[98] Comanducci, 2016, 45.

[99] Véase la influencia del análisis sobre derecho y realidad, de Müller, 1989, 111 y, finalmente, de la llamada teoría estructurante del derecho.

[100] Heller 1934, 278-279; Esteva 1992-A, 26-27; 1992-B, 107,142.

Abreviaturas

Artículo/artículos: art. / arts.
Constitución: C.
Corte Interamericana de Derechos Humanos: Corte IDH
S: sentencia/sentencias
Suprema Corte de Justicia: SCJ
Volumen/Volúmenes: v./vs.

Bibliografía

Ackerman, B., *La Constitución viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

Afonso da Silva, V., «Mutaciones constitucionales», en *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1999, 3-24.

Amato, G., «L'elasticità delle costituzioni rigide», *Nomos*, 1, 2016.

Balaguer Callejón, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, BOE y CEPC, Madrid, 2022.

Barbagelata, A.L., «El pacto universal de los derechos del hombre y las Constituciones de América», en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo, 1957.

Bardazano, G., «Los derechos y la interpretación constitucional: la mutación en construcción», en *Anuario del Área Socio-Jurídica, Montevideo*, v. 10, núm. 1, dic. 2018, https://indexlaw.org/index.php/AnuariodelAreaSocioJuridica/article/view/5055/0 (consulta 10-VI-2022)

Beaud, O., «Les mutations de la Ve. République — Ou comment se modifie une Constitution écrite», en *Pouvoirs* núm. 9, 2001-4, pp. 19-31.

Böckenförde, E.-W., Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Trotta, Madrid, 2000, pp. 181-197.

Bryce, J., *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, con Estudio Preliminar de Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

Burstin, D. *et al*., *La Constitución uruguaya ¿Rígida o flexible? — Un estudio de teoría constitucional contemporánea aplicado al caso uruguayo*, Montevideo, FCU, 2009.

Canosa Usera, R., «Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales», en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, (coords.) *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, tomo VI, UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México, 2008, pp. 57-98.

Capitant, R., «La coutume constitutionel», *Revue du Droit Publique*, 1979 pp. 959-970.

Carpizo, J., «La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. XLIV, núm. 131, 2011, pp. 543-598.

Clève, C. M. y Lorenzetto, B. M., «Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanencia», *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 7 (2), 2015, pp. 136-146.

Comanducci, P., *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*, UNAM, México, 2016.

Díaz Ricci, S., *Teoría de la reforma constitucional*, UNAM, UC, Ediar, Bs. As., 2004.

—— «Las mutaciones constitucionales», en G. de Vergottini (ed.) *Giornata di studi in memoria di Pablo Lucas Verdú*, Bononia University Press, Bolonia, 2015, pp. 73-96.

Duncan, R. F., *Justice Scalia and the rule of law: originalism vs. the living constitution*, Regent University Law Review, 2016, 29 (1) pp. 9-34.

Esteva Gallicchio, E., «Una errónea e innecesaria interpretación del inciso 2º del artículo 216 de la Constitución», en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración,* t. 72, 1972, pp. 69-75.

—— «El consenso político como fundamento de un decreto inconstitucional», en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. III, núm. 13-14, 1986, pp. 60-61.

—— «Nuevamente sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia respecto de la inclusión en las leyes presupuestarias o de rendición de cuentas de disposiciones comprendidas en las prohibiciones establecidas en el inciso 2º del artículo 216 de la Constitución, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político,* t. VII, núm. 39, 1990, pp. 299-303.

—— *Lecciones de Derecho Constitucional 1º / Introducción al Derecho Constitucional*, 1992-A.

—— *Lecciones de Derecho Constitucional 1º / Teoría del Estado*, Ingranusi Ltda., Montevideo, 1992-B.

—— *Lecciones de Derecho Constitucional 2º/ Historia constitucional del Uruguay*, Ingranusi Ltda. 1993.

—— «La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya», en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, (coords.) *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, t. VI, UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México, 2008, pp. 3-20.

—— «Interpretación constitucional. Su importancia en el tránsito del sistema autoritario al Estado constitucional de Derecho en Uruguay», en Molina Suárez, C. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *El Juez Constitucional en el siglo XXI*, t. II, UNAM, IIJ, México, 2010, pp. 257-279.

—— «Participación», en Risso Ferrand (Coord.) *La Constitución uruguaya de 1967 / Balance y perspectivas*, Montevideo, UCU, 2015.

Fernández Segado, F., «Las mutaciones jurisprudenciales en la Constitución», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 89, 2013, pp. 7-88.

Ferrer Mac Gregor, E., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional», en Ferrer Mac Gregor, E. (coord.), *Interpretación constitucional*, México, v. I, 2005, 521-536.

Gamarra Antes, D., «Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico uruguayo», *Revista La Justicia Uruguaya*, t. 149, 2014.

—— *La interpretación de la Constitución y la Ley: jueces, derechos y democracia*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2018.

García Pelayo, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Rev. de Occidente, Madrid, 1961.

González-Trevijano, P. J., *La costumbre en Derecho constitucional*, Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.

Grimm, D., «Identidad y transformación: la Ley Fundamental en 1949 y hoy», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, pp. 263-277.

Gros Espiell, H., «Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29 C) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político,* v.14, núm. 79-84, 1997-1998, pp. 95 y ss.

Häberle, P., «Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania», en *Pensamiento constitucional*, Lima, núm. 7, 2000, pp. 15-43.

—— «Zeit und Verfassung: Prolegomena zu einem zeit-gerechten «Verfassungsverständnis», en *Zeitschrift Für Politik*, 21(2), 2014, pp. 111—137. http://www.jstor.org/stable/24224901 (consulta: 10-VI-2022).

—— «El Estado constitucional», México, UNAM, 2016.

Hegel, J. G. F., *Filosofía del Derecho*, Claridad, Bs. As., 1955.

—— *La Constitución de Alemania*, Tecnos, Madrid, 2010.

Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. Azpitarte, CEPC, Madrid, 2012, 85-112.

Heller, H., *Teoría del Estado*, trad. Tobío, FCE, México-Bs. As., 1942.

Hsü, D. L., «*Die verfassungswandlung*», W. de Gruyter / Co, Berlín y Leipzig, 1932-A.

—— *Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff* », 61 Archiv des öffentlichen Rechts 29, 1932-B.

Iadicicco, M. P., «Settant'anni di rigidità costituzionale. Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative», en *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, disponible en: *onstitución Nacional*, t. I., 1946. https://www.gruppodi-

pisa.it/images/rivista/pdf/Maria_Pia_Iadicicco_-_Settant_anni_di_rigidita_costituzionale.pdf (consulta: 10-VI-2022).

Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, trad. de la 2ª ed. alemana por F. De los Ríos, CECSA, México,1956.

—— *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de C. Förster, nota preliminar de Lucas Verdú, C.E.P. y C., Madrid, 1991.

Jiménez de Aréchaga Mac Coll, J., *La C*

—— «Panorama Institucional del Uruguay a Mediados del siglo XX», en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. XLVII, núm. 10, Montevideo, 1949.

Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, trad. Legaz Lacambra, México, Ed. Nacional, 1959.

Laband, P., *Die Wandlungen der deutſchen Reichsverfaſſung*, Zahn & Jaensch, Dresden, 1895.

Loewenstein, K., *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlín, De Gruyter, 1961.

—— *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1965.

Lucas Murillo de la Cueva, P., «Constitución y realidad constitucional. Reforma, integración y mutación del texto de 1978», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 95, 2018, pp. 525-545.

Lucas Verdú, P., *Curso de Derecho Político*, v. IV, Tecnos, Madrid, 1984, pp.165.

Müller, F., «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», trad. Villacorta Mancebo, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, 1989, pp. 111-126.

Nava Gomar, S., «Interpretación, mutación y reforma de la Constitución, tres extractos», en Ferrer Mac Gregor (coord.), *Interpretación Constitucional*, v. 2, Porrúa, México, 2005, 795-817.

Nava Gomar, S. y del Toro Huerta M. I., «Mutación constitucional», en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Ferrer Mac-Gregor *et al* (coords.), t. II, UNAM, México, 3ª. Ed, 2021, 1534-1537 https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/36433 (consulta: 10-VI-2022).

Osorio Gómez, O., «La mutación constitucional: los peligros de las modificaciones no formales de la Constitución», *Hechos y Derechos*, núm. 36, noviembre-diciembre 2016, 1-8.

Pedra, A. S., «La elasticidad del texto de la Constitución como límite para las mutaciones constitucionales», en *Estudios Avanzados*; núm. 17 (2012). 39-61

Pegoraro, Lucio, «Revisiones informales de la constitución», en Rodríguez Galuso, A. (coord.), *Estudios de Derecho Público: en homenaje al Prof. Horacio Cassinelli Muñoz*, Montevideo, UCU, 2016, pp. 245-265.

Pinelli, C., «Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale», en *Rivista AIC*, núm. 1/2014, de 06-II-2014.

Real, A.R., «Los principios generales de derecho en la constitución uruguaya», en *Revista de derecho público y privado*, t. 40, núm. 238, 1958, pp. 195-247.

—— Dictamen sobre proyecto de Ley de Seguridad del Estado, Comisión de Constitución y Legislación del Senado, Montevideo, 1972.

Risso Ferrand, M. J., *¿Qué es la Constitución?*, ed. UCU, Montevideo, 2010.

—— «Hacia una nueva interpretación constitucional / La realidad en Uruguay», en *Estudios Constitucionales*, U. de Talca, 2014, pp. 239-283.

—— *La Constitución uruguaya de 1967. Balance y perspectivas*, ed. U.C.U., Montevideo, 2015.

«El actual artículo 72 de la Constitución uruguaya», en *La Constituyente de 1916 / fundación de la democracia*, Montevideo, Ed. de la Plaza, 2016, pp. 197-211.

—— «Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución. Dos casos uruguayos», en *Estudios Constitucionales*, Talca, vol. 15, núm. 1, 2017, pp. 217-254.

—— *Constitución y Estado de Derecho*, Montevideo, FCU, 2021.

Rodríguez Almada, P.: «Los pactos de coparticipación en el gobierno ocurridos en la segunda mitad del siglo XIX y principio del siglo XX en Uruguay: Mutaciones constitucionales orales y proceso constituyente», en *Revista de Derecho*, U.C.U., núm. 22, 2020, pp. 1-18.

—— «La inconstitucionalidad en razón de forma de la ley n° 19.889 aprobada por el procedimiento de declaratoria de urgente consideración», en *Revista de Derecho Público*, año 30, núm. 58, 2021, pp. 54-86.

Rollnert Liern, G., «La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 101, 2014, pp. 125-155.

Rossi, L.: «La elasticità dello statuto italiano», en *Scriti vari di diritto pubblico*, vol. VI, Giufrè, Milán, 1941, pp. 1-22.

Ruipérez Alamillo, J.: *En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Rüthers, B., «¿Estado democrático de derecho o Estado de la oligarquía judicial?», en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XXI, Bogotá, 2015, pp. 211-230.

Sampay, A. E., *La declaración de inconstitucionalidad en el Derecho uruguayo* Editorial Medina, Montevideo, 1957; hay reedición electrónica UNAM.

Sagüés, Néstor P., *La Constitución bajo tensión*, IEC, Querétaro, 2016.

Sánchez Urrutia, A. V., *Mutaciones constitucionales*, Universidad de Barcelona, 1988.

—— «La fuerza de la Constitución y la Constitución de la fuerza», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, núm. 37, 1993, pp. 313-325.

—— «Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, núm. 58, 2000, pp. 106-135.

Sarlo, O., «Derechos, deberes y garantías implícitos en la Constitución uruguaya. Un análisis de filosofía política y epistemología del Derecho», en M. C. Vázquez (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Juan Pablo Cajaraville Peluffo*, FCU, Montevideo, 2011, pp. 1069-1099.

Sauvé, J. M. y Fuchs, O., «Introduction», *Les mutations constitutionnelles, Colloque organisé par la Société de législation comparée*, 5-IV-2013, Conseil d'Etat, 2013.

Scalia, A., *A matter of interpretation / Federal courts and the law*, Princeton University Press, New Jersey, 1997.

Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, trad. Ayala, Alianza Universidad, Madrid, 1982.

Semino, M., *Práctica constitucional*, FCU, Montevideo, 1993.

Solum, L. «Originalism Versus Living Constitutionalism / The Conceptual Structure of the great debate», *Northwestern University Law Review*, v 113, 6, 2019, p. 1243-1296. Vega, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

Jurisprudencia

Salvo indicación en contrario, las sentencias citadas están disponibles en: http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam (consulta 10-VI-2022)

EL GIRO PROCEDIMENTAL EN LA ACADEMIA Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Francisca Pou Giménez
Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La convocatoria de este Encuentro Iberoamericano, que conmemora lo que representó para la garantía judicial de la Constitución la creación, hace 100 años, del Tribunal Constitucional de Austria y la creación, hace 40, del Tribunal Constitucional de España, nos invita a adoptar una perspectiva diacrónica —panorámica en el tiempo—, que vendría añadirse a la perspectiva comparada propia de cualquier Encuentro Iberoamericano. En esta breve intervención aceptaré la invitación y adoptaré esa perspectiva diacrónica con el fin de destacar algunos puntos de evolución en el campo de la interpretación constitucional y someterlos a debate. Lo hago con modestia y con una enorme conciencia de los riesgos de un ejercicio de este tipo, con la idea de que sirvan como puntos preliminares de diagnóstico e inviten a la discusión.

* * *

1

Los debates académicos sobre interpretación constitucional, aquí y en América Latina, tienen poco que ver con los que se tenían hace 30 o 40 años, cuando las democracias del sur de Europa iniciaban su andadura democrática, y los países latinoamericanos, un poco después, transitaban de regímenes dictatoriales o autocráticos a democracias constitucionales.

En esa época, postulo, nos preocupaban fundamentalmente *las teorías de la interpretación constitucional*: la discusión estricta sobre cómo asignar significado a los textos. Se discutía la metodología de la interpretación, los detalles que caracte-

rizaban una u otra teoría y se ponderaba en qué medida las recetas interpretativas eran análogas o disanálogas a las que habían sido usuales en el derecho civil (pues en nuestra tradición jurídica, recordemos, los códigos civiles han contenido tradicionalmente una lista de instrucciones acerca de cómo interpretar el derecho). Son muchos los profesores cuyo trabajo teórico captura este acercamiento: Enrique Alonso García, Francisco Rubio Llorente, Luis Prieto Sanchís, Michel Troper, Peter Haeberle, Ronald Dworkin o John Hart Ely estarían en la lista de los que llegan rápidamente a la mente.

Un poco después, el debate sobre la *interpretación* se unió, o se transformó, en el debate sobre la *argumentación* —argumentación jurídica, argumentación constitucional—. En algunas ocasiones, se trataba de la proyección al ámbito constitucional del trabajo de los juristas de la tradición analítica; Jorge Luis Rodríguez publicó en 2021 en la editorial Marcial Pons un libro titulado *Teoría analítica del derecho* que ayuda a trazar las grandes preocupaciones de esta tradición: la relación entre las normas, el lenguaje y la lógica, la caracterización del derecho como sistema, la descripción de las dinámicas jurídicas, la interpretación y el conocimiento del derecho, el razonamiento jurídico y la justificación de las decisiones judiciales. A esta corriente hay que añadir la que trabajaba la teoría y la argumentación principialista, incluido el principio de proporcionalidad y sus alternativas (las teorías de contenido esencial, por ejemplo), al compás de la obra fundamental de Robert Alexy.

A mi juicio hay al menos tres causas que explican por qué en ese momento la academia constitucional se ocupaba y preocupaba de la interpretación en ese sentido acotado.

La primera es *la influencia y el prestigio del derecho constitucional estadounidense*, cuya obsesión por el debate interpretativo estricto es de todxs conocida. Esta obsesión está ligada a elementos muy idiosincráticos de esa tradición jurídica, como el hecho de que su constitución de más de doscientos años no pueda ser prácticamente cambiada mediante los mecanismos de reforma (los requisitos establecidos en su artículo V han sido completados en muy pocas ocasiones), lo cual deja confiada a la interpretación la evolución y la adaptación de la Constitución a los nuevos tiempos; la obsesión por la dificultad contramayoritaria, derivada del hecho de que la Constitución no confirió expresamente al poder judicial la facultad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, que se autoatribuyó la Corte Suprema en *Marbury v. Madison*; y su profundo aislacionismo, que deja fuera la perspectiva comparada e internacional y deja muy poco margen para salirse de las cuatro paredes del texto.

Era normal mirar el debate interpretativo estadounidense porque fue en los Estados Unidos donde por primera vez el derecho se articuló en torno a la idea de supremacía constitucional y la Constitución operó como norma jurídica. En Eu-

ropa prevaleció un entendimiento político de la Constitución hasta mucho más tarde —la Constitución austríaca de 1920 es el hito que hace cien años marcó el cambio de dirección hacia un entendimiento jurídico— mientras que en América Latina la situación era intermedia: había justicia constitucional desde el siglo XIX, pero en muchos ámbitos y ocasiones la Constitución operaba primordialmente como un instrumento político. Hace tres o cuatro décadas, cuando nuestros países (España, Portugal y América Latina) dejaban atrás periodos de dictadura y se disponían a construir democracias constitucionales modernas, lo que urgía era, justamente, lo que la tradición estadounidense venía haciendo por largo tiempo: construir, con el mayor rigor posible, la normatividad real de la Constitución.

La segunda causa es *el giro «lingüístico» en la teoría del derecho*, que estaba echando raíces en nuestros países en ese momento. El año pasado hubo un aniversario importante, pues se cumplieron 100 años de la publicación del famoso *Tractatus* de Ludwig Wittgenstein. El giro lingüístico propiciado por el trabajo de Wittgenstein y el que sobre su base desarrollaron después Heinrich Von Wright, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, y tras ellos iufilósofos y iufilósofas de las escuelas de Génova, Córdoba, Alicante o Barcelona dio las bases para un trabajo sobre interpretación constitucional novedoso, parte del cual (sobre todo en la Escuela de Alicante articulada en torno a Manuel Atienza) acababa tomando un cariz parcialmente distinto y profundizaba el constructivismo-principialismo al estilo de Habermas o Alexy. Por descontado, del giro lingüístico derivaron también corrientes muy distintas, que desarrollaron lo que llamamos «análisis del discurso» al estilo de Jacques Derrida y otros pensadores post-modernos, cuya aportación al debate jurídico y político se mueve en otros planos.

La tercera causa del auge de la aproximación acotada a la interpretación constitucional es *la convergencia histórica, en esos años, en un modelo constitucional relativamente unificado*, fundamentado en el triunfo y expansión mundial de las constituciones que contienen un ambicioso programa normativo que pone límites a las mayorías, que son concebidas como normas jurídicas con eficacia directa y fuerza irradiadora, y que quedan garantizadas por sistemas de justicia constitucional renovados (en el caso de América Latina) o recientemente instaurados (en el caso de los países de Europa que, salvadas las tempranas excepciones de Austria y la Segunda República española, acogieron la justicia constitucional después de la Segunda Guerra Mundial). El constitucionalismo de posguerra fue ricamente teorizado y elaborado a muchos niveles: la filosofía política, la filosofía moral, la teoría constitucional o la historia política, entre otros. Los debates sobre «democracia sustantiva», «liberalismo igualitario», «neoconstitucionalismo» (el término acuñado por Susana Pozzolo) o «democracia deliberativa» enriquecían el entendimiento y la potencia operativa del modelo constitucional positivizado. Pero por lo que hace al trabajo académico más directa y estrictamente relacionado con la operación coti-

diana de las normas, en los tiempos e n que la democracia constitucional como «*the only game in town*», parecía natural hacer énfasis en lo más básico: la atribución de significado a esas cláusulas constitucionales compartidas.

2

Es mucha la riqueza que dejaron estos debates. Su legado no ha desaparecido. Esta etapa de trabajo teórico dejó herramientas que damos por supuestas y que seguimos utilizando cada día. Pero han perdido centralidad teórica ante la eclosión de *nuevas modalidades de práctica constitucional*. Los temas que ocupan las energías del análisis académico sobre interpretación constitucional en estos momentos son otros. ¿De qué nos ocupamos las y los constitucionalistas cuando abordamos los temas de interpretación, al menos en el ámbito de los derechos? (dejo de lado ahora la muy relevante pero relativamente escasa área de reflexión teórica centrada en la aplicación de las cláusulas sobre organización del poder y reparto territorial de competencias).

En primer lugar, postulo, nos ocupamos del estudio de *las fuentes del derecho de los derechos*, y en particular del estudio de los mecanismos de relación entre fuentes internas y externas. Temas como el control de convencionalidad y su articulación con el de constitucionalidad, los debates sobre margen de apreciación, la controversia sobre la última palabra, o el análisis sobre el significado y la operación de los distintos principios de selección de normas (pro persona, jerarquía, competencia, *lex* posterior, *lex specialis*…) ocupan la energía de muchas y muchos de les que nos preocupamos por los temas de interpretación y aplicación de la Constitución. En Europa, parte del trabajo se hizo después de la fundación de las Comunidades europeas, cuando se decantaron los principios de primacía, efecto directo y aplicabilidad directa, y se esclareció el impacto de las nuevas fuentes en los Estados federales o políticamente descentralizados. Pero los debates acerca de cómo articular las fuentes internacionales generales, las de la Unión Europea, las del sistema europeo de derechos humanos y las estatales e infra-estatales continúan absorbiendo una parte importante del trabajo académico en materia de derechos. En América Latina, por su parte, donde muchas constituciones se fundamentan en pactos políticos pluri-nacionales y acogen el pluralismo jurídico, la localización e identificación de las fuentes exige además construir modelos de relación entre ordenamientos estatales y no estatales (en particular, los propios de los pueblos, naciones y comunidades indígenas) que gozan de igualdad de status, y dentro de ciertos ámbitos competenciales, de preeminencia.

Todas estas tareas avanzan al impulso de la acción entrecruzada del poder judicial, la academia y, a veces, el legislador. Y todas ellas testimonian elocuente-

mente el contraste entre el derecho propio del estado legislativo y el derecho propio del estado constitucional, de configuración abierta hacia lo supraestatal, lo infraestatal, e incluso, horizontalmente, a lo paraestatal —como Pep Aguiló ha destacado en sus escritos, pasamos de entender el ordenamiento jurídico como algo «dado» a entender el ordenamiento jurídico como «problema», como algo que debe ser construido—. Todo ello otorga una centralidad enorme a la que yo llamo teoría y práctica jurídica «corriente arriba» o de «aguas altas», en comparación con las operaciones de «aguas medias» que estaban en el centro del enfoque acotado de la interpretación constitucional anteriormente reseñado.

En segundo lugar, nos ocupamos de lo que, primero en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y ahora en el del derecho constitucional, se ha venido llamando «*el desempaque de los derechos*». El desempaque de los derechos es la especificación de una serie de dimensiones que ayudan a hacer operativa la sustancia normativa de los derechos, con independencia de cuál sea la expectativa específica (el bien, el interés, la pretensión) que cada derecho en particular protege. Las disposiciones de los tratados sobre obligaciones generales de los Estados y la jurisprudencia de los Comités encargados de la garantía de tratados generales y específicos de derechos humanos ha dado lugar, como sabemos, a la confirmación de una canasta de conceptos que incluye: obligaciones estatales respecto de los derechos como, *inter alia*, las de respetar, proteger, garantizar y todas sus modalidades y especificaciones (investigación, sanción, reparación, no repetición, etc.); principios generales de interpretación de normas de derechos como, *inter alia*, los de universalidad, indivisibilidad, interdependencia, progresividad y no regresividad; y dimensiones institucionales de goce de los derechos como, inter alia, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Estas nociones nos facilitan la construcción de los contornos de la expectativa protegida por cada derecho, la especificación de qué cursos de acción u omisión son debidos para que la expectativa no quede frustrada, y la evaluación del grado de respeto a esa expectativa en los casos concretos. El uso de estas nociones tiene una centralidad enorme en la aplicación cotidiana de los derechos. En muchas ocasiones, se da justiciabilidad a los derechos sobre la base de lo que ellas permiten argumentar y reivindicar, sin necesidad de adelantar una indagación compleja acerca de la sustancia precisa de lo que el derecho protege. En lugar de emprender una delimitación de lo que ha sido y debe ser, a la luz de las altas normas, el derecho a la vivienda o a la salud o a la integridad personal, se puede examinar si en un caso dado las autoridades han hecho lo necesario al menos para no empeorar el goce conseguido del derecho, si tienen una política orientada a la densificación progresiva de las prestaciones de educación o salud, si aseguran la accesibilidad física y económica a la infraestructura y los servicios existentes, o si se ha legislado tomando en cuenta la indivisibilidad e interdependencia de los derechos. Tanto

los tribunales como la academia dedican gran parte de su tiempo y esfuerzo a la construcción y crítica de estas nociones y sus aplicaciones en casos concretos.

En tercer lugar, nos ocupamos de la *proporcionalidad:* de contrastar los fines y los medios de la acción pública y privada, del estudio de las razones, de la estructura de las cargas de prueba y justificación, y del modo en que los escrutinios deben o no cambiar ante ciertas variantes (autoridad pública versus persona física o jurídica privada; acción, omisión o acción insuficiente, etc.). Como los estudiosos del análisis de proporcionalidad han destacado, la verdad es que en la mayor parte de los ejercicios de jurisdicción lo que vemos no es una atormentada búsqueda del significado del texto mediante la aplicación de una mirada intencionalista, teleológica, funcionalista, sistemática o literal o textuallista —en los términos dictados por las teorías interpretativas de enfoque acotado— sino un encuadre prima facie de las distintas pretensiones bajo distintos derechos y bienes o intereses públicos, y el desarrollo de alguna variante del análisis de medios y fines tan ricamente habilitado por los entendimientos contemporáneos del escrutinio de proporcionalidad.

Finalmente, nos ocupamos, más que en cualquier momento anterior del vínculo entre *ratio decidendi* y los remedios y resolutivos, y de las modalidades «fuertes» o débiles o dialógicas de jurisdicción constitucional, crecientemente frecuentes en América Latina cuando el poder judicial confronta casos estructurales. Muy apropiadamente los sociólogos jurídicos de América Latina como César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco analizan las resoluciones judiciales como una composición de tres elementos (razonamiento jurídico, remedios y supervisión o monitoreo), y los tribunales, con la Corte Inter-Americana a la cabeza, prestan una atención enorme a la cuestión de las reparaciones y los mecanismos de no repetición. En Europa, esta dimensión de la jurisdicción de los derechos ha sido menos desarrollada, pero la llegada a las sentencias piloto a la Corte de Estrasburgo abre un camino que con toda seguridad llevará a transformaciones adicionales. En Sudáfrica, las sentencias hito de la segunda ola de litigio constitucional en materia de derechos sociales —como Olivia Road, Joe Slovo, Joseph o Blue Moonlight, por citar algunas de las más representativas— se decidieron bajo el paradigma de la «interacción significativa»; en su contexto, la Corte Constitucional de Sudáfrica renuncia a enunciar el contenido de los derechos y bienes u objetivos públicos en pugna e insta a las partes a encontrar una solución negociada y compartida, dentro de ciertos parámetros. Se trata ahora de una eclosión de la práctica de interpretación y aplicación de los derechos que yo propongo denominar teoría y práctica «corriente abajo» o de «aguas bajas» —de nuevo, en detrimento comparativo de las operaciones clásicas de interpretación—.

3

¿Qué está ocurriendo, entonces? Ciertamente, el derecho constitucional es siempre el estudio del «cómo»: la apuesta por los medios sobre los fines, la pretensión de asegurar que, sean cuales sean los objetivos sustantivos de la política democrática ordinaria, ciertas reglas y límites no pueden sobrepasarse. Pero en el ámbito específico del estudio de la interpretación y aplicación de la Constitución (en lo que concierne a los derechos fundamentales, al menos) hemos dado un giro. Hemos pasado del estudio del «cómo» relacionado con los métodos de asignación de significado a textos, al estudio del «cómo« relacionado con el quién o quiénes, en qué espacios, con qué gramática y en qué condiciones y entornos, interpretamos y aplicamos la Constitución.

El derecho procesal constitucional —preocupación central de estos Encuentros Iberoamericanos— y lo que me permitiré llamar el derecho estructural constitucional —el derecho constitucional de los procesos, de las estructuras, de los espacios, de lxs actorxs y de las dinámicas de intercambio de razones— ha tomado un protagonismo inusitado. Nos interesa el «entorno amplio» de la interpretación, versus el enfoque acotado de la interpretación que prevalecía antes, centrado en la asignación de significado. Ello ha conducido, por cierto, a una reconfiguración paralela de la comunidad epistémica que, desde la universidad y los centros de investigación, estudia el derecho constitucional y participa en su evolución. Si hace 30 años lxs constitucionalistas debatíamos sobre el significado de la Constitución con filósofxs y teóricxs del derecho, ahora nos sentamos con politólogxs, sociólogxs del derecho, antropólogxs jurídicxs, litigantes de interés público y, por descontado, con el poder judicial (eso no ha cambiado).

Los factores que están tras este giro hacia el «enfoque amplio» pueden describirse en paralelo a los que identificábamos como impulsores del «enfoque acotado»:

En primer lugar, *ya no nos sentimos obligados a centrarnos en lo que el constitucionalismo estadounidense encuentra interesante*. El derecho constitucional estadounidense es más marginal que nunca, y sus debates sobre interpretación (la perpetua controversia en torno al originalismo y sus variantes, el contraste con las aproximaciones de constitucionalismo vivo, los giros y variantes de las teorías de proceso político, etc.) no ofrecen mucha orientación en los debates que genera la interpretación de la Constitución en otros lados. Entre otras razones porque la Constitución de los Estados Unidos es hoy en día tremendamente atípica: es muy antigua y no se pronuncia sobre muchos de los temas que protagonizan hoy la controversia social y política; está redactada en términos muy abstractos y no cambia textualmente mediante reformas; no contiene derechos sociales; no es un

documento abierto al derecho internacional; y no explicita un modelo de protección judicial asimilable a los que se contemplan en las otras democracias constitucionales contemporáneas, por citar solo algunos de sus rasgos distintivos.

Las estructuras del conocimiento jurídico siguen infiltradas por asimetrías de poder, pero menos que antes. El sur global ha encontrado su lugar y las soluciones acogidas fuera de las democracias nordatlánticas son crecientemente evaluadas por sus propios méritos, no por la medida en que se alejan o acercan a prototipos modelados sobre la base de las experiencias de Estados Unidos y Europa occidental. Ya sabemos, por ejemplo, que el derecho de amparo y el control abstracto de constitucionalidad se inventaron en América Latina en el siglo XIX, y no en el constitucionalismo de posguerra (en el caso del amparo) o de la mano de Kelsen en la Constitución austríaca que hoy recordamos (en el caso del control abstracto). Hay trabajo teórico —pienso en el libro de Madhav Khosla sobre la Constitución de la India y en un artículo de Mila Versteeg y Emily Zackin sobre el excepcionalismo estadounidense en materia de cambio constitucional— que explica por qué las constituciones detalladas no son una excentricidad, y pueden tener todo el sentido del mundo en una democracia de nueva fundación. Tenemos estudios de constitucionalismo cuantitativo que muestran que aprobar reformas constitucionales con relativa frecuencia no es una anomalía… Todo ello propicia, como hemos visto, la aparición de nuevos temas y preocupaciones en materia de interpretación de la Constitución.

En segundo lugar, el giro lingüístico ha sido complementado o incluso desplazado por un interés por *otros elementos que influyen en el desarrollo de una práctica jurídica entendida como práctica justificativa***,** como parte de la razón práctica, en lo que viene a ser una profundización de las premisas de la teoría del discurso de Habermas. Desde hace un buen tiempo hay un enorme Interés, por ejemplo, en la política de la presencia y en su repercusión en la política de las ideas. Hay una preocupación por el quién, en qué términos y con qué lenguaje se debate sobre el significado y las implicaciones de la Constitución, y por en general por la justicia o injusticia de las estructuras y procedimientos de discusión. La aprobación en las pasadas décadas de legislación que garantiza cuotas de género, ahora sustituida en muchas leyes o constituciones de América Latina por políticas de paridad, y complementada incipientemente por políticas de presencia sobre la base de criterios distintos al género es testimonio de ello, como lo es la generalización de la consulta previa en casos ambientales y en casos de afectación a bienes e intereses centrales para los pueblos y comunidades indígenas.

En tercer lugar, la «normalización» del valor normativo directo de la constitución y los tratados ha permitido y en algunas ocasiones ha obligado a *prestar atención a los matices, a la variación y al pluralismo* (dentro de ciertos límites). El recurso al derecho comparado es habitual, tanto por motivos logísticos como jus-

tificativos; el entendimiento de que la interpretación es tarea colectiva y frecuentemente descentralizada se impone; la existencia de pluralismo jurídico fuerte dentro del paraguas constitucional transforma la interpretación del canon de los derechos y del principio de universalidad; el imperativo ecocéntrico promete todavía más reconfiguraciones… Estamos menos segurxs, en definitiva, de las recetas únicas —aunque ello sea aprovechado también por dirigentes y grupos de la sociedad civil que impulsan interpretaciones y administraciones iliberales o antidemocráticas de la constitución de los derechos—.

* * *

La indisputable evolución del debate académico sobre la interpretación constitucional nos permite decantar alguna conclusión y apuntar algún punto para el debate. Parece ser verdad que el derecho constitucional ha conseguido por fin ser importante en nuestras sociedades y tiene un grado de permeación grande en el juego social y jurídico cotidiano. Y parece ser verdad que el tipo de práctica jurídica constitucionalizada en la que estamos inmersos otorga a las cuestiones de procedimiento y arquitectura constitucional más importancia que nunca antes, en congruencia con la expansión del constitucionalismo multi-nivel y de la extensión de instancias de construcción de significado constitucional más participadas, más transparentes, menos unidimensionales y más procedimentalmente tamizadas.

Sin embargo, el giro procedimental en el debate y el trabajo académico sobre la interpretación de la Constitución puede llegar a ser un problema. Demasiados constitucionalistas (de los derechos) son ahora procesalistas constitucionales, de modo soterrado o abierto, consciente o inconsciente. Las cuestiones que protagonizan lo que aquí he llamado el «enfoque amplio» sobre la interpretación constitucional son tan fascinantes, y por supuesto tan relevantes, y hasta tan complejas en algunos casos, que absorben la atención y el esfuerzo crítico de la mayor parte de lxs juristas especializados en derechos fundamentales. El riesgo es, entonces, enamorarnos de las cuestiones de estructuras y procesos y olvidarnos de la identificación y propuesta de soluciones normativas específicas que contribuyan a los grandes debates sobre justicia social. Aunque las y los constitucionalistas no pueden aspirar a solucionar esos grandes debates, tienen una responsabilidad especial por aportar claridad e identificarlos, precisar sus aristas, crear conocimiento y potencia crítica en torno a ellos. La discusión de temas como la regulación de la libertad de expresión en los tiempos del populismo polarizador que desconoce el decoro que dan por descontado las teorías heredadas sobre la libertad de expresión de los gobernantes; los derechos sexuales y reproductivos frente a las reivindicaciones constitucionales de los movimientos religiosos; o la centralidad del derecho al agua y el derecho a la vivienda para millones de personas en escenarios marcados

por los estragos del cambio climático merecen las aportaciones continuas de los iuspublicistas del mundo.

No es que no haya juristas que se ocupan de estas cuestiones. Pero suelen ser profesionales y académicos súper especializados en los temas respectivos, que solo saben y construyen respecto de uno de estos temas. Ello puede ser problemático en un momento en que la Constitución no está precisamente marginada sino que es usada y frecuentemente desnaturalizada por actores políticos y sociales autoritarios e iliberales que disputan las interpretaciones liberal igualitarias que hace poco dábamos por sentadas —los autócratas legalistas de los que habla Kim Lane Scheppele—. Estas voces iliberales y antidemocráticas resultan además favorecidas por la permeabilidad y multiplicidad de las estructuras de discusión propias del constitucionalismo liberal y democrático. La gravedad misma de muchas de las cosas que ocurren en estos momentos hace tentador, no nos engañemos, resguardarse un poco del caos priorizando el ligeramente más confortable estudio de las estructuras y de los procedimientos. Pero es importante ver que todos y todas —desde la academia, la sociedad civil, la cultura, o las posiciones de poder, quienes las tengan—estamos llamados a hacer algo más.

CAPÍTULO VI
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA

PRESENTACIÓN

Néstor P. Sagüés
Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires

1. Introducción

El tema del control de convencionalidad interamericano es hoy uno de los puntos vitales del actual sistema de derechos humanos de la región. Lejos de ser una cuestión meramente doctrinaria o académica, es un punto de derecho positivo vigente, y por tanto, obligatorio para los estados. Algunos, al verlo —básicamente— producto de un derecho pretoriano (jurisprudencial), se autoengañan y lo evalúan como algo optativo o, en el mejor de los casos, una suerte de derecho persuasivo o *soft law.* Sin embargo, del hecho que en alguna muy relevante proporción sea de creación nomogenética pretoriana, fundamentalmente por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se desprende que carezca de compulsión y exigencia, y que no produzca responsabilidades internacionales para el Estado incumplidor.

Ahora bien: su génesis (fundamentalmente) jurisdiccional lo exhibe como un producto aluvional, elaborado a partir de casos decididos por la Corte Interamericana, o por opiniones consultivas de la misma, no de manera predeterminada y pulcra. Conformado entonces mediante esos dispositivos, no ha tenido un desarrollo lineal, sino mas bien zigzagueante, donde algunas decisiones sientan determinadas reglas y principios, y otras las amplían o retocan, no siempre con engarces perfectos. Por lo demás, la tarea no es completa ni acabada: de vez en cuando quedan flecos colgando, persisten agujeros negros y directrices que no encajan completamente entre sí. El derecho judicial es, en definitiva, flexible, revulsivo, ágil, pero no absolutamente armónico.

Con estas advertencias, es posible ya abrir el telón del control de convencionalidad latinoamericano. Veamos sus puntos fundamentales, conforme al esquema que desplegamos en nuestro opúsculo *Guía práctica de control latinoamericano*

de convencionalidad (Bogotá, 2021), edición de Fundación Konrad Adenauer y Tirant lo Blanch.

2. Objetivo

La jurisprudencia de la Corte Interamericana puntualiza (v. gr., *Gudiel Álvarez vs. Guatemala)* que tiene por meta remover los obstáculos de derecho interno (normas, prácticas, interpretaciones, omisiones) que afecten la funcionalidad del sistema internacional de derechos humanos. Es, pues, una herramienta operativa, funcional, destinada a domesticar estados renuentes o alzados frente a dicha tutela internacional.

3. Sujetos activos

La Corte Interamericana ha realizado muchas veces y por sí misma control de convencionalidad, por ejemplo reprimiendo normas locales contrarias al derecho internacional de los derechos humanos. Un caso paradigmático fue *La última tentación de Cristo,* donde el tribunal regional entendió que una cláusula de la Constitución de Chile implementaba una censura incompatible con la libertad de expresión consagrada por el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), o Pacto de San José de Costa Rica. Aparte de reputar inválida tal censura, reclamó al estado chileno la abolición de la regla constitucional involucrada, cosa que el mismo hizo.

Pero a partir de 2006, la Corte Interamericana reclamó a los operadores nacionales que ellos también practicaran control de convencionalidad (caso *Almonacid Arellano vs. Chile).* Comenzó refiriéndose a los jueces, pero más tarde (por ejemplo, *Rosendo Cantú vs. México,* 2010) involucró a todos los órganos del Estado, especialmente a los más vinculados con la administración de justicia, y dentro del marco de sus competencias, conforme igualmente con las prescripciones vigentes en materia de admisibilidad y procedencia. La Corte Interamericana presentó tal tarea como un deber, a realizarse de oficio (v. gr., *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú,* 2006*).*

4. «Manifestaciones» (sic) del control de convencionalidad

En la segunda sentencia pronunciada en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2013), la Corte Interamericana rediseñó el control de convencionalidad y distinguió sus

dos variantes esenciales, a las que llama «manifestaciones». Conviene seguir, por razones didácticas, el esquema que ella propone.

5. Primera manifestación. Existencia de cosa juzgada internacional

Aquí, el control de convencionalidad se presenta cuando un Estado ha sido condenado en un proceso seguido ante la Corte Interamericana. En el mismo, ha tenido oportunidad de defenderse, y por tanto, de ofrecer pruebas y de alegar. Ante la presencia de *res judicata*, la Corte Interamericana reclama control de convencionalidad en el sentido de que el fallo pronunciado sea cumplido *leal* e íntegramente por el Estado, y por los órganos involucrados en la condena.

El fundamento de este control de cumplimiento está explícitamente enunciado por los arts. 63, 67 y 68 de la CADH. El primero indica que si ella decide que un Estado ha violado un derecho, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce del mismo. El segundo, que el fallo del tribunal es definitivo e inapelable. El tercero, que los estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte, en todo caso en que sean partes. Sin embargo, el art. 65 contempla un dispositivo singular: si el Estado no cumple la sentencia de condena, el tribunal regional comunica tal hecho a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, con las recomendaciones pertinentes, por lo que la cuestión pasa, por tanto, del ámbito jurisdiccional al diplomático. Desde el punto de vista crítico, ello podría implicar una suerte de canal de evasión por parte de los estados, de no haber sanciones eficaces por parte de la aludida Asamblea General. Dicho art. 65, en términos de *realpolitik,* podría quizá explicarse (aunque no legitimarse), en que, de no existir, quizá los estados, en el ámbito de las realidades concretas, no habrían suscripto la CADH y por ende, no habrían aprobado la existencia misma de la Corte.

En diversas oportunidades algunos estados han sido explícitamente renuentes a cumplir sentencias de la Corte Interamericana (v. gr., Perú, Venezuela, Argentina), con distintos resultados, que han incluido el retiro del sistema interamericano (Venezuela). En 2017, la Corte Suprema Argentina (caso *Fontevecchia y D'Amico*) se negó parcialmente a efectivizar un fallo del tribunal regional, argumentando normas constitucionales locales y exceso de la competencia por parte de la Corte Interamericana. Esta respondió que un Estado no podía alegar normas de derecho interno para eximirse del cumplimiento de sus compromisos internacionales, y que el juez de las competencias del tribunal regional era él mismo, y no la Corte argentina. El conflicto se resolvió dialógicamente, mediante una fórmula arbitrada por los dos tribunales en cuestión.

6. Segunda manifestación. Presencia de «cosa interpretada»

Esta variable del control de convencionalidad obliga a operadores de los estados (en particular, a los judiciales) a aplicar por sí mismos la CADH y demás instrumentos en materia de derechos humanos ratificados por un país, y a seguir la interpretación adoptada por la Corte Interamericana en un caso (u opinión consultiva) anterior al que tienen ahora que atender. No hay, en tales supuestos, cosa juzgada contra el Estado. Sin embargo, y creativamente, la Corte regional demanda que los operadores locales apliquen su exégesis de la CADH o del instrumento que deban efectivizar en el nuevo expediente. Aquí, entonces, hay «cosa interpretada» (*res interpretata)*.

Desde luego, esta importante exigencia del tribunal regional presenta dudas, porque no aparece explícitamente fundada en el texto de la CADH (el art. 68, hemos visto, solamente dice que los estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte «en todo caso en que sean partes»). La Corte ha invocado, al respecto, los principios de *pacta sunt servanda,* de la *bona fide* en el cumplimiento de las obligaciones internacionales y del *efecto útil (effet utile)* de los tratados (el que demanda que las naciones adopten todas las medidas de derecho interno para satisfacer aquellas obligaciones). No obstante, todos estos principios parten de la preexistencia de un compromiso del Estado para honrar una obligación que, como señalamos, no emerge nítidamente de la CADH.

La Corte Interamericana ha sumado una cuarta y decisiva argumentación: su condición de intérprete final y suprema de la CADH. Es una alegación de autoridad, poco simpática pero muy concluyente (vienen a la memoria las palabras de Hans Kelsen, en el sentido de que todo lo que decida un máximo tribunal constitucional es formalmente constitucional, por mas que fuese inconstitucional). Y al respecto, no puede olvidarse que de vez en cuando, cortes supremas han alterado regímenes de control de constitucionalidad ampliándolos en su favor, como lo retrata —por ejemplo— el caso *Cooper vs. Aaron* (1958)*,* oportunidad en que la Suprema Corte estadounidense subraya que sus decisiones interpretativas deben ser seguidas por los tribunales inferiores en casos futuros, por más que ningún artículo de la constitución federal así lo haya establecido. Estas tesis son, en definitiva, *interpretaciones mutativas por adición,* en las que el texto de una norma (constitucional o convencional) es dejado incólume, pero su contenido normativo resulta restringido o, como en el caso que vemos, ampliado. En el supuesto del control de convencionalidad, en su segunda «manifestación», dicha exégesis aditiva practicada por la Corte Interamericana (en algunos aspectos, como advertimos, similar al caso norteamericano) ha encontrado legitimación en la necesidad de consolidar la solidez de la propia Corte y del sistema interamericano de derechos

humanos; y por otro lado, el sociológico, ha logrado seguimiento, por ella misma y por la mayoría de los tribunales nacionales, con lo que, en definitiva, tiende a perfilarse ahora como una regla de derecho consuetudinario convencional.

Algunos autores, no obstante, siguen alegando (bien que con menguada frecuencia), que la segunda manifestación del control de convencionalidad es, paradojalmente, inconvencional, por alterar el sistema contemplado inicialmente por la CADH.

7. Variables de la segunda manifestación. Controles destructivo y constructivo de convencionalidad

En el segmento de la «cosa interpretada» existen dos modalidades diferentes de actuación.

7.1. **Control «destructivo» o «represivo»:** instaurado a partir de *Almonacid Arellano vs. Chile,* y completado enseguida por *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú,* ambos de 2006, esta variante impone —de oficio— a los operadores nacionales que no apliquen las normas o sus interpretaciones y prácticas locales opuestas al derecho internacional de los derechos humanos (en particular, la CADH) y a la doctrina sentada por la Corte Interamericana. Esta última deja en buena medida al margen de apreciación nacional de cada Estado el método para lograr tal inaplicación, aunque algunas veces (caso *Mendoza vs. Argentina,* v. gr.), demanda más enérgicamente la derogación legislativa de la regla local invalidada.

Todo ello fomenta un control de convencionalidad judicial, legislativo y ejecutivo, cada uno, cabe repetirlo según doctrina de la Corte regional, en el marco de sus competencias y según las pautas de admisibilidad y procedencia vigentes. En situaciones límite, ello plantea el interrogante de si el Poder Ejecutivo pudiera negarse a cumplir leyes, argumentando su inconvencionalidad. La repuesta dependerá del régimen de cada país, v. gr., por analogía, si permite o no tal posibilidad (generalmente negada), ante la presencia de leyes inconstitucionales. Por su parte, el control legisferante de convencionalidad (incluso el constituyente), obliga a no sancionar normas inconvencionales, y a modificar o también abolir las vigentes que padezcan de ese defecto. Respecto del control judicial, un punto discutido y con experiencias disímiles versa sobre pueden practicarlo todos los jueces (control difuso) o solamente los potenciados por el derecho local para realizar control de constitucionalidad (control selectivo).

En el control destructivo o negativo de convencionalidad, el operador compara por un lado lo que podríamos llamar «material controlante» (convenciones sobre derechos humanos ratificadas por un Estado, principiado por la CADH,

con más las interpretaciones de la Corte Interamericana), que goza así de una suerte de «supremacía convencional» —como la denomina Eduardo Ferrer Mac-Gregor—, y por otro, el «material controlado» (normas, interpretaciones, actos, prácticas y omisiones) de un Estado. En caso de existir colisión, inaplica o remedia el material controlado infractor.

7.2. **Control «constructivo» o «positivo».** Propuesto por la Corte Interamericana a partir de *Radilla Pacheco vs. México* (2009), este método está basado en la doctrina de la «interpretación conforme» sentada en el ámbito del control de constitucionalidad, y aconseja que antes de intentar el control destructivo de convencionalidad, el operador nacional procure rescatar una norma local, aparentemente opuesta al sistema internacional de los derechos humanos, mediante una lectura compatibilizadora de ese precepto con dicho derecho internacional y la doctrina interpretativa de la Corte Interamericana.

Para lograr esa meta, el operador puede recurrir a varias tácticas. Una de ellas, quizá la más frecuente, es la de *selección de interpretaciones:* el operador escoge, entre las posibles exégesis de la regla sospechosa de inconvencionalidad, una que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina explicada por la Corte Interamericana, la utiliza, y desecha las versiones que fueren incompatibles. Se maneja, entonces, con *interpretaciones convencionales* de la norma nacional, y descarta sus posibles *interpretaciones inconvencionales*.

Otra táctica, más audaz, y desde luego más activista y creativa, es la de *construcción de interpretaciones,* para lo cual el operador nacional se vale de la *interpretación mutativa* (que es aquella, según ya advertimos, que deja intacto el texto de una norma, pero altera su contenido normativo). Al respecto, existen interpretaciones mutativas «por adición», cuando se le incorpora al contenido de una regla un elemento que ella inicialmente no tenía, para hacerla coincidir con una directriz, v. gr., de la CADH; interpretaciones mutativas «por sustracción» (en las que se resta algo al contenido normativo inicial: v. gr., si se lee, respecto de las facultades del poder legislativo para dictar amnistías, la salvedad de que no son viables en cuanto delitos de lesa humanidad), e interpretaciones mutativas «mixtas», también llamadas «sustitutivas». En cualquiera de estos supuestos, el operador hace control de convencionalidad cambiando en algo el contenido normativo de la regla local, no por capricho ni mero criterio de perfeccionamiento, sino para amoldarla o reciclarla con el derecho internacional de los derechos humanos.

Cualquiera de estas gestiones demanda en el operador una buena dosis de imaginación, activismo y perspicacia en la construcción de la respuesta jurídica que elabora. En el orden de las realidades, cabe reconocer que no siempre los operadores están entrenados para ello, y que no todos conocen los vericuetos de la «interpretación conforme».

El control constructivo o positivo es esencialmente *difuso* entre todos los órganos estatales, ya que ninguno, cuando aplica el derecho local, podría negarse a hacerlo funcionar según las pautas que hemos llamado «material controlante» en el parágrafo anterior. Además, en dicho control constructivo el operador local no inaplica normas o conductas, sino que las moldea en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos. En otras palabras, no destruye ni inhibe, sino que recicla.

8. Conclusión: hacia el Estado constitucional y convencional de derecho, y la constitución convencionalizada

Un control de convencionalidad cada vez más intenso y complejo, represivo y constructivo, produce consecuencias muy significativas. Una versa sobre el tipo mismo de Estado, que de simplemente constitucional de derecho, pasa a ser concomitantemente «convencional» de derecho. Las soluciones solamente constitucionales son ya, en ese contexto, insuficientes, como lo puntualiza la Corte Interamericana en *Boyce vs. Barbados* (2007).

A su turno, la constitución nacional se metamorfosea en lo que hemos llamado «constitución convencionalizada»: una constitución adaptada al derecho internacional de los derechos humanos, con estas características: algunos de sus tramos quedan bloqueados o desactivados, si son irremediablemente incompatibles con esas fuentes internacionales; otros permanecen iguales, de no mediar dicha incompatibilidad. Y un tercer grupo de cláusulas son *conformadas,* mediante selección de interpretaciones y construcción de interpretaciones compatibilizadoras entre el derecho interno y el internacional de los derechos humanos. A su turno, la vital idea de supremacía constitucional persiste, pero fundamentalmente *in suo ordine,* esto es, el ámbito interno, no en lo que hace al derecho internacional predicho, ya que el tema derechos humanos hace hoy al corazón mismo del bien común internacional.

EL CONTROL INTERNACIONAL DEL CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD

Carlos Ayala Corao
Vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas

Los tribunales de Derecho interno tienen la obligación de hacer un control de la conformidad de su ordenamiento jurídico interno con la CADH sobre Derechos Humanos (CADH o Convención Americana), a la luz de las interpretaciones hechas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)[1]. Ahora bien, no siempre la CADH tiene una solución expresa y clara como en el caso de la prohibición de la censura previa de espectáculos públicos[2]; o la jurisprudencia de la Corte IDH, como es el caso de la prohibición de las amnistías en casos de violaciones graves a los derechos humanos[3]. Por lo cual, en otros casos menos claros, el operador jurídico nacional debe llevar a cabo una labor de interpretación de la CADH a partir de las pautas elaboradas por la Corte IDH en su jurisprudencia, con base en los principios pro-persona, progresividad y evolución. Así, por ejemplo, en materia de restricciones a los derechos humanos, la línea jurisprudencial de la Corte ha sido utilizar de manera consistente un test tripartito para su examen, consistente en: (1) la legalidad; (2) fines legítimos; y (3) idoneidad, necesidad y proporcionalidad[4].

---

[1] La doctrina del «control de convencionalidad» fue establecida formalmente y con ese *nomen iuris* por la Corte IDH, en la sentencia del *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Sobre la materia, ver lo expuesto en Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de la Convencionalidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Arte y Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012 y en Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2013.

[2] 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.

[3] Línea jurisprudencial a partir de Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

[4] *Vgr.*, Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107 y *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

El asunto relativo a la interpretación constitucional y convencional de las restricciones aceptables a al derecho político a ser electo en condiciones de igualdad en una sociedad democrática (art. 23, CADH), había sido tempranamente objeto de decisiones judiciales por algunas de las altas jurisdicciones nacionales, en las cuales se había afirmado su compatibilidad con distintas modalidades constitucionales de limitación a la reelección. En este sentido, el tema había sido tempranamente tratado de manera correcta, mediante los precedentes sentados por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala en sentencia del 12 de octubre de 1990 confirmada mediante sentencia del 19 de octubre de 1990 y por la Corte Suprema de Argentina en sentencia de 6 de octubre de 1994. Asimismo, la CIDH había tenido oportunidad de pronunciarse, validando estas restricciones como conformes con la CADH. Estos precedentes van a ser retomados con posterioridad por las altas cortes de Colombia, Ecuador y Perú. No obstante, las altas cortes de Nicaragua, Honduras y Bolivia decidieron adoptar una interpretación abusiva diametralmente opuesta, afirmando la existencia de un supuesto derecho político absoluto en la CADH a la reelección ilimitada, para con ello dejar sin efecto las restricciones constitucionales a la reelección presidencial.

Como veremos a continuación, los casos en los cuales se ha llevado cabo ese control abusivo o fraudulento de la convencionalidad han ocurrido normalmente en regímenes políticos donde la separación de poderes no estaba plenamente garantizada, donde la independencia las altas cortes o tribunales del poder ejecutivo ha estado seriamente cuestionada, y donde, en definitiva, se ha tratado de beneficiar al presidente de la república en ejercicio, para «validar» formalmente su —nueva— reelección de manera ilimitada o indefinida, a pesar estar prohibida por la Constitución. En todos estos casos, se ha pretendido modificar la Constitución mediante una vía inconstitucional de sentencias, y no mediante los procedimientos de enmiendas o reformas constitucionales.

I. Casos de control de la convencionalidad en el Derecho interno

1. Guatemala: un buen comienzo seguido de un gran traspié

Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 12 de octubre de 1990 denegó el amparo solicitado, concluyendo que Ríos Montt no era elegible y por tanto no podía ser candidato, por encontrarse bajo la situación prevista en el citado artículo 186.a de la Constitución. En dicho fallo, *la Corte Suprema afirmó la preeminencia de la Convención Americana en el Derecho interno y la compatibilidad*

de la norma constitucional (artículo 186.a) con el artículo 23 de dicha Convención, dado que este último admite limitaciones[5].

Por su lado, la Corte de Constitucionalidad dictó seguidamente su sentencia el 19 de octubre de 1990 declarando sin lugar la apelación contra dicho fallo y por ende el amparo planteado, confirmando así en esencia la decisión de la Corte Suprema.

Estas interpretaciones judiciales del Derecho interno fueron validadas posteriormente por la CIDH, con ocasión de su decisión del caso *José Efraín Ríos Montt vs Guatemala*. En efecto, este caso fue posteriormente planteado el 4 de marzo de 1991 por el propio Ríos Montt ante la CIDH, la cual adoptó su decisión final mediante el Informe No. 30/93 de 12 de octubre de 1993[6], concluyendo que los hechos examinados no constituyen una violación a los derechos reconocidos por la CADH.

A pesar de lo dispuesto expresamente en la Constitución de Guatemala en sus artículos 186 y 187, de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad y de la decisión de la CIDH en 1993, en el año 2003 la Corte de Constitucionalidad revirtió su criterio anterior para permitir la inscripción de la candidatura presidencial de Efraín Ríos Montt.

2. Costa Rica: un antecedente aislado fuera del contexto autoritario

El caso de Costa Rica es un antecedente aislado, ya que se dio fuera del contexto autoritario, en un país con niveles de democracia, Estado de Derecho e independencia judicial por encima de la media latinoamericana.

La Constitución costarricense de 1949, contenía una limitación de naturaleza relativa y temporal (no absoluta) para la nueva elección o reelección de los ex presidentes de la república, durante los ocho años posteriores a su mandato presidencial. Es decir, un expresidente no podía volver a ser electo presidente dentro de los ocho años siguientes al término de su mandato. Veinte años más tarde, en 1969, esta norma constitucional fue reformada para introducir en su lugar, la prohibición absoluta de una nueva elección o reelección de quienes hubiesen ejercido la presidencia de la república.

---

[5] Sentencias citadas en CIDH, Informe No. 30/93 de 12 de octubre de 1993, caso No. 10.804, *José Efraín Ríos Montt vs Guatemala,* párrs. 13 y 14, disponible en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.guatemala10.804.htm

[6] CIDH. Informe No. 30/93 de 12 de octubre de 1993, caso No.10.804, *José Efraín Ríos Montt vs Guatemala,* cit. Debemos observar, que el informe de la CIDH concluyó declarando la «inadmisibilidad», cuando en realidad ha debido concluir declarando la «improcedencia» por razones de fondo, ya que el análisis contenido en esta decisión se refiere a los méritos del caso: la ausencia de violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana. Por ello, conforme al artículo 50 de la Convención Americana, la CIDH ha debido emitir jurídicamente un «informe de fondo» y no un «informe de inadmisibilidad».

El 4 de abril de 2003 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica decidió dos acciones de inconstitucionalidad acumuladas, mediante las cuales se impugnó esta reforma del artículo 132 numeral 1) de la Constitución de 1949 (realizada en 1969), por estimar que contenía: (i) vicios formales, relativos al procedimiento de reforma; y (ii) vicios materiales, al haberse suprimido el derecho a la reelección presidencial como derecho político consagrado en la CADH, mediante una reforma parcial de la Constitución realizada de manera incompetente por la Asamblea Legislativa, a un derecho originalmente concedido por el poder originario constituyente[7].

La sentencia de la Sala Constitucional costarricense se fundamentó en la naturaleza del derecho a la participación política, y en concreto, en el derecho humano a votar y ser electo, reconocido en el artículo 23 de la CADH. Conforme a la sentencia, este derecho únicamente puede ser restringido o limitado por las causales taxativas dispuestas en dicha norma convencional (23.2). Por lo cual, la reforma de 1969 mediante la cual se introdujo la prohibición absoluta de reelección presidencial, habría restringido el derecho ciudadano a la elección libre de sus gobernantes en violación a la CADH.

3. Casos de controles fraudulentos de la convencionalidad

En los casos de Nicaragua (2009), Honduras (2015) y Bolivia (2019), se trata de interpretaciones abusivas de la CADH realizadas por sus altos tribunales (cortes supremas de justicia o tribunales constitucionales), para perpetrar por esa vía de manera ilegítima cambios a los límites constitucionales expresos a la reelección de los presidentes de la república. Son tres casos que tienen en común regímenes con rasgos autoritarios, ya sea con falta de independencia de la justicia (Nicaragua y Bolivia) o al menos de un control preponderante del poder ejecutivo sobre los tribunales (Honduras). En estos casos no se trató de ejercicios abstractos, sino en concreto de operaciones que tuvieron por propósito, mantener al presidente en ejercicio en el poder de manera ilimitada.

A. *Nicaragua: el personalismo absolutista*

En el año 2009, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declaró «inaplicables» los artículos 147 y 148 de la Constitución, los

[7] Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Resolución Nº 02771 — 2003, *Acción de inconstitucionalidad*, expediente 02-005494-0007-CO, 4 de abril de 2003, disponible en: https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-236027

cuales prohibían la reelección continua de los cargos de Presidente, Vicepresidente, Alcalde y Vicealcalde. Así, mediante esta sentencia de la Sala Constitucional de Nicaragua, se permitió la reelección inmediata e ilimitada del Presidente Daniel Ortega, que estaba expresamente prohibida por la Constitución vigente.

Luego un proceso de amparo que duró tan solo tres (3) días, declaró la «inaplicabilidad» del artículo 147 de la Constitución, con base en el cual se había rechazado la candidatura del Presidente Daniel Ortega. El argumento utilizado fue que esta prohibición constitucional violaba su derecho —y de los alcaldes que lo acompañaron— a ser candidato a la presidencia en condiciones de igualdad para ejercer su derecho político a ser electo, conforme a la CADH.

Por supuesto, habiendo favorecido al presidente en ejercicio, esta destrucción constitucional permitió en adelante la reelección indefinida de Daniel Ortega, con consecuencias graves predecibles para la democracia, el Estado de Derecho y la democracia en Nicaragua.

B. *Honduras: idas y vueltas autoritarias*

En el año 2015 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, dictó una sentencia mediante la cual modificó la prohibición constitucional de reelección del Presidente de la República.

Habiendo fracasado ese primer intento, en el año 2015 se utilizó la vía judicial para modificar la norma constitucional relativa a la prohibición absoluta de reelección del presidente de la república, siguiendo otros ejemplos regionales —en especial el antes citado de Nicaragua—. Para ello, se plantearon ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dos acciones de inconstitucionalidad: la primera, por un grupo de diputados contra los artículos 239 y 42.5 de la Constitución, y contra el artículo 330 del Código Penal, que prohibían la reelección; y la segunda, por el ex Presidente de la República, Rafael Leonardo Callejas Romero, para que se declarase la inaplicabilidad del artículo 239 de la Constitución que prohibía la reelección presidencial. Las acciones se fundamentaron en que la prohibición constitucional de reelección presidencial violaba derechos y garantías como la libertad de expresión, el debido proceso, el derecho a la igualdad, el derecho a ser electo y a la libre representación, a la libre participación en condiciones de igualdad garantizados en la Constitución, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Mediante sentencia de 22 de abril de 2015, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la Corte Suprema de Justicia declaró la «inaplicabilidad» de las normas constitucionales que prohíben la reelección presidencial: el mencionado artículo 239, y los artículos 4 (último párrafo) 42.5 y 374 (parcial). De esta

forma, la Corte Suprema resolvió las dos acciones de inconstitucionalidad, modificando indebidamente la Constitución de Honduras para viabilizar la reelección presidencial indefinida o ilimitada.

Para el momento que se dictó, en 2015, era Presidente de la República, Juan Orlando Hernández Alvarado, cuyo mandato único había comenzado en enero de 2014 y terminaba en enero de 2018. Varios de los diputados recurrentes y el ex Presidente de la República, Rafael Leonardo Callejas Romero, eran miembros del mismo partido político (Partido Nacional) del Presidente Hernández Alvarado. Al final, gracias a la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de 2015, el entonces Presidente de la República, Juan Orlando Hernández Alvarado, se presentó como candidato a la reelección en las elecciones que tuvieron lugar el 26 Noviembre de 2017, en las que fue declarado ganador por un estrecho margen (0.5%), a pesar haber sido objeto de varias denuncias y de observaciones por parte de la Misión de la OEA.

C. *Bolivia: el intento de sucesión personal*

La Constitución de Bolivia de 2009 establece la posibilidad de la reelección inmediata del presidente de la república por un sólo período adicional («por una sola vez de manera continua») (art. 168).

Así, Evo Morales fue reelecto para un segundo período presidencial de 2010 a 2015 (supuestamente el primer período bajo la nueva Constitución); y de nuevo fue reelecto para un tercer período presidencial de 2015 a 2019 (supuestamente el segundo período bajo la nueva Constitución).

Ante la derrota popular del referéndum propuesto para reformar la constitución, el entonces Presidente Evo Morales buscó habilitarse como candidato para un nuevo período presidencial consecutivo, irregularmente mediante un *recurso de inconstitucionalidad* promovido por su partido contra la limitación constitucional contenida en el artículo 168 del Texto Fundamental.

Como consecuencia de ese recurso, el Tribunal Constitucional Plurinacional dictó la sentencia SCP 0084/2017 que habilitó la reelección indefinida del Presidente y Vicepresidente de Estado, argumentando que se trataba de proteger el derecho humano no limitable a ser candidato, bajo el artículo 23 de la CADH.

Entre los argumentos relevantes invocados en la sentencia del Tribunal Constitucional para descartar la aplicación de las normas de su propia Constitución relativas a la limitación de la reelección presidencial —y de otras autoridades—, destaca el relativo a la lectura gramatical de las causales mencionadas en el artículo 23.2 de la CADH para la reglamentación de los derechos políticos mediante ley (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o

condena, por juez competente, en proceso penal):

4. El caso especial de Ecuador: idas autoritarias y vueltas democráticas

En el caso de Ecuador es interesante, ya que durante el gobierno de Rafael Correa la intervención de la Corte Constitucional se llevó a cabo para «validar» en el año 2014 la enmienda constitucional propuesta para establecer la reelección ilimitada del presidente de la república. No obstante, posteriormente, en el año 2018 durante el gobierno de Lenin Moreno, esta enmienda fue recogida mediante una modificación formal de la Constitución, para regresar a la norma constitucional original que limitaba la reelección presidencial por una sola vez.

La enmienda había sido avalada y declarada «constitucional» previamente por la Corte Constitucional de Ecuador, en un procedimiento de control previo al referéndum de enmienda constitucional, mediante la sentencia («dictamen») No. 001-14— RC de 31 de octubre de 2014[8].

5. La solución correcta: la fidelidad a la Constitución y a la Convención

Los casos de Argentina (1994), Colombia (2010), República Dominicana (2015) y Perú (2018), representan países con democracias y Estados de Derecho con independencia judicial en sus altas jurisdicciones, en los cuales el mismo tema de los límites a la reelección presidencial se ha planteado ante sus tribunales o jurisdicciones constitucionales, con un resultado diferente. En estos casos, las decisiones judiciales han confirmado la tesis de que las limitaciones a la reelección presidencial no violan el derecho político a elegir y ser electo consagrado en el artículo 23 de la CADH, por lo que, no ha lugar a un supuesto derecho supranacional absoluto a la reelección. De esta forma, a través de una interpretación razonable, contextual y teleológica han afirmado la justificación de los límites a la reelección presidencial, basada en criterios de lealtad a la Constitución y a la CADH, tales como (i) la necesidad de respetar los procedimientos de reforma formal de la constitución, por los medios previstos en ella; (ii) la prevalencia de los principios superiores del ordenamiento constitucional y la democracia como es la «alternan-

[8] Corte Constitucional de Ecuador, Dictamen 001-14-DRC-CC, 31 de octubre de 2014, disponible en: http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-14-DRC-CC y en https://especiales.elcomercio.com/documentos/2014/11/Sentencia_Corte.pdf

cia» en el poder y sus garantías; y (iii) la garantía del derecho a la igualdad del sufragio activo y pasivo, es decir, del derecho a elegir y ser electo en condiciones de igualdad.

II. Antecedentes y precedentes del sistema interamericano

Para el momento en el que se produjeron las sentencias abusivas de los tribunales de Honduras, Nicaragua y Bolivia sobre el supuesto control de convencionalidad interno de las normas constitucionales sobre reelección presidencial, no existía —ni podría existir— ningún precedente interpretativo de la Corte IDH que hubiese establecido que el derecho político a votar y a ser electo reconocido en el artículo 23 de la CADH, contiene un derecho a la reelección ilimitada o absoluta de los gobernantes. Por el contrario, el único caso donde se planteó expresamente el tema de la violación del artículo 23 de la CADH por las disposiciones constitucionales que prohíben la reelección presidencial, fue declarado improcedente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana o CIDH). Por otro lado, los precedentes interpretativos de la Corte IDH que ya existían sobre los límites aceptables a los derechos

Para el momento en que los altos tribunales de Honduras, Bolivia y Nicaragua adoptaron las decisiones, arriba analizadas, sobre la supuesta inconvencionalidad de las normas constitucionales que limitan la reelección presidencial, la CIDH ya había decidido años antes un caso relativo precisamente a la interpretación de la posible violación de la CADH por las normas constitucionales que establecen causales o modalidades de restricción o prohibición de elección o relección de presidentes de la república.

A. La CIDH: el caso *Ríos Mont Vs Guatemala*

Como vimos antes, el caso se refiere al dictador Efraín Ríos Montt ex gobernante de facto de Guatemala entre 1982 y 1983, quien llegó al poder a través de un golpe de Estado. La Constitución de Guatemala de 1985, siguiendo expresamente lo establecido anteriormente en la Constitución de 1965[9], dispuso en el artículo 186 literal a., la inelegibilidad para la presidencia de la república de los jefes de un golpe de estado, de quienes hayan ejercido la presidencia o vicepresidencia en el período presidencial en que se celebren las elecciones, y en general, la

[9] Ver, Constitución de la República de Guatemala de 1965, artículos 183 y 184, disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2210/26.pdf

prohibición de reelección de los presidentes de la república incluso por elección popular.

Ríos Montt pretendió postularse como candidato a las elecciones presidenciales de Guatemala de 1990, pero su candidatura no fue aceptada por las autoridades electorales en virtud de la disposición constitucional arriba citada. Contra esta decisión de las autoridades electorales, Ríos Montt ejerció un amparo y la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 12 de octubre de 1990 denegó el amparo solicitado, concluyendo que Ríos Montt no era elegible y por tanto no podía ser candidato, por encontrarse bajo la situación prevista en el citado artículo 186 a. de la Constitución.

CIDH, con ocasión de su decisión del caso *José Efraín Ríos Montt vs Guatemala*. En efecto, el caso fue planteado por el propio Ríos Montt el 4 de marzo de 1991 ante la CIDH, la cual adoptó su decisión final mediante el Informe No. 30/93 de 12 de octubre de 1993[10], concluyendo que los hechos examinados no constituyen una violación a los derechos reconocidos por la CADH. Con relación a la denuncia de discriminación por la prohibición constitucional de elección y reelección, y su posible violación de los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH, la CIDH afirmó que la interpretación debe analizarse «de acuerdo a las circunstancias del caso y las concepciones jurídicas prevalecientes en el período histórico», para lo cual, tras hacer una inusual referencia al «margen de apreciación», de inmediato aseveró que éste debe ser utilizado con «carácter restrictivo» y dirigido al refuerzo del sistema y sus objetivos[11]. En este sentido, la CIDH utilizando una técnica similar a la de su entonces par, la Comisión Europea de Derechos Humanos (y hoy en día el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), llevó a cabo un ejercicio de comparación y análisis de las condiciones de inelegibilidad en la legislación constitucional latinoamericana, para determinar el posible carácter discriminatorio de la inelegibilidad constitucional de Ríos Montt.

En su análisis, la Comisión Interamericana constató que en diversas constituciones latinoamericanas se establece la prohibición de reelección presidencial de manera temporal o permanente (incluso de por vida), con fines legítimos como evitar el nepotismo en el poder ejecutivo o en otros poderes del Estado, evitar conflictos de intereses, lograr la efectividad de las elecciones o la autenticidad de éstas.

[10] CIDH. Informe No. 30/93 de 12 de octubre de 1993, caso No.10.804, *José Efraín Ríos Montt vs Guatemala,* cit. Debemos observar, que el informe de la CIDH concluyó declarando la «inadmisibilidad», cuando en realidad ha debido concluir declarando la «improcedencia» por razones de fondo, ya que el análisis contenido en esta decisión se refiere a los méritos del caso: la ausencia de violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana. Por ello, conforme al artículo 50 de la Convención Americana, la CIDH ha debido emitir jurídicamente un «informe de fondo» y no un «informe de inadmisibilidad».

[11] CIDH. Informe No. 30/93 de 12 de octubre de 1993, caso No. 10.804, *José Efraín Ríos Montt vs Guatemala,* cit., párr. 31.

Finalmente, con relación a la dimensión del sufragio activo, es decir, el derecho de elegir, la CIDH consideró que la prohibición de reelección tampoco configuraba una violación del artículo 23 de la CADH en relación con los electores, en virtud de que dicha restricción —que declara implícitamente proporcional—.

B. Los criterios interpretativos preexistentes de la Corte IDH sobre las restricciones aceptables

La Corte IDH ha tenido oportunidad de conocer varios casos que involucran denuncias de violación de los derechos políticos, en concreto, del derecho de elegir (votar) y ser elegido, reconocido en el artículo 23 de la CADH:

Si bien a través de su jurisdicción contenciosa, la Corte IDH no ha conocido aún de casos específicamente relativos a las limitaciones a la reelección de los presidentes de la república o de otras autoridades electas, sí ha conocido casos en los cuales ha requerido desarrollar el test y los estándares relativos a las limitaciones aceptables a los derechos políticos a votar y ser elegido. Estos casos son fundamentalmente: *Yatama Vs. Nicaragua; Castañeda Gutman Vs. México; San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela; López Lone y otros Vs. Honduras; López Mendoza Vs. Venezuela; Reverón Trujillo Vs. Venezuela; Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador; Chitay Nechy otros Vs. Guatemala; Caso Argüelles y otros Vs. Argentina*.

La Corte IDH ha establecido que salvo unos pocos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia —como la prohibición de tortura—, los derechos humanos en general están sujetos a regulaciones y restricciones, dentro de ciertos límites.

De allí que la Corte IDH haya hecho énfasis en la necesidad de interpretar los derechos políticos en el contexto de una sociedad democrática y el pluralismo político, ya que, «[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte», y constituye «un principio reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano»[12].

Más adelante la Corte IDH haya afirmado, que si bien los derechos políticos pueden estar sometidos a las regulaciones, restricciones o limitaciones que establezcan los Estados, éstas no pueden ser discrecionales, ya que están limitadas por el Derecho internacional, el cual exige el cumplimiento de «determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana»[13].

[12] Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *sent. cit.*, párr. 192.

[13] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México,* sent. cit., párr. 174.

En ese sentido, la reglamentación de las restricciones o limitaciones de los derechos políticos debe cumplir con un test cuidadosamente elaborado por la Corte IDH, compuesto por los requisitos de (i) legalidad, (ii) finalidad legítima, y (iii) necesidad, proporcionalidad, y razonabilidad, de acuerdo a los principios de la democracia representativa[14].

Al evaluar los conceptos de necesidad social imperiosa o interés público imperativo, la Corte IDH ha validado la referencia a la necesidad de asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones[15]. En ese sentido, la Corte IDH ha establecido que los derechos políticos están sujetos a las regulaciones, limitaciones y restricciones que sean idóneas, siempre que sean compatibles con la CADH. Para ello, los Estados deben organizar su sistemas políticos y electorales de manera que hagan posible el ejercicio de los derechos políticos, bajo las restricciones legales, legítimas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática.

En efecto, en el diseño de un sistema político y un sistema electoral, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que «van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención»[16]. De allí que el artículo 23 de la CADH debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica, de modo que «no es posible dejar de lado el párrafo 1 de dicho artículo e interpretar el párrafo 2 de manera aislada»; así como tampoco es posible ignorar el resto de los preceptos de la Convención o los principios básicos que «la inspiran para interpretar dicha norma»[17]. En consecuencia, los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando «sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa»[18].

De esta forma, la Corte IDH ha establecido la interpretación autorizada del término «exclusivamente» del artículo 23.2 de la CADH y la obligación de los Estados de garantizar los derechos políticos. En ese sentido, la Corte ha recordando además, que el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término «oportunidades». Esto último, en criterio de la Corte, implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Así, como lo ha señalado ese Tribunal, es «indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los

[14] Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, sent. cit., párrs. 206 y ss.
[15] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, sent. cit., párr. 193.
[16] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, sent. cit., párr. 157.
[17] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, sent. cit., párr. 153.
[18] Corte IDH. *Caso Yatama*, sent. cit., párr. 207.

derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación»[19].

En conclusión, al menos desde el año 2005 con el *Caso Yatama* y luego en el año 2008 en el *Caso Castañeda Gutman*, la Corte IDH había establecido con claridad los criterios interpretativos del artículo 23 de la CADH y en concreto, con relación a las restricciones y limitaciones aceptables a los derechos políticos. Para ello, la Corte no sólo desarrolló el test tripartito antes analizado, sino que además aclaró que a los fines de regular el sistema político y su sistema electoral, los Estados no podían ni debían limitarse exclusivamente a las causales expresamente mencionadas en el artículo 23.2 de la Convención.

En virtud de lo anterior, no es posible pretender ejercer un control interno de la convencionalidad de las normas constitucionales que limitan o restringen la reelección de los presidentes de la república, para concluir en su inconvencionalidad, basado en un inexistente derecho absoluto en el artículo 23, a ser electo y reelecto indefinidamente. Al hacerlo así, la sentencia de 2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, la sentencia de 2015 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras y la sentencia de 2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, no sólo actuaron sin fundamento en la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH, sino que además lo hicieron en violación a éstas, configurando con ello un claro abuso de poder.

III. La necesaria intervención de la Corte IDH

Frente al desorden y la anarquía causado por las decisiones de las jurisdicciones constitucionales de las altas cortes de Nicaragua, Honduras y Bolivia contra la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, se hizo necesaria la intervención de esta última.

En ese sentido, con base en lo dispuesto en el artículo 61.1 de la CADH, el Estado colombiano presentó ante la Corte IDH una solicitud de consulta por sobre la interpretación abstracta del artículo 23 de ese instrumento, con relación a si contiene un derecho absoluto a la reelección de los presidentes de la república. Así, en comunicación de fecha 21 de octubre de 2019, el embajador de la República de Colombia en Costa Rica, remitió a la Corte IDH la nota diplomática de fecha 18 de octubre de 2019 suscrita por el Ministro de Relaciones Exteriores de ese país, mediante la cual le solicitó a dicho Tribunal una opinión consultiva rela-

[19] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yatama*, sent. cit., párr. 195 y *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, sent. cit., párr. 185.

tiva a «la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos»[20]. El contexto que expone la solicitud como justificativo precisamente de la iniciativa presentada ante la Corte, hizo referencia a las antes mencionadas sentencias de 2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, de 2015 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras y de 2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, mediante las cuales se afirmó la existencia en la CADH de un derecho humano absoluto a la reelección indefinida y sin restricciones de los presidentes de la república.

de conformidad con lo establecido en su Reglamento.[21]

1. **La opinión interpretativa de la Corte IDH**

La Corte en su opinión consultiva, llegó a las siguientes tres (3) conclusiones interpretativas de los instrumentos regionales, para dar respuesta a las preguntas formuladas:

1) La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos;
2) La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana; y
3) La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.[22]

Para llegar a tan importantes conclusiones, la Corte inició su razonamiento con un análisis de la fundamentación de su interpretación de los valores jurídicos de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. Bajo esta pauta interpretativa, luego entró a analizar en concreto, si bajo los instrumentos regio-

[20] Tanto la carta de fecha 21 de octubre de 2019 del embajador de la República de Colombia en Costa Rica dirigida a la Corte IDH como la nota diplomática de fecha 18 de octubre de 2019 suscrita por el Ministro de Relaciones Exteriores de ese país contentiva de la solicitud de la Opinión Consultiva, están disponibles en el sitio o página web oficial de la Corte IDH: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_04_19_es.pdf

[21] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párr. 13.

[22] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párrs. 149.2., 3. y 4.

nales interpretados: (i) la reelección presidencial indefinida constituye un derecho autónomo; así como, la compatibilidad de (ii) la prohibición de la reelección indefinida presidencial, y (ii) la habilitación de la reelección presidencial indefinida.

A. La reelección presidencial indefinida no es un derecho humano

Con relación a la primera pregunta formulada para la opinión consultiva, la Corte afirmó que descarta el reconocimiento consuetudinario de la reelección presidencial indefinida como un derecho autónomo.

Para llegar a esta conclusión, la Corte, basada en los anteriores principios afirmados, analizó cuál era el estado de la cuestión en la práctica de los Estados o si existía algún respaldo en el Derecho internacional o si su reconocimiento era un principio general del derecho.

Luego del análisis realizado, la Corte llegó a la conclusión de que no era una práctica generalizada de los Estados, ni tenía respaldo en el Derecho internacional ni su reconocimiento era un principio general del derecho.[23]

La Corte tomó nota de que «[s]olo cuatro Estados carecen de limitaciones en la cantidad y frecuencia de las reelecciones presidenciales, permitiendo así la reelección presidencial indefinida (Bolivia, Honduras, Nicaragua, y Venezuela)»; y que de estos Estados, «en tres casos ha habido interpretaciones judiciales que consideraron que las limitaciones a la reelección presidencial, inicialmente establecidas en los respectivos ordenamientos constitucionales, constituían un trato discriminatorio y desproporcionado, que violentaba los derechos a elegir y ser elegido, por lo que debían ser eliminadas.»[24] (Resaltados añadidos).

En ese sentido, la Corte IDH expresamente tomó nota, en primer lugar, respecto a que, si bien la Constitución de Bolivia establece las limitaciones a la reelección presidencial, «[d]ichas limitaciones fueron declaradas como inconstitucionales por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en su sentencia No. 0084-2017 de 28 de noviembre de 2017».[25] En segundo lugar, respecto a Honduras, la Corte tomó nota igualmente, que si bien su Constitución establece limi-

[23] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párr. 97.

[24] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párr. 98.

[25] La Corte IDH en la cita de pie de página número 121 de su Opinión Consultiva, citó que, en cuanto a la reelección en los cargos de Presidencia y Vicepresidencia de la República, el artículo 168 de la Constitución de Bolivia establecía que «el periodo de mandato es de cinco años […] y pueden ser reelectas o reelectospor una sola vez de manera continua». Asimismo, el artículo 52.III de la Ley del Régimen Electoral establecía la posibilidad de reelección de Presidente o Vicepresidente «por una sola vez de manera continua».

taciones expresas a la reelección presidencial, «[m]ediante Sentencia de 22 de abril de 2015, la Corte Suprema de Justicia de Honduras declaró la inaplicabilidad de los artículos 42.5 y 239 de la Constitución».[26] Y en tercer lugar, con relación a Nicaragua, la Corte también tomó nota, que respecto a las limitaciones constitucionales expresas a la reelección presidencial, «[l]a Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declaró como inaplicable lo transcrito de dicho artículo mediante la Sentencia No. 504 de 19 de octubre de 2009»y «[a] su vez, la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua le otorgó efectos *erga omnes* a la inaplicabilidad de los límites que establecía el artículo 147 de la Constitución a la reelección presidencial, mediante la sentencia No. 06 de 30 de septiembre de 2010».[27] En el caso de Venezuela, la reelección presidencial indefinida había sido introducida de manera inconstitucional, por una enmienda constitucional.[28]

B. La incompatibilidad de la reelección presidencial indefinida con los derechos políticos

Una vez respondida la primera pregunta, la Corte estimó que era necesario analizar si la prohibición es una restricción a los derechos políticos, y de ser el caso, si la misma es compatible con la CADH y la Declaración Americana.

---

[26] La Corte IDH en la cita de pie de página número 122 de su Opinión Consultiva, citó que, el artículo 42.5 de la Constitución de Honduras señalaba que «[l]a calidad de ciudadano se pierde […] [p]or incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la Republica». El artículo 239 también establecía que «el ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Vicepresidente de la Republica. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán inhabilitados por diez (10) años para el ejercicio de toda función pública».

[27] La Corte IDH en la cita de pie de página número 123 de su Opinión Consultiva, citó que, el artículo 147 de la Constitución Política de Nicaragua señalaba lo siguiente: «[n]o podrá ser candidato a Presidente ni Vicepresidente de la República: a) el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales; b) el Vicepresidente de la República o el llamado a reemplazarlo, si hubiere ejercido su cargo o el de Presidente en propiedad durante los doce meses anteriores a la fecha en que se efectúa la elección para el período siguiente».

[28] La Corte IDH en la cita de pie de página número 124 de su Opinión Consultiva, hizo referencia a que, en el caso de Venezuela, el artículo 230 de la Constitución de 1999 establecía que «El período presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período». La reforma constitucional de esa norma fue rechazada por referendo popular en 2008 y a pesar de la expresa prohibición constitucional, en 2009 se modificó dicho artículo mediante enmienda de la Asamblea Nacional, eliminando la limitación temporal, quedando redactado de esta manera: «El período presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida».

En ese sentido, la Corte aseveró que ciertamente la prohibición de la reelección presidencial indefinida constituye una *restricción* al derecho a ser electo. Pero que los derechos políticos no son absolutos, y su ejercicio puede estar sujeto a regulaciones o restricciones. Sin embargo, estas últimas no son discrecionales ni arbitrarias, sino que están limitadas por el derecho internacional, ya que, de lo contrario, se transforman en ilegítimas y contrarias a la CADH.[29]

La Corte ratificó su criterio establecido en sentencias anteriores, en el sentido de que los motivos de las restricciones a los derechos políticos se aplican «exclusivamente», cuando se trata de sanciones, como es el caso de la condena, por juez competente, en proceso penal.[30] Mientras que las otras regulaciones generales pueden incluir otros motivos o fines legítimos, normales y necesarios en un sistema electoral en una sociedad democrática. Por lo cual, en criterio de la Corte, el hecho de que la restricción a la reelección presidencial indefinida no este incluida explícitamente en el artículo 23.2de la CADH, no implica que esta sea contraria a dicha norma.[31] En virtud de que se trata de una restricción a los derechos políticos reconocidos en la Convención, la Corte procedió, conforme a su jurisprudencia, a realizar el test tripartito de conformidad, consistente en el examen de (1) la legalidad; (2) fines legítimos; y (3) idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En primer paso, consiste en examinar que la restricción o limitación a la reelección presidencial indefinida cumpla con el requisito de *legalidad*, es decir, que esté establecida claramente en una ley (constitución) en sentido formal y material.[32] En segundo lugar, la Corte analizó si el requisito de la *finalidad* de la medida restrictiva está permitido en la CADH. Al respecto, si bien el artículo 23 de la Convención no es uno de aquellos que menciona finalidades específicas de las limitaciones a los derechos políticos, el artículo 32.2 de dicho tratado establece finalidades generales legítimas de las limitaciones a los derechos, que tienen por propósito «los derechos y libertades de las demás personas», o «las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática». Sobre el particular, la Corte consideró que al ser la democracia representativa uno de los principios sobre los cuales se funda el sistema interamericano, «las medidas que se tomen para garantizarla tienen una finalidad legítima de acuerdo a la Convención». Por lo cual, la prohi-

[29] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párr. 104.

[30] Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de2011. Serie C No. 233, párr. 107 a 109, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párrs. 94-98.

[31] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párrs. 105-112.

[32] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párr. 115.

bición de la reelección presidencial indefinida «tiene una finalidad acorde con el artículo 32 de la Convención», ya que busca garantizar la democracia representativa, sirviendo como salvaguardia de los elementos esenciales de la democracia establecidos en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana. En particular, la Corte aseveró conforme a sus razonamientos contenidos en los capítulos anteriores de su opinión consultiva, que «la prohibición de la reelección presidencial indefinida busca evitar que una persona se perpetúe en el poder, y, de este modo, asegurar el pluralismo político, la alternancia en el poder, así como proteger el sistema de frenos y contrapesos que garantizan la separación de poderes».[33] El tercer paso de la Corte, fue evaluar si la restricción es *idónea* para lograr la finalidad de la misma. Al respecto, la Corte advirtió conforme a sus razonamientos en los capítulos anteriores, que, tomando en cuenta la concentración de poderes que tiene la figura del Presidente en un sistema presidencial, la restricción de la posibilidad de reelección indefinida «es una medida idónea para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y que, de esta forma, no resulten afectados los principios constitutivos de una democracia representativa».[34] Seguidamente, la Corte pasó a evaluar si la restricción es *necesaria*, para lo cual examinó las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad. Al respecto, la Corte advirtió que «no encuentra otras medidas igualmente idóneas para asegurar que —una persona no se perpetúe en el poder y que de esta forma —no resulten afectados la separación de poderes, —el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, así como —la alternancia en el ejercicio del poder». Y coincidiendo con la la Comisión de Venecia señaló al respecto, que «el cambio periódico del presidente a través del proceso de elección es el método perfecto para evitar una excesiva concentración de poder».[35] Por último, la Corte pasó a analizar si —además de cumplir con los anteriores requisitos— la restricción resulta estrictamente *proporcional*, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen. En ese sentido, la medida debe interferir en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho. Para ello, la Corte estimó necesario pasar a ponderar si las ventajas que trae la prohibición de la reelección presidencial indefinida para la alternabilidad democrática son proporcionales con respecto al derecho de la persona que ocupa el cargo, y, con respecto al derecho de los demás ciudadanos a votar y de participar en los asuntos públicos por medio de representantes libre-

[33] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párrs. 114, y 116-119.

[34] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párr. 120.

[35] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párr. 121.

mente elegidos. Respecto a la primera dimensión individual del derecho, la Corte estimó que «el sacrificio que implica esta restricción es menor y justificado para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y, con esto, prevenir que se degrade la democracia representativa». Y con relación a los derechos de los demás ciudadanos, la Corte advirtió que el derecho a votar no implica el derecho a tener «opciones ilimitadas de candidatos a la Presidencia»; sino el derecho a que los votantes «puedan elegir libremente entre los candidatos inscritos, y que las restricciones para postularse como candidato no sean contrarias a la Convención». En este sentido, la Corte con base en el artículo 32 de la Convención, afirmó que «las exigencias del bien común requieren que se establezcan salvaguardas a la democracia, como lo es la prohibición de la reelección presidencial indefinida». Además, la Corte resaltó que esta prohibición no afecta el derecho de los votantes a seleccionar, entre los candidatos, a la persona más afín a sus preferencias, incluso pudiendo ser un representante del mismo partido político que el Presidente en ejercicio. De esta forma, la Corte terminó afirmando que esta limitación «es menor cuando se compara con los beneficios que trae para la sociedad la prohibición de la reelección presidencial indefinida».[36]

Habiendo realizado el test de compatibilidad de la restricción a los derechos políticos de la Convención que implica la limitación constitucional a la reelección indefinida presidencial, la Corte concluyó este capítulo de su opinión consultiva, afirmando que «la prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana, la Declaración Americana y la Carta Democrática Interamericana».[37]

C. La compatibilidad de la reelección presidencial indefinida con las obligaciones de derechos humanos

Habiendo respondido previamente que no existe un derecho humano a la reelección presidencial definida y que el establecimiento de la limitación a la reelección presidencial indefinida es compatible con las restricciones a los derechos políticos bajo la CADH y la Declaración americana, la Corte procedió a analizar si la reelección presidencial indefinida es contraria a la CADH. Es decir, si las decisiones constitucionales, legales o judiciales que autorizan o permiten la reelección presidencial indefinida, son compatibles o no con dicho instrumento.

[36] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párrs. 122-125.

[37] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párr. 126.

Para responder a esta última pregunta, la Corte siguió cuatro pasos de argumentación:

En primer lugar, la Corte evaluó si la permanencia en funciones de un mismo gobernante en la Presidencia de la República por un largo período de tiempo tiene efectos nocivos en el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, propio de una democracia representativa, porque favorece la hegemonía en el poder de ciertos sectores o ideologías. Al respecto, la Corte consideró que efectivamente, por las razones analizadas *supra*, «la permanencia en funciones de una misma persona en el cargo de la Presidencia de forma ilimitada propicia tendencias hegemónicas que resultan en el menoscabo de los derechos políticos de los grupos minoritarios y que, en consecuencia, minan el régimen plural de partidos y organizaciones políticas».

En segundo lugar, la Corte analizó cómo la falta de limitaciones a la reelección presidencial conlleva el debilitamiento de los partidos y movimientos políticos que integran la oposición, al no tener una expectativa clara sobre su posibilidad de acceder al ejercicio del poder. Ese debilitamiento de los partidos políticos tiene un impacto negativo en el funcionamiento democrático, ya que estos tienen un papel esencial en el desarrollo de éste. Sobre el particular, la Corte IDH realizó un diálogo judicial con tres altas jurisdicciones latinoamericanas: la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la Corte Constitucional de Ecuador.[38] Con la Corte Constitucional de Colombia dialogó resaltando su jurisprudencia respeto al pluralismo político, la cual ha señalado que éste supone reconocer que una propuesta política siempre puede sustituir «a otra en el gobierno de la nación», y para ello «ofrecer sus opiniones y programas como alternativas con posibilidad real de concitar la adhesión ciudadana para transformarse en mayoría, lo que exige la previsión de reglas que encaucen la dinámica del proceso político».[39] Con la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México dialogó citando su afirmación que «la democracia trata que las personas roten en el ejercicio de las funciones públicas y que nadie pueda considerarse indispensable en el ejercicio del poder del Estado».[40] Y en su diálogo con la Corte Constitucional de Ecuador, resaltó su afirmación de que la limitación a la reelección presidencial «permite la alternancia democrática, y promueve el derecho de participación de otros miembros de la sociedad», y que «la falta de un límite temporal al ejercicio del poder puede conllevar a la personali-

[38] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párrs. 134 y 135.

[39] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141-10 de 26 de febrero de 2010, disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2005/C-1041-05.htm

[40] Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de Inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006 y 51/2006, p. 98.

zación de éste, afectando ostensiblemente la participación democrática en igualdad de condiciones».[41]

En tercer lugar, la Corte pasó a analizar cómo, debido a las competencias que tienen asignadas los Presidentes de la República en los sistemas presidenciales de los Estados Miembros de la OEA, la permanencia en el poder de un presidente por un largo período de tiempo, afecta la independencia y la separación de poderes, que es, conforme al artículo 3 de la Carta Democrática, uno de los elementos esenciales de la democracia.

Por tanto, en este tipo de regímenes, «es fundamental que el sistema de frenos y contrapesos incluya limitaciones temporales claras al mandato del Presidente, tal como lo establecen las constituciones de la gran mayoría de Estados de la región».[42]

Y en cuarto lugar, la Corte analizó cómo los Presidentes que buscan la reelección tienen una amplia ventaja de exposición mediática y de familiaridad para los electores. Además, debido a la tendencia al desdibujamiento de la separación de poderes y los controles democráticos sobre el Presidente explicadas *supra*, la Corte considera que el cargo de la Presidencia brinda a la persona que lo ocupa «una posición privilegiada para la contienda electoral», lo cual se agrava con el tiempo, ya que «[m]ientras mayor sea el tiempo de permanencia en el cargo, mayor será esta ventaja».[43]

Con base en los razonamientos realizados sobre la CADH, la Carta de la OEA, la Declaración Americana y la Carta Democrática, la Corte concluyó afirmando la inconvencionalidad de la habilitación de la reelección presidencial indefinida.

IV. Apreciación final

Esta Opinión Consultiva de la Corte IDH viene a poner orden en la anarquía creada por algunas altas jurisdicciones de la región, particularmente Honduras, Nicaragua y Bolivia, las cuales con el pretexto de realizar un control interno de la convencionalidad de las restricciones a la reelección presidencial, de manera infundada y favoreciendo al Presidente de la República de turno, desconocieron dichas restricciones con la excusa de que el artículo 23 de la CADH no admitía

[41] Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen N. º 7-19-RC/19 de 5 de noviembre de 2009, párrs. 40 y 44.

[42] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párrs. 139 y 140.

[43] Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos …cit.*, párrs. 141 y 142.

más limitaciones que las expresamente mencionadas. Como vimos, esta mala praxis judicial contrastaba ya con las decisiones de otros altos tribunales de la región, así como con los parámetros jurisprudenciales que habían establecido al respecto la CIDH y de la propia Corte IDH. Es importante recordar, que el caso de Venezuela, la reelección presidencial indefinida fue establecida mediante una enmienda constitucional fraudulenta y también ha tenido respaldo jurisprudencial en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

De allí que todos los Estados incluidos estos cuatro que han establecido la reelección presidencial indefinida, tengan la obligación conforme al artículo 2 de la CADH, y además conforme a la obligación de garantizar plenamente la democracia que se deriva también de los otros tres instrumentos citados, de adaptar su Derecho interno. Es decir, deben dejar sin efecto las decisiones judiciales, constitucionales y legales mediante las cuales han establecido esta figura contraria a los principios democráticos.

En ese sentido la Corte expresamente recordó en su opinión consultiva, que estas obligaciones alcanzan a todos los órganos del Estado, incluidos sus poderes judicial y legislativo. Y, en consecuencia, estimó necesario que *los diversos órganos del Estado realicen sobre el particular un control de convencionalidad sobre la base de esta opinión consultiva*.

En segundo lugar, es muy importante, sobre todo tomando en cuenta casos como el de Venezuela donde la reelección presidencial indefinida se habría establecido a través de un referendo, que la Corte haya insistido de nuevo en afirmar, que la eliminación de los límites para la reelección presidencial indefinida *no es susceptible de ser decidida por mayorías ni sus representantes* para su propio beneficio

La Corte termina con un grito de advertencia a la región, al afirmar categóricamente que el mayor peligro actual para las democracias de la región no es un rompimiento abrupto del orden constitucional, sino *la erosión paulatina de las salvaguardas democráticas que pueden conducir a un régimen autoritario*, incluso si este es electo mediante elecciones populares. De allí su afirmación final, como consecuencia de su advertencia: *las salvaguardas democráticas de los Estados con régimen presidencial deberían prever la prohibición de la reelección presidencial indefinida*.

¿CÓMO DEBERÍAN EJERCER LOS JUECES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES?

Ernesto Rey Cantor
Profesor de la Universidad Libre de Colombia

Introducción

El presente articulo constará de los siguientes ejes temáticos: i) El deber internacional de adecuación normativa y la primacía del derecho internacional sobre el ordenamiento jurídico interno, incluida la Constitución ii) la jurisprudencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), iii) el *acervo convencional* (la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH)[1], iv) el parámetro de convencionali-

[1] «El *acquis conventionnel* o acervo convencional conformado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Argelia Queralt Jiménez. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 4, 76, 136, 138, 404 y 405, la precitada autora toma prestada esta expresión de origen francés de Alejandro Saíz Arnaíz, *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, pp. 13, 76, 138 y 144. Humberto Nogueira Alcalá, también utiliza la denominación *acquis conventionnel.* «El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno», en *Estudios constitucionales*, Santiago de Chile, Año 9, N° 2, 2011, pp. 17-76 (29). La expresión acervo convencional la utilizaremos *in extenso* en el presente trabajo porque es aplicable en el SIDH como bien la usan García Roca, Javier y Queralt Jiménez, Argelia. «Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en la obra colectiva «Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades», en: Armín Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi & Pablo Saavedra (Coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck Instituto, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019, pp. 707 y 708.

dad, v) el control de convencionalidad, y vi) el juicio de convencionalidad y sus fases para resolver los casos (hechos).

Para el desarrollo de la investigación, invocaremos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH) para los Estados Parte u otros tratados interamericanos[2].

La principal fuente del derecho en la presente investigación será la jurisprudencia de la Corte IDH. «El estudio directo de la jurisprudencia, un método inductivo, es inaplazable para quien quiera conocer la realidad del [Sistema Interamericano de Derechos Humanos]»[3].

La jurisprudencia «permite conocer los resultados de la labor interpretativa que realiza la Corte en relación con la CADH»[4]; jurisprudencia que se utiliza como parámetro de convencionalidad[5], en el ejercicio del control de convencionalidad, y según el caso «es posible aplicar directamente lo establecido por la jurisprudencia de la Corte IDH»[6].

El objeto del presente libro consiste en proponer un método jurídico[7] para que los jueces internos ejerzan el control de convencionalidad cuando la norma interna aplicable al caso (hechos) sea manifiestamente incompatible con la CADH, es decir, cuando la inconvencionalidad sea insuperable[8].

---

[2] «Para los Estados Parte en la Convención la fuente específica de sus obligaciones con respecto a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención». **Opinión Consultiva OC— 10/89**, de julio 14 de 1989, «Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 46 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos», párr. 46.

[3] García Roca, Javier. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Navarra, editorial Cívitas Thomson Reuters, 2019, p. 13.

[4] Cooperación Alemana para el Desarrollo, GIZ, Manual práctico para aplicar el control de convencionalidad basado en la metodología THEMIS, 2020, pp. 9 y 13.

[5] Por ejemplo, el artículo 8.1 Garantías Judiciales de la CADH no detalla los elementos del plazo razonable; es la jurisprudencia de la Corte IDH que construyó dichos elementos; por ello, la jurisprudencia es parámetro imprescindible para verificar las violaciones a las garantías judiciales, interpretando el artículo 8.1. a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH.

[6] Manual práctico para aplicar el control de convencionalidad basado en la metodología THEMIS, *op. cit.,* p. 10.

[7] En el 2014 ya nos habíamos referido al tema del método jurídico, bajo la denominación de test de convencionalidad, ahora es el *juicio de convencionalidad*. Véase Rey Cantor, Ernesto y Rey Anaya, Ángela Margarita, en la obra colectiva *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional* (Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Givanni A. Figueroa Mejía, coordinadores), Poder Judicial de la Federación, UNAM y el I.J.J., Tomo I, México, 2014, p. 236.

[8] Porque, el conflicto normativo es sustantivo, directo e inmediato.

1. El deber internacional de adecuación normativa y la primacía del derecho internacional sobre el ordenamiento jurídico interno incluida la Constitución

En el SIDH los Estados que en ejercicio de su soberanía[9] se constituyen Parte de la CADH, como «actos soberanos que el Estado Parte realiz[a] conforme a sus procedimientos constitucionales»[10], se obligan adecuar su ordenamiento jurídico interno[11] incluida la Constitución con las disposiciones de este tratado que reconocen los derechos humanos (civiles y políticos), en cumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2, CADH)[12], para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionales (art. 1, CADH[13]) y en acatamiento del principio prevalente[14] del respeto a la dignidad intrínseca de la persona humana[15], principio universal del derecho, para preservar la seguridad jurídica[16] en el ordenamiento jurídico interno/internacional. Dicho principio es el *numen*

[9] Cfr. Corte IDH. **Caso Cesti Hurtado contra Perú**, sentencia de septiembre 4 de 1998, párr. 101.

[10] Corte IDH. **Caso Gelman contra Uruguay**, supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte de marzo 20 de 2013, párr. 87.

[11] Para efectos del control de convencionalidad entiéndase por *ordenamiento jurídico interno*, en estricto sentido: la Constitución, las leyes, los actos administrativos y la jurisprudencia; en sentido amplio, incluimos además las *prácticas* (judiciales y administrativas) con efectos normativos que adoptan algunas autoridades públicas; aclaramos que tales *prácticas* no son fuentes del derecho. No obstante, lo anterior, la Corte IDH ha incluido las prácticas como objeto del control de convencionalidad; véase, entre otros, el **Caso Radilla Pacheco contra México**, sentencia de noviembre 23 de 2009, párr. 338. También la Corte previó la posibilidad de incluir las *costumbres* de un pueblo indígena como objeto del control de convencionalidad, en el **caso Yátama contra Nicaragua**, sentencia de junio 23 de 2005, párrs. 183 y 225.

[12] «Artículo 2. *Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Adecuación* es el vocablo que utiliza la Corte, véase **Casos Fermín Ramírez contra Guatemala**, sentencia de junio 20 de 2005, párr. 97, y **Zambrano Vélez contra Ecuador**, Sentencia de julio 4 de 2007, párr. 57, entre otros.

[13] De los artículos 1.1. y 2 de la CADH nacen obligaciones sustantivas, generales, objetivas y con efectos *erga omnes*, y de las demás normas (arts. 3 a 25) nacen las obligaciones especiales para los Estados Parte en este tratado internacional, véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* de septiembre 17 de 2003, párr. 76, y **Caso de La Masacre de Mapiripán contra Colombia**, sentencia de septiembre 15 de 2005, párr. 104.

[14] La idea de *prevalencia* que se adopta para el presente trabajo proviene del voto del juez Antonio Augusto Cancado Trindade, OC-18/03, de septiembre 17 de 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrs. 54 y 56.

[15] Principio contenido en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y mencionado en los artículos 1, 22 y 23.

[16] «El régimen internacional sobre la protección de los derechos humanos se caracteriza por el interés protegido, la dignidad inherente a la persona humana». Casanovas, Oriol y Ángel, Rodrigo J. *Compendio de derecho internacional público*, 3ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2014, p. 438.

de los derechos humanos que por su «naturaleza son comunes y universales antes que locales»[17].

2. Construcción del juicio de convencionalidad

La Corte IDH indica que «la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar el control de convencionalidad»[18]. El interrogante es si la jurisprudencia del Tribunal si bien no ha sugerido un modelo, al menos ha dado señales de cómo hacer dicho control. La Corte estableció una directriz procesal para que el poder judicial realice un juicio mediante un examen de compatibilidad normativa.

«Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un *juicio* en el que se dirá si tal norma es o no compatible con la Convención Americana»[19].

3. Control de convencionalidad. Concepto

Según el comportamiento (por acción u omisión) de un Estado en un conflicto normativo (incompatibilidad entre normas) por resolver en un caso contencioso (hechos) en sede internacional:

> El control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal internacional que ejerce la Corte IDHen un caso contencioso (hechos probados[20]), en el evento de que cualquier norma del ordenamiento jurídico interno[21] (constitución, reforma constitucional, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales), sea incompa-

[17] Cfr. García Roca, Javier. «El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana», en Pablo Santolaya e Isabel Wences (Coords.), *La América de los derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 535 y 537.

[18] Corte IDH, **Caso Liakat Ali Alibux contra Suriname**, Sentencia de enero 30 de 2014, párr. 124.

[19] Corte IDH, **Caso Las Palmeras contra Colombia**, Excepciones Preliminares, Sentencia de febrero 4 de 2000, párr. 33.

[20] Los hechos pueden haber sucedido en tiempo de paz o en el marco de un conflicto armado interno.

[21] «Toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a examen de compatibilidad», Corte IDH, **Caso Las Palmeras contra Colombia**, párr. 32. ¿Quiere decir que serían objeto del control de convencionalidad las normas constitucionales? La respuesta es positiva. Por ejemplo, la Corte en uno de los cinco casos que ha resuelto ejercitó dicho control; es el **Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas contra. República Dominicana**, sentencia de 28 de agosto de 2014, en la parte

tible[22] con la CADH u otros instrumentos interamericanos[23] y con la jurisprudencia de la Corte (acervo convencional*)*. Para determinar dicha incompatibilidad la Corte realiza un *examen de confrontación normativo* de dicha normativa interna frente al acervo convencional, y estableciendo el referido conflicto normativo (una antinomia)[24] resuelve el caso mediante sentencia declarativa y de condena ordenándole al Estado Parte la derogación, modificación, reforma o anulación de las normas internas, o la adecuación de la jurisprudencia o de las prácticas internas al acervo convencional[25].

4. El acervo convencional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El acervo convencional se integra con diez instrumentos interamericanos que son Convenciones y en su conjunto conforman un acervo convencional interamericano[26] y en el orden de entrada en vigor son los siguientes:

a) La Convención Americana sobre Derechos Humanos[27] (1969), en vigor a partir del 18 de julio de 1978.

---

resolutiva de la sentencia (numeral 19) le ordenó al Estado adoptar «las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional (…)».

[22] Conflicto normativo sustantivo, directo e inmediato.

[23] En algunos casos la Corte IDH ha interpretado y aplicado otros «instrumentos interamericanos» que forman parte del DIDH; veamos el más reciente. «La Corte considera útil y apropiado interpretar la Convención Americana, teniendo en cuenta otros tratados del Derecho Internacional Humanitario y el derecho penal internacional, habida consideración de su especificidad en la materia». Cfr. **Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades vecinas del Municipio de Rabinal contra Guatemala**, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párrafos 31. En este caso, la Corte utilizó la expresión «instrumentos interamericanos», párrafos 215 y 262 y al conceptualizar el control de convencionalidad enumera tres convenciones interamericanas en el párrafo 289 conformando un nuevo parámetro de convencionalidad. Por otra parte, la triada de casos laborales **Lagos del Campo, Trabajadores Cesados de Petroperú y otros** y ahora el **caso San Miguel y otras**, «permiten delinear una serie de estándares que se deben tener en consideración en el ejercicio de control de convencionalidad en sede interna», véase **caso Miguel Sosa contra Venezuela**, sentencia de 8 de febrero de 2018, párr. 27.

[24] Se aclara que el conflicto normativo (las antinomias) se presenta exclusivamente entre normas jurídicas, norma nacional vs. norma internacional; de dicho examen de confrontación se excluyen las sentencias judiciales.

[25] La Corte en las últimas sentencias le ordena a los Estados adecuar su ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en dichas decisiones, **caso Valle Ambrosio contra Argentina**, sentencia de 20 de julio de 2020 y **caso Petro contra Colombia**, ob. cit.

[26] El *acervo convencional* interamericano es un conjunto de 10 instrumentos (Convenciones) que podrían integrar *parámetros de convencionalidad*, según los hechos de los casos, aclarando que no todas las Convenciones son aplicables.

[27] El artículo 62 asigna competencia contenciosa a la Corte para interpretar y aplicar la CADH. La Corte resuelve caso (hechos) a caso (hechos).

b) La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[28] (1985), en vigor a partir del 28 de febrero de 1987.
c) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena muerte[29] (1990), en vigor a partir del 28 de agosto de 1991.
d) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o «Convención de Belém do Pará»[30] (1994), en vigor a partir del 5 de marzo de 1995.
e) La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[31] (1994), en vigor a partir del 28 de marzo de 1996.
f) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, «Protocolo de San Salvador»[32] (1988), en vigor a partir del 16 de noviembre de 1999.
g) Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999), en vigor a partir del 14 de septiembre de 2001.
h) Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (2015)[33], en vigor a partir del 11 de enero de 2017.
i) Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia (2013), en vigor a partir del 11 de noviembre de 2017.
j) Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (2013), en vigor a partir del 20 de febrero de 2020[34].

---

[28] El artículo 8 asigna competencia a las instancias internacionales.

[29] Ninguna norma le asigna competencia a la Corte para la interpretación y aplicación del Protocolo.

[30] El artículo 12 sólo asigna competencia a la Comisión Interamericana de derechos humanos para conocer de *peticiones* por violaciones al artículo 7 de la Convención.

[31] El artículo XIII asigna competencia a la Comisión y a la Corte Interamericanas de derechos humanos para conocer de *Peticiones* por desaparición forzada de personas, incluso para solicitar *medidas cautelares* a la Comisión.

[32] El derecho a la educación por primera vez se declaró violado en el **Caso Gonzáles Lluy y otros contra Ecuador**, en la Sentencia de septiembre 1° de 2015, párrs. 230 a 291. Véanse los votos de los jueces Humberto Sierra Porto y Eduardo Ferrer Marc-Gregor.

[33] Mediante Ley 2055 de 10 de septiembre de 2020 el Congreso de la República de Colombia aprobó la Convención y la Corte Constitucional en sentencia C-395 de 19 de noviembre de 2020 la declaró constitucional. A la fecha el Estado aún no ha ratificado el tratado.

[34] Como se observó las diez Convenciones Interamericanas enumeradas están en vigor.

5. Concurrencia de factores en la configuración del parámetro de convencionalidad

Como se advirtió de las diez Convenciones interamericanas en vigor solo cinco[35] fungirían como parámetro de convencionalidad dependiendo de la concurrencia de tres factores, a saber:

i) Que los Estados sean Parte en dichas Convenciones.
(ii) Que la Corte tenga competencia *ratione materie* para interpretar y aplicar tales instrumentos[36].
(iii) Que éstas se hallen en vigor para la época en que ocurrieron los hechos.

Si falta alguno de estos factores no se podría integrar el parámetro de convencionalidad y por ende la Corte IDH no activaría el control de convencionalidad[37].

6. El acervo convencional interamericano como parámetro de convencionalidad

Adoptando el criterio doctrinal según la cual «el CEDH y la jurisprudencia del TEDH se erigen en parámetro»[38] y retomado por un juez de la Corte IDH que argumentó que «el parámetro del control es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH que la interpreta»[39], podemos afirmar que el acervo convencional (CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH) fungiría como parámetro de convencionalidad para el ejercicio del control de convencionalidad, en sede internacional

---

[35] El *acervo convencional* interamericano se integraría así: Convención Americana sobre derechos humanos; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. «Convención de Belém Do Pará»; el «Protocolo de San Salvador» y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Se excluye de los parámetros, el Protocolo Adicional de la CADH relativo de abolición de la pena de muerte, porque la Corte IDH no tiene competencia *ratione materiae* para aplicarlo, según se infiere de sus disposiciones.

[36] «Es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia», Corte IDH, **caso Ibsen** Cárdenas e **Ibsen Peña contra Bolivia**, Sentencia de septiembre 1° de 2010, p. 199.

[37] La integración de los tres factores genera certeza para la configuración del parámetro de convencionalidad, no solo para la Corte IDH sino también para los jueces internos.

[38] Queralt Jiménez, *op. cit.,* pp. 4, 76, 404 y 405.

[39] Voto Razonado Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el **Caso Cabrera García y Montiel Flórez contra México**, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 44.

7. El parámetro de convencionalidad

La terminología parámetro de convencionalidad se utiliza en la jurisprudencia de la Corte IDH[40], el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor[41] y la doctrina[42], la cual aplicaremos en el desarrollo del presente artículo.

7.1. **Concepto**

El parámetro de convencionalidad es el instrumento mediante el cual se verifica la adecuación material de una norma interna frente a una norma convencional, con el objeto de establecer su compatibilidad. Se trata de la verificación de la convencionalidad sustantiva. Es un *escrutinio de adecuación* entre dos normas en aparente conflicto. Adviértase que no existe conflicto formal o de procedimiento de convencionalidad como se expresó.

7.2. **Clasificación**

El parámetro de convencionalidad se podría clasificar a partir de*:* elementos constantes *(i)* elementos variables (ii) normas de referencia de interpretación que también se podría denominar parámetro de interpretación *(ii)*. La configuración se estructura según que los hechos ocurran en tiempo de paz o en el marco de un conflicto armado interno. En efecto, la Corte se genera una jurisprudencia diferenciada según los casos contenciosos (hechos) para resolver.

Examinemos la clasificación propuesta:

a) *Elementos constantes del parámetro de convencionalidad*

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH los elementos constantes son:

* La Convención Americana sobre Derechos Humanos y
* La jurisprudencia de la Corte IDH[43].

---

[40] Corte IDH, **caso Castañeda Gutman contra Estados Unidos Mexicanos**, Sentencia de agosto 6 de 2008, citado por la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-111 de 2019, párr. 30.1.

[41] «Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional». Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el **caso Cabrera García y Montiel Flórez contra México**, de 26 de noviembre de 2010.

[42] Cfr. Ramelli Arteaga, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019, p. 78. Cfr. Manili, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, editorial Astrea, p. 343.

[43] Según Canosa Usera «la jurisprudencia, acaba integrándose con la norma interpretada para formar un todo inescindible», *op. cit.,* p. 35.

Al respecto, compartimos el voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor, con los argumentos que reafirman la clasificación propuesta: «El parámetro del control (…) por parte de los jueces nacionales (…) es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH que la interpreta»[44]. «Para la Corte IDH los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia que los interpreta deben ser utilizados como parámetro de validez»[45].

b) *Elementos variables del parámetro de convencionalidad*

Según el caso contencioso[46] por resolver por la Corte IDH la configuración del parámetro de convencionalidad girará alrededor de:

* «La facultad de la Corte Interamericana consiste esencialmente en interpretar y aplicar la Convención Americana u otros tratados sobre los cuales tenga competencia»[47]. ¿Cuáles son los otros tratados? son los denominados instrumentos interamericanos.
* Otros instrumentos interamericanos. Veamos cuáles son esas Convenciones interamericanas que además de la CADH como elementos *variables* podrían integrar el parámetro de convencionalidad para su interpretación y aplicación:

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[48].

* «Convención de Belém Do Pará».
* «Protocolo de San Salvador»[49].

---

[44] **Caso Cabrera García y Montiel Flórez contra México**, sentencia de noviembre 26 de 2010, Voto Razonado, párr. 44.

[45] Manili, *El bloque de constitucionalidad*, *op. cit.,* p. 344.

[46] *Hechos* sucedidos en un escenario y en un contexto en época de paz.

[47] Corte IDH, OC— 21/14, *op. cit.,* párr. 51.

[48] La tortura y la desaparición forzada son crímenes internacionales con estatus de *ius cogens.*

[49] «En el caso San Miguel Sosa contra Venezuela, complementa la visión que de manera rápida ha tenido el Tribunal Interamericano sobre los derechos sociales y su exigibilidad directa ante esta instancia judicial. En este sentido, la triada de casos laborales Lagos del Campo, Trabajadores Cesados de Petroperú y otros y ahora el caso San Miguel y otras, permiten delinear una serie de estándares que se deben tener en consideración en los ejercicios de control de convencionalidad en sede interna», caso San Miguel Sosa contra Venezuela, sentencia de 8 de febrero de 2018, párr. 27. Acrece el acervo convencional para la aplicación del control de convencionalidad por la incompatibilidad, por ejemplo, de normas laborales internas restrictivas de pensiones con los derechos sociales reconocidos en el Protocolo de San Salvador.

c) *Parámetro de interpretación*

También denominado por la doctrina normas de referencia de interpretación

«También puede [la Corte IDH] interpretar disposiciones sobre derechos humanos que figuren en otros tratados internacionales (en general, no únicamente americanos)»[50].

Al respecto, la Corte ha expresado que: «(…) la Convención puede ser interpretada en relación con otros instrumentos internacionales»[51]. Se está refiriendo a los Convenios de Ginebra de 1949 «como elementos de interpretación de la propia Convención Americana»[52]. En efecto, la Corte puede «utilizar el DIH como norma de interpretación complementaria»[53]. Además, la Corte podrá «interpretar el alcance de las obligaciones convencionales en forma complementaria con la normativa del DIH, habida consideración de su especificidad en la materia, en particular los Convenios de Ginebra, el artículo 3 Común, el Protocolo II (…) y el derecho internacional humanitario consuetudinario»[54]. Luego agrega: «(…) tomando en consideración algunos principios relevantes del derecho internacional humanitario (…)»[55].

8. Juicio de convencionalidad. Fundamentos jurisprudenciales

La adecuación es un examen de confrontación normativa o como lo dice la Corte un *examen de compatibilidad* que consiste en que «la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención»[56].

¿Cómo se logra el resultado de ese examen? *El resultado de esta operación será siempre un* **juicio** *en el que se dirá si tal norma es o no compatible con la Convención Americana*[57] (lo resaltado fuera del texto). Por tanto, el juicio se denominará jui-

---

[50] Sergio García Ramírez. *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre control de convencionalidad*, 2ª ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015, p. 37.

[51] Corte IDH, **caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) contra Colombia**, Sentencia de noviembre 14 de 2014, párr. 39.

[52] *Ibidem*, párr. 39.

[53] *Ibidem*, párr. 39. Corte IDH, **caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia**, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 23.

[54] Corte IDH, **caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del rio Cacarica (Operación Génesis) contra Colombia**, Sentencia de noviembre 20 de 2013, párr. 221. En el párr. 349 la Corte, expresa: «Según la norma 7 de Derecho Internacional Humanitario consuetudinario (…)».

[55] Corte IDH, (Operación Génesis), párr. 222.

[56] Corte IDH, caso Las Palmeras, párr. 3.

[57] *Idem,* **Caso Las Palmeras,** párr. 31 (lo resaltado en cursivas y negrillas fuera del texto).

cio de convencionalidad con una estructura lógica[58]. ¿Y ese juicio cómo se realiza? Veamos las fases del juicio de convencionalidad en sede internacional.

9. Fases del juicio de convencionalidad en el control de convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

De una verificación empírica de varias sentencias de la Corte IDH se infiere la realización de un *juicio de convencionalidad*[59]:

(a) La identificación y calificación de los hechos probados del caso contencioso (supuesto fáctico) a resolver por la Corte.
(b) Relacionar los hechos probados del caso con la normativa interna (constitucional, legal, o administrativa, jurisprudencia, prácticas y costumbres indígenas) aplicable (la subsunción).
(c) La Corte verifica un conflicto normativo de inconvencionalidad entre la normativa interna incompatible[60] y la CADH u otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH (el acervo convencional),
(d) La verificación y determinación del conflicto normativo de inconvencionalidad conlleva la interpretación vinculante de la CADH u otros instrumentos interamericanos frente a la normativa interna incompatible aplicada, para concluir que dicha normativa es inconvencional.
(e) Finalmente, la Corte IDH resuelve el caso y le ordena al Estado reformar la Constitución, derogar, modificar, anular la ley o el acto administrativo, o completar sus contenidos; expedir una nueva ley o un acto administrativo, o adecuar la jurisprudencia interna a la jurisprudencia de la

[58] Un *examen de compatibilidad* que se realiza por medio de un juicio de adecuación convencional para verificar con el parámetro de convencionalidad, si la norma jurídica interna objeto del *examen de confrontación normativo* se adecúa o no con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.

[59] Nuestra idea del juicio de convencionalidad se inspira en general en la jurisprudencia de la Corte IDH, en ejercicio de su competencia contenciosa y en algunos precedentes de la CIDH, y en especial en el voto concurrente del juez Antonio Augusto Cancado Trindade en el **Caso de «La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)» contra Chile**, Sentencia de febrero 5 de 2001. Además, para el desarrollo de las fases tercera, cuarta y quinta del juicio nos inspiramos en el trabajo titulado «La fuerza obligatoria de los tratados internacionales en el orden jurídico interno. Conflictos entre disposiciones convenidas y disposiciones internas», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXII, núm. 1, Madrid, 1969, p. 97. Cfr. Martínez Ruiz, Luis Fernando.

[60] Como se explicó, la normativa interna incompatible también comprende la jurisprudencia, practicas judiciales o administrativas.

Corte; también puede ordenar anular las prácticas judiciales o administrativas con efectos normativos.

10. Fases del juicio de convencionalidad en el control de convencionalidad en la jurisdicción interna

En resumen, las fases del juicio de convencionalidad que adelantarían los jueces internos son las siguientes:

(a) La identificación y calificación de los hechos probados del caso (el supuesto fáctico) a resolver por el Tribunal Constitucional o el juez interno.
(b) Relacionar los hechos probados del caso con la normativa interna (constitucional, legal, o administrativa, jurisprudencia, prácticas y costumbres indígenas) aplicable (la subsunción).
(c) El Tribunal Constitucional o el juez verifican un conflicto normativo de inconvencionalidad entre la normativa interna incompatible y la CADH u otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH (el acervo convencional),
(d) La verificación y determinación del conflicto normativo de inconvencionalidad conlleva la interpretación de la CADH u otros instrumentos interamericanos frente a la normativa interna incompatible aplicable, para concluir que dicha normativa, que sería aplicable al caso es inconvencional.
(e) Finalmente, el Tribunal Constitucional o el juez interno resuelven el caso inaplicando la normatividad interna incompatible y aplica la CADH u otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH (el acervo convencional).

Bogotá, martes 21 de junio de 2022.

EL CAMINO HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL DOBLE CONFORME PENAL EN ECUADOR: ¿CONTROL DE CONVENCIONALIDAD O DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL?

Daniela Salazar Marín
Jueza de la Corte Constitucional de Ecuador [1]

La Constitución de Ecuador de 2008 se caracteriza por su amplia receptividad a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. Pero además se caracteriza por la extensión y detalle con los que se redactaron los 444 artículos y sus normas transitorias. En varios casos, las tensiones entre el texto de la norma constitucional y aquel de las normas internacionales que consagran derechos humanos, ha sido evidente. A través de la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE), la interamericanización del derecho constitucional ha permitido que por vía de interpretación se alcance una protección reforzada de los derechos. En una publicación anterior de este prestigioso Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, compartí ya algunas reflexiones sobre la manera en que la Corte Constitucional el Ecuador se valió de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[2] (Corte IDH) para dar paso al matrimonio igualitario en Ecuador[3]. En esta ocasión, tratándose de

[1] Profesora Titular de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ). Desde febrero de 2019 es jueza de la Corte Constitucional del Ecuador. Estas reflexiones fueron expuestas como parte del XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional denominado «La garantía jurisdiccional de la Constitución», celebrado en Madrid en marzo de 2022.

[2] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de Noviembre de 2017. Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo. Obligaciones Estatales en Relación con el Cambio de Nombre, la Identidad de Género, y los Derechos Derivados de un Vínculo Entre Parejas del Mismo Sexo (Interpretación y Alcance de los Artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el Artículo 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos)

[3] Daniela Salazar Marín. «Valor e impacto de las Opiniones Consultivas de la Corte IDH: Reflexiones a partir del caso del matrimonio igualitario en Ecuador». En: *Impacto y Desafíos a Medio Siglo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2021, pp. 103-120.

un Encuentro de Derecho Procesal Constitucional, expondré cómo la receptividad de nuestra Constitución hacia el derecho internacional de los derechos humanos ha permitido incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, a través de la jurisprudencia constitucional, un derecho que no estaba protegido expresamente en la Constitución ni consagrado como recurso en la normativa procesal infraconstitucional: el derecho a la doble conformidad en materia penal.

Para ello, explicaré brevemente la manera en que la Constitución de 2008 se relaciona con el derecho internacional de los derechos humanos; luego, narraré cómo desde la jurisprudencia se hizo posible avanzar hacia la protección del derecho al doble conforme en materia penal en Ecuador y describiré el impacto de esta reforma procesal; finalmente, haré algunas reflexiones sobre cómo este cambio en el sistema procesal penal se realizó a través del diálogo jurisprudencial, sin necesariamente recurrir al control de convencionalidad.

El privilegiado lugar que ocupa el derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución del Ecuador

La Constitución ecuatoriana de 2008 establece en su artículo 3 numeral 1 como un deber primordial del Estado el «garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales […]». Es importante notar, desde aquí, el uso de la palabra «instrumentos» y no sólo «tratados» para referirse de manera amplia a las normas internacionales de derechos humanos. Más de veinte artículos de la Constitución mencionan expresamente a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Destacaré en esta sección algunos de los más relevantes.

La doble protección de los derechos la que gozan las personas en Ecuador se hace evidente en el artículo 10 según el cual las personas «son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales». El artículo 11, que establece los principios de aplicación de los derechos, incorpora los principales postulados teóricos del derecho internacional de los derechos humanos. Entre otros, el numeral 3 dispone que «[l]os derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte»; el numeral 5, que «[e]n materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia»; y el numeral 7, que «[e] l reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás de-

rechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.»

Según el artículo 84, «[l]a Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.» Y según el artículo 172, «[l]as juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley».

A estos artículos se suman las normas sobre jerarquía. De conformidad con el artículo 417, «[l]os tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución». Si bien en principio, según este artículo, los tratados tienen una jerarquía infraconstitucional, los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta abren una puerta ancha para que la justicia constitucional pueda aplicar directamente las normas más favorables a los derechos, incluso si tales normas no están en la Constitución. Esto se ratifica más adelante en el artículo 424, cuyo numeral segundo menciona que «[l]a Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público». En esa línea, el artículo 426 reafirma que «[…] las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos».

El uso del derecho internacional de los derechos humanos por la Corte Constitucional del Ecuador

A la luz de los artículos de la Constitución que se reseñaron en la sección anterior es posible sostener que en Ecuador prevalecen la norma y la interpreta-

ción que más favorezcan la plena vigencia de los derechos de las personas, indistintamente de si la norma proviene de la Constitución o directamente de los tratados o instrumentos internacionales, lo que ofrece amplias posibilidades de interpretación para la garantía jurisdiccional de la Constitución. La Corte Constitucional cita con suma frecuencia fuentes provenientes de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, con el fin de sustentar y apoyar su razonamiento. En la mayoría de casos, la Corte no es explícita respecto al valor que ostentan estas fuentes, pero no son pocos los casos en los que se hace referencia expresa al control de convencionalidad. A pesar de ello, las tensiones que existen a la hora de interamericanizar el derecho constitucional con miras a alcanzar una protección reforzada de los derechos constitucionales son evidentes, tanto en los debates al interior del Pleno como en las decisiones que se aprueban.

Por ejemplo, en el llamado Caso La Hora[4], se abordó la tensión que existe entre la consagración del derecho a la libertad de expresión en el artículo 18 de la Constitución, y los estándares interamericanos sobre los condicionamientos previos a la información, en particular la veracidad como condición para la protección del derecho a difundir información. Así, el el artículo 18 numeral 1 de la Constitución reconoce el derecho de todas las personas a «[b]uscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior». Al momento de analizar este artículo, la CCE se fundamentó en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[5] en la que se recomienda a los Estados tomar en consideración que la imposición de condicionamientos previos de la información, «tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad» resulta en principio incompatible con el derecho a la libertad de expresión. A la luz de esta Declaración, la Corte Constitucional interpretó que no puede entenderse que el artículo 18 numeral 1 de la Constitución excluye *a priori* del umbral de protección aquella información que no cumpla con los calificativos contenidos en ese artículo; y que tales condicionamientos no deben leerse como justificaciones para censurar de manera anticipada cierto tipo de discurso. Ya en ese caso, lo que hizo la CCE no fue otra cosa que interpretar el texto constitucional a la luz de el derecho internacional de los derechos humanos con el fin de proteger de manera reforzada el derecho a la libertad de expresión, complementando la norma constitucional del artículo 18 y sus condicionamientos previos, con la interpretación que ha hecho la CIDH a través de

[4] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 282-13-JP/19. Jueza Ponente Daniela Salazar Marín.

[5] CIDH. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Aprobada en el marco de su 108° período ordinario de sesiones en octubre de 2000.

la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, y que de hecho ha sido recogida por la Corte IDH. Esta forma de interpretar la Constitución, en armonía con los instrumentos internacionales, es un mandato de nuestra Constitución. Aun así, el que mi ponencia haya citado —sólo citado, sin asignar un determinado valor— una Declaración que no constituye un tratado internacional, ameritó el que en las deliberaciones el entonces Presidente de la Corte afirme que no merezco ser jueza constitucional. A pesar de ello, el caso se aprobó por unanimidad.

Otro caso, en el que si bien la lógica es muy similar se generó una controversia mucho mayor y votaciones divididas en la Corte, es el caso del matrimonio igualitario. Ahí también la discusión giraba en torno a la tensión entre, por un lado, la definición textual de matrimonio consagrada en el artículo 67 de la Constitución —que se refiere al matrimonio como la unión entre hombre y mujer— y, por otro, la interpretación de la Corte IDH en la OC 24/17, que frente a la definición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —que también se refiere al matrimonio como la unión entre hombre y mujer— señaló que los Estados deben asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, para lo cual deben garantizarles el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio.

De un estudio cuidadoso de las dos sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador sobre matrimonio igualitario, una de ponencia del juez Avila[6] y la otra de ponencia del juez Lozada[7], es posible advertir los distintos caminos que se recorrieron para llegar a la interpretación más favorable de los derechos. Ambos caminos incluyen el diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero solo uno de ellos se fundamenta en el control de convencionalidad, en parte por la controversia que surge respecto a si a través del control de convencionalidad el Registro Civil tenía la competencia para casar a las parejas del mismo sexo a pesar de la norma constitucional, o si a través del control de convencionalidad la jurisdicción constitucional tenía la competencia para ordenar que el Registro Civil case a las parejas del mismo sexo, en un sistema cuyo control de constitucionalidad está concentrado en la Corte Constitucional.

En ambos casos, la Corte Constitucional razonó que la norma del artículo 67 de la Constitución no constituye una prohibición sino una definición que, como tal, puede ser complementada con la definición de matrimonio contenida en la interpretación que hizo la Corte IDH a través de la OC 24/17, por lo que no hay una tensión sino únicamente un complemento. Las decisiones se adoptaron por

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 11-18-CN Matrimonio Igualitario. Juez Ponente Ramiro Avila.

[7] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 10-18-CN Matrimonio Igualitario Código Civil. Juez Ponente Alí Lozada.

una estrecha mayoría de cinco votos contra cuatro. La tensión que genera este debate se evidencia en el voto del juez Salgado, entonces Presidente de la Corte Constitucional y ex Presidente de la Corte IDH, voto al que se adhirieron el juez Herrería y las juezas Corral y Nuques, según el cual la interpretación que realizó la Corte es una «interpretación arbitraria» de la Constitución, al ser contraria a su texto. Según esta posición, se habría realizado una reforma constitucional por vía de sentencia, lo que está prohibido, y por tanto los jueces y juezas que votamos a favor fuimos calificados en el voto salvado como «sepultureros de la Constitución».

Tanto las sentencias de mayoría como el voto salvado en los casos de matrimonio igualitario constituyen, en definitiva, maneras válidas de interpretar la Constitución, que se aproximan de manera distinta a las fuentes del derecho y, en particular, al derecho internacional de los derechos humanos, cuya recepción, a pesar de estar contenida en la Constitución, no es pacífica. Es preciso reconocer que el concepto de control de convencionalidad ha generado un creciente rechazo entre algunos miembros de la comunidad jurídica, por lo que a través de este texto quisiera demostrar que en un país como Ecuador, cuya propia Constitución es tan receptiva del derecho internacional de los derechos humanos, no siempre resulta indispensable acudir al control de convencionalidad para lograr la mejor protección de los derechos.

El camino hacia el reconocimiento del derecho al doble conforme en materia penal en Ecuador

A través de una serie de casos, la Corte Constitucional ha avanzado hacia el reconocimiento de que en materia penal el derecho a recurrir incluye también la garantía del doble conforme y que esta garantía no se satisface únicamente con la disponibilidad de un recurso de apelación que permita impugnar la decisión emitida en primera instancia, sino, con la garantía de que la decisión de condenar penalmente a una persona sea ratificada por un tribunal superior luego de una revisión integral de la sentencia. Este desarrollo jurisprudencial se ha ido tejiendo a través de las diversas miradas de jueces y juezas de la Corte Constitucional a través de sus ponencias, votos salvados y concurrentes, por lo que también ilustra el valor que pueden llegar a tener los votos separados, y la importancia del respeto a los precedentes jurisprudenciales.

Es preciso iniciar señalando que el artículo 76 numeral 7 literal m de la Constitución de Ecuador reconoce, entre las garantías del debido proceso, la posibilidad de recurrir el fallo. Este derecho está consagrado en términos generales. Así, a diferencia de los casos sobre libertad de expresión o matrimonio igua-

litario mencionados al inicio de este texto, no se trata de interpretar aquello que la Constitución dice, sino precisamente aquello que no dice. Esto no es extraño en el derecho comparado, de hecho, lo habitual es que las declaraciones de derechos se redacten en términos amplios y abstractos, que puedan ser interpretados y adaptados a las cambiantes circunstancias con el paso del tiempo. No es el caso de Ecuador, cuyos textos constitucionales fueron redactados con tanto detalle que han generado la impresión de que todo aquello que no está escrito en la Constitución no existe y la interpretación literal es la única válida, relegando el principio de cláusula abierta.

De hecho, la Constitución de Ecuador consagra este derecho en términos similares a la CADH cuando en su artículo 8.2.h incluye como garantía el derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. Ahora bien, el el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) consagra el derecho a recurrir en materia penal en términos más específicos. El artículo 14 numeral 5 del PIDCP afirma que 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, reconociendo textualmente la garantía del doble conforme en materia penal. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, al interpretar el PIDCP, en su Observación General No. 32, ha explicado que «[e]l párrafo 5 del artículo 14 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] se vulnera no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto»[8].

A su vez, la Corte IDH, a pesar de que el artículo 8.2.h de la CADH contiene una formulación más general que la del PIDCP, en su jurisprudencia constante y reiterada ha determinado que independientemente del régimen recursivo que adopten los Estados Partes, para que este sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea y que ello requiere que se pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. De hecho, para realizar esta interpretación de que se

[8] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 47.

trata de un derecho que asiste a quien ha sido condenado penalmente, la Corte IDH suele citar el lenguaje concreto del artículo 14.5 del PIDCP.

A pesar de que Ecuador es un Estado parte del PIDCP y de la CADH, no sólo que la Constitución no reconoce este derecho (lo cual, a mi juicio, no sería necesario), sino que el sistema procesal penal tampoco se había adecuado del todo a esta garantía, y la legislación procesal penal permitía que una condena impuesta por un tribunal de apelación a una persona que en primera instancia fue absuelta, no pueda ser revisada por un tribunal superior.

En general, la Corte Constitucional ha sido respetuosa de la decisión del legislativo a la hora de diseñar los recursos procesales y sus requisitos. Así, cuando en septiembre de 2020, la Corte Constitucional conoció un primer caso en el que a través de la acción extraordinaria de protección[9] se alegaba expresamente la vulneración del derecho al doble conforme[10], la mayoría de la Corte Constitucional decidió desestimar la acción a pesar de que la responsabilidad penal se declaró recién en segunda instancia, pues el Tribunal de primera instancia dictó sentencia absolutoria. Cabe agregar que el condenado además había presentado un recurso de casación en el que alegó expresamente la vulneración del derecho al doble conforme, y la Corte Nacional razonó que esta institución no se aplicaba al caso pues había podido recurrir de la sentencia en la que se lo condenó.

En mi voto salvado, reconocí que la actuación de la Corte Nacional como tribunal de casación se realizó en observancia del alcance limitado del recurso de casación en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante, en mi opinión la Corte Constitucional debió observar que el recurso de casación no garantizó la doble conformidad judicial, expresada en el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio. Razoné que en materia penal, la garantía de recurrir el fallo no se satisface únicamente con la disponibilidad de un recurso de apelación que permita impugnar la decisión emitida en primera instancia; sino, con la garantía de que la decisión de condenar penalmente a una persona sea ratificada por un tribunal superior luego de una revisión integral de la sentencia.

Para ello, me referí a la consagración del derecho al doble conforme en el PIDCP, y a la manera en que la Corte IDH ha declarado reiteradamente la responsabilidad internacional de los Estados que, incluso garantizando una doble instancia, no garantizan una revisión íntegra de la condena que sea impuesta por primera vez por un tribunal de apelación. En efecto, la Corte IDH ha interpretado que «inde-

[9] La acción extraordinaria de protección se interpone ante la Corte Constitucional y procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado derechos por acción u omisión directa de la autoridad judicial.

[10] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1486-14-EP/20. Juez ponente: Ramiro Avila. Aprobada con siete votos a favor y un voto salvado de la jueza Salazar.

pendientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes, y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada»[11].

Según la Corte IDH, «la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado»[12]. También a criterio de la Corte IDH, «el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención»[13].

La Corte IDH ha sido muy clara en señalar que en materia penal el derecho a recurrir «permite corregir errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, por lo que genera una doble conformidad judicial, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. En concordancia con lo anterior, a efectos que exista una doble conformidad judicial, la Corte ha indicado que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la sentencia recurrida»[14].

---

[11] Corte IDH. Caso Gorigoitía Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382, párr. 48. En el mismo sentido: Caso Valle Ambrosio y otro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 20 de julio de 2020. Serie C No. 408, párr. 43.

[12] Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 89. En el mismo sentido: Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 179; Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255, párr. 97; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 242; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 85.

[13] Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 92.

[14] Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 85.

En mi voto, expuse también la manera en que otras Altas Cortes de la región se han aproximado al tema. Me referí al fallo Casal que evidencia cómo la Corte Suprema de la Nación de Argentina, en 2005, realizando una debida interpretación de las disposiciones que rigen la casación penal, sin necesidad de modificarlas, hizo efectivo el derecho a recurrir el fallo cumpliendo con la garantía del doble conforme en materia penal[15]. También expliqué cómo en Colombia se abordó el tema a través del control abstracto de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional en el año 2014[16].

En otras ocasiones, eventualmente he considerado que no corresponde insistir en mis votos salvados, sino que, reconociendo que el precedente de la Corte me vincula también como jueza, me he adherido a la opinión de la mayoría de la Corte[17]. Sin embargo, en este tema, el desarrollo jurisprudencial ha sido muy acelerado y la diversidad de casos que la Corte ha debido conocer ha generado que más jueces y juezas aporten sus visiones particulares sobre el tema y eventualmente se adhieran a esta posición garantista, que hoy es mayoritaria.

Así, en noviembre de 2020 en mi calidad de ponente presenté al Pleno un caso con mis argumentos por los que consideraba que la Corte debía declarar la vulneración a varios derechos, entre ellos el doble conforme, producida por el auto de abandono del recurso de apelación dentro de un proceso penal y la posterior negativa de señalar un nuevo día y hora para que se lleve a cabo la misma, a pesar de que el tribunal de apelación aceptó la justificación de la inasistencia a la audiencia presentada por la abogada defensora[18]. La sentencia se aprobó por unanimidad con nueve votos a favor, entre los cuales se cuentan los votos concurrentes en los que se puede apreciar los valiosos criterios particulares de las juezas Nuques y Corral y los jueces Salgado y Herrería, respecto del derecho al doble conforme en materia penal. Ya en ese momento, lo que hace tan solo dos meses atrás era un voto salvado, constituía el precedente de la Corte. A este caso le siguieron muchos más en los que la votación se dividía, con votos salvados o concurrentes, según las circunstancias fácticas del caso y las apreciaciones que sobre el derecho al doble conforme realizaba el juez o jueza ponente de la causa.

En marzo de 2021, con ponencia del juez Avila, la Corte declaró la vulneración al doble conforme en un caso en el que la de segunda instancia declaró el

[15] Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Sentencia de 20 de septiembre de 2005 en la causa «Casal, Matías Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa».

[16] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-792-14 de 29 de octubre de 2014.

[17] Corte Constitucional del Ecuador. Voto concurrente a la Sentencia No. 24-16-IS/21 de 2 de junio de 2021.

[18] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 987-15-EP/20. Jueza constitucional ponente: Daniela Salazar Marín. Sentencia aprobada con nueve votos a favor, entre los cuales se cuentan los votos concurrentes de las y los jueces Carmen Corral, Enrique Herrería, Teresa Nuques y Hernán Salgado.

abandono del recurso de apelación por una negligencia de la persona que asumió la defensa de la persona imputada, sin constatar que la falta de comparecencia a la audiencia de fundamentación del recurso de apelación se debió a cuestiones imputables a los abogados del accionante, que impidieron que pusieron en indefensión a la persona condenada. La Corte identificó que la declaración del abandono del recurso de apelación, impidió la realización del derecho al doble conforme en materia penal[19]. La sentencia se aprobó con seis votos a favor, y el voto salvado de las juezas Nuques y Corral, así como del juez Herrería.

En abril de 2021, con ponencia del juez Herrería, la Corte consideró que el tribunal de apelación vulneró el derecho a recurrir al declarar el abandono del recurso de apelación[20]. Se trataba de un caso muy similar al anterior, pues el tribunal declaró el abandono debido a la inasistencia de su anterior abogada patrocinadora a la audiencia de fundamentación del recurso, a pesar de que el motivo de dicha inasistencia se debió a que la abogada había dejado de pertenecer a la Defensoría Pública. La sentencia se aprobó por unanimidad con nueve votos a favor, entre los cuales se cuenta el voto concurrente de los jueces Avila, Lozada y Salazar en el que señalaron que, además de declarar la vulneración del derecho a recurrir, se debió declarar la vulneración al derecho al doble conforme.

En mayo de 2021, con ponencia del juez Salgado, la Corte Constitucional conoció otro caso en el que la Corte de segunda instancia declaró el abandono del recurso de apelación a pesar de que el abogado patrocinador justificó su inasistencia a la audiencia de apelación y solicitó se señale una nueva audiencia. La Corte Constitucional interpretó que la corte de segunda instancia impuso trabas irrazonables que afectaron en forma desmedida la posibilidad del recurrente para ser escuchado en audiencia y fundamentar su apelación y declaró la vulneración del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva. Además, esta vez en aplicación del principio *iura novit curia*, declaró la vulneración de la garantía del doble conforme[21]. La sentencia fue aprobada por nueve votos a favor, entre los que se cuentan el voto concurrente conjunto de las juezas Corral y Nuques, y el voto concurrente del juez Herrería, con sus consideraciones sobre

[19] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1989-17-EP/21. Juez constitucional ponente: Ramiro Avila Santamaría. Las juezas Nuques y Corral presentaron su voto de manera conjunta, mientras que el voto salvado del juez Herrería no fue presentado dentro del término establecido en el inciso cuarto del artículo 38 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

[20] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1961-16-EP/21. Juez ponente: Enrique Herrería. Sentencia aprobada con nueve votos a favor, entre los cuales se cuenta el voto concurrente conjunto de los jueces Ramiro Avila, Alí Lozada y Daniela Salazar.

[21] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 151-15-EP/21. Juez ponente: Hernán Salgado. Sentencia aprobada por nueve votos a favor, entre los que se cuentan el voto concurrente conjunto de las juezas Corral y Nuques, y el voto concurrente del juez Herrería.

las diferencias entre el derecho a recurrir y el derecho al doble conforme en materia penal.

En junio de 2021, presenté al Pleno la ponencia de un caso en el que la Corte Constitucional declaró la vulneración al derecho al doble conforme producida por la declaratoria de desistimiento tácito del recurso de apelación dentro de un proceso penal[22]. Esta declaratoria se dio durante la audiencia de fundamentación del recurso, la cual se instaló después de haberse negado la solicitud de diferimiento presentada por parte del defensor público que los patrocinaba. A la diligencia compareció otro defensor público quien manifestó al tribunal que había sido designado recién esa mañana, por lo que no estaba preparado para ejercer la defensa, y había solicitado al tribunal que no declare el abandono del recurso, sino que se suspenda la diligencia con el fin de que se fije un nuevo día y hora. A pesar de ello, la Corte Provincial declaró el desistimiento tácito. La Sentencia fue aprobada por con nueve votos a favor, entre los que se cuentan el voto concurrente conjunto de las juezas Corral y Nuques, y los votos concurrentes del juez Herrería y del juez Salgado, con sus consideraciones particulares sobre el derecho a recurrir y el derecho al doble conforme.

En septiembre de 2021, tan solo un año después del primer voto salvado sobre la materia, en un nuevo caso relativo a una declaratoria de desistimiento del recurso de apelación dictado en un proceso penal, la Corte Constitucional con ponencia de la jueza Nuques declaró, entre otros, la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de recurrir el fallo y del doble conforme[23]. Esta vez, se trató de un caso en el que la declaratoria de desistimiento del recurso por parte de la la Corte Provincial, se dio bajo el criterio de que el recurso se encontraba «indebidamente fundamentado», cuando el desistimiento sólo podía declararse según el artículo 652 numeral 9 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) cuando «el recurrente no fundamente el recurso». La Sentencia consideró que el recurso de apelación era el mecanismo que garantizaba el análisis de fondo del proceso condenatorio contra el procesado, y que al establecer la Corte Provincial trabas irrazonables para su ejercicio, no solo vulneró el derecho a la defensa en la garantía de recurrir el fallo, sino que además afectó el derecho al doble conforme. La sentencia se aprobó de manera unánime, sin votos concurrentes o salvados.

Ahora bien, los casos hasta aquí expuestos se relacionaron con situaciones como la declaratoria de abandono o desistimiento tácito en el marco de recursos

[22] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 3068-18-EP/21. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín. La Sentencia fue aprobada por con nueve votos a favor, entre los que se cuentan el voto concurrente conjunto de las juezas Corral y Nuques, y los votos concurrentes del juez Herrería y del juez Salgado.

[23] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2529-16-EP/21. Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez.

penales, en situaciones imputables a las autoridades jurisdiccionales que conocieron tales casos. Mas el supuesto es distinto, y harto más complejo, cuando lo que impide que se revise de manera íntegra una sentencia condenatoria en materia penal, es el propio diseño procesal, como ocurre cuando sí existen dos sentencias, en dos instancias distintas, pero la condena se produce recién en la segunda instancia, sin que a través del recurso de casación o de revisión, el diseño procesal permita una revisión integral de la sentencia, y sin que el control de convencionalidad sea un concepto suficiente o apto para que jueces y juezas se pronuncien con base en un recurso que no existe en la legislación penal y por fuera de sus competencias. La dificultad procesal para entrar en este análisis consiste en que la acción extraordinaria de protección, en principio, no está configurada para juzgar, en abstracto, eventuales vulneraciones a derechos fundamentales como las provocadas por una omisión normativa, no imputable a la autoridad judicial, sino que se restringe a situaciones producidas de manera directa por acciones y omisiones de autoridades jurisdiccionales.

Pues bien, en noviembre de 2021, con ponencia del juez Lozada, la Corte Constitucional conoció un caso en el que debía resolver si se vulneró el derecho al doble conforme del accionante al haber sido condenado por primera ocasión en la instancia de apelación y únicamente poder acceder a recursos extraordinarios como la casación. La Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 75 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales (LOGJCC) que le faculta a promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales, realizó un control incidental de constitucionalidad e identificó una vulneración del derecho al doble conforme originada en una laguna estructural[24] consistente en la omisión del legislativo de instituir un recurso procesal apto para garantizar el derecho al debido proceso cuando la condena penal se da por primera vez en segunda instancia. En consecuencia, la Corte habilitó, con efectos inter pares, un recurso —a ser regulado por la Corte Nacional de Justicia— que garantice el derecho al doble conforme en este supuesto, hasta que la Asamblea Nacional cumpla la orden —también emitida en esta sentencia— de colmar esta laguna[25].

[24] Luigi Ferrajoli emplea el término «laguna estructural» para designar la ausencia de garantía legislativa de un derecho fundamental, defecto que no puede superarse mediante la interpretación, sino que exige la expedición de una ley de «actuación». Véase, Ferrajoli, L. Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, tomo 1, Trotta, Madrid, 2011.

[25] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1965-18-EP/21 (Caso laguna estructural y doble conforme). Juez ponente: Alí Lozada Prado. Sentencia aprobada con seis votos a favor, un voto en contra de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce; y, dos votos salvados de los jueces Enrique Herrería Bonnet y Hernán Salgado Pesantes.

La Sentencia fue aprobada con seis votos a favor, un voto en contra de la jueza Corral Ponce y votos salvados de los jueces Herrería y Salgado. El juez Herrería fundamentó su voto en que a su juicio no se cumplían las condiciones para realizar un control incidental de constitucionalidad; en que la Constitución no establece un mandato concreto que reconozca el derecho al doble conforme, ni la disposición que obligue al legislador su adecuación normativa, mucho menos una disposición expresa que establezca un plazo para su cumplimiento; así como en que no existe una obligación de adoptar las directrices elaboradas por el Comité de Derechos humanos en virtud de su naturaleza explicativa y no imperativa. El juez Salgado fundamentó su voto en la inexistencia de una norma que permita a la Corte abrir de oficio un incidente de inconstitucionalidad por omisión.

En diciembre de 2021, se aprobó una sentencia ponencia de la jueza Nuques[26] —esta vez en el marco del control abstracto de constitucionalidad y no en el marco de la acción extraordinaria de protección— en la que la Corte conoció una acción pública de inconstitucionalidad presentada contra de la Resolución No. 10-2015 emitida por la Corte Nacional de Justicia[27], que creó una fase de admisión en el recurso de casación penal[28]. La CCE declaró que la Resolución es inconstitucional por la forma por contradecir el procedimiento establecido en la Constitución para la emisión de jurisprudencia vinculante[29]. Además, en su razonamiento consideró que «el deber del Estado ecuatoriano de incluir en su normativa procesal penal un recurso por medio del cual se les garantice a los procesados su derecho al doble conforme, cuando aquellos hayan obtenido su primera sentencia condenatoria en apelación o casación, constituye una garantía del debido proceso penal recogida en el bloque de constitucionalidad» [30]. En consecuencia,

[26] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 8-19-IN y acumulado/21. Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez. Sentencia aprobada con siete votos a favor, entre los que se cuentan los votos concurrentes de la jueza Carmen Corral Ponce, el juez Agustín Grijalva Jiménez, la jueza Daniela Salazar Marín. Además se consignó el voto salvado del Juez Hernán Salgado Pesantes; y el voto en contra del Juez Constitucional Enrique Herrería Bonnet. En lo personal consideré, entre otros, que la Corte debió declarar la también inconstitucionalidad por el fondo de la resolución impugnada.

[27] Resolución 10-2015 emitida por la Corte Nacional el 5 de julio de 2015, y publicada en el Registro Oficial No. 563, el 12 de agosto de 2015.

[28] Según la Resolución, «recibido el recurso de casación en la Corte Nacional de Justicia, corresponde al tribunal designado por sorteo, determinar si el escrito cumple con los requisitos de admisibilidad, conforme lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal artículo 657.2, en caso de cumplirlos se convocará a audiencia de fundamentación del recurso, caso contrario, declarada la inadmisibilidad se devolverá el expediente al tribunal de origen, de esta declaratoria no habrá recurso alguno».

[29] Aclaró que la declaratoria que tendría efectos hacia el futuro, lo que incluye los casos pendientes de resolución y entre éstos, aquellos en que se han presentado acción extraordinaria de protección para tutelar posibles violaciones a derechos constitucionales.

[30] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 8-19-IN y acumulado/21. Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez, párr. 97.

por conexidad, la Corte declaró la inconstitucionalidad por omisión del Código Orgánico Integral Penal, por no prever un recurso que garantice el derecho al doble conforme reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El impacto de estas Sentencias en el efectivo goce de este derecho fue inmediato, pues con fundamento en ellas en marzo de 2022 la Corte Nacional cumplió con la disposición de la Corte Constitucional y emitió una Resolución[31] regulando el «recurso especial de doble conforme» para casos de primera condena en recurso de apelación, para casos de primera condena en sentencia de casación, para casos de fuero de Corte Provincial y Corte Nacional, y para casos de adolescentes en conflicto con la ley penal[32].

Por su parte, la Corte Constitucional ha continuado desarrollando su jurisprudencia sobre el tema, tanto en casos en los que la vulneración del derecho a la defensa en la garantía de recurrir el fallo se produjo por la laguna estructural identificada en la sentencia No. 1965-18-EP/19 consistente en la omisión del legislativo de establecer un recurso procesal eficaz, para garantizar el derecho a la defensa en la garantía de doble conforme cuando una persona es condenada por primera vez en segunda instancia[33]; como en casos en que declaró la vulneración del derecho al doble conforme instrumentalizado en el derecho al debido proceso, producida por la declaratoria de desistimiento tácito del recurso de apelación dentro de un proceso penal, por una supuesta falta de fundamentación del mismo[34].

---

[31] Corte Nacional del Ecuador. Resolución No. 04-2022: Normas que Regulan el Recurso Especial de Doble Conforme. 30 de marzo de 2022.

[32] Si bien hasta la fecha de envío de este texto la Asamblea ha incumplido la disposición de adecuar la normativa interna, en la práctica en virtud de la Resolución de la Corte Nacional las personas procesadas gozan ya de este derecho.

[33] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2128-16-EP/21. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín. Aprobada con siete votos a favor, entre los que se cuenta el voto concurrente de la jueza Corral, y un voto en contra del juez Herrería. En su voto concurrente, la jueza Corral explica su decisión de considerar a la sentencia No. 1965-18-EP/21, como precedente, sin perjuicio de que advirtió que, cuando existan casos particulares en los que pueda presentar motivadamente su posición jurídica respecto a que el derecho a recurrir no siempre implica una vulneración al doble conforme, lo evidenciará con un voto salvado. Sentencia 2251-19-EP/22. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín. Aprobada con siete votos a favor entre los que se encuentran los votos concurrentes de la jueza Corral, y los jueces Escudero y Ortiz y un voto salvado del juez Herrería. Sentencia 2516-19-EP/22. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín. Aprobada con siete votos a favor entre los que se encuentran los votos concurrentes del juez Escudero y el juez Ortiz. Sentencia 2913-19-EP/22. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín. Aprobada con ocho votos a favor entre los que se encuentra el voto concurrente del juez Escudero, y un voto salvado del juez Herrería.

[34] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 200-20-EP/22. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín. Aprobada con nueve votos a favor entre los que se cuentan los votos concurrentes de la jueza Corral y el juez Herrería.

Cabe resaltar que varios de estos casos se aprobaron con posterioridad a la renovación parcial de la Corte producida en febrero de 2022, y que la jueza y los dos jueces entrantes han respetado el precedente de la Corte, al tiempo que también han aportado con su perspectiva sobre el tema. En particular, los jueces Escudero y Ortiz formularon en un inicio votos concurrentes a través de los cuales han aportado con su razonamiento particular en lo relativo a i) la garantía al doble conforme en materia penal como un presupuesto elemental de la interrelación entre el derecho a la defensa, a recurrir y el principio de presunción de inocencia, ii) la determinación de un derecho constitucional derivado del bloque de constitucionalidad y la rigidez constitucional entendida como garantía de derechos y iii) la improcedencia de sostener que la garantía al doble conforme genera una laguna estructural que se colma exclusivamente con norma y no vía interpretación.

A los casos citados hasta el envío de este texto para su publicación, en julio de 2022, le seguirán sin duda muchos casos más, no sólo porque se trata de un tema estructural en el que el diseño procesal ha afectado a muchísimas personas privadas de libertad en Ecuador, que han sido condenadas sin que exista la doble conformidad en su sentencia, sino además porque la actual conformación de la Corte ha decidido priorizar los casos de doble conforme, saltando el orden cronológico de conocimiento de las causas, en consideración, entre otros, de la gravísima crisis carcelaria que afecta al país.

¿Control de convencionalidad o diálogo jurisprudencial?

Estimo que los casos expuestos ilustran cómo en virtud de esta visión más amplia de las fuentes del derecho, que está consagrada en nuestra Constitución, la Corte ha logrado proteger a varias personas condenadas que no habían tenido derecho a que su condena sea revisada en una segunda instancia. Cuando está en juego el poder punitivo del Estado, resulta esencial que las decisiones que condenan penalmente a las personas sean revisadas por un órgano superior de forma integral, a través de un mecanismo amplio que sea capaz de corregir cualquier error en esta decisión. A pesar de los obstáculos provenientes del diseño procesal en el país, a través de su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha sido garante los derechos de las víctimas sin necesidad de que éstas acudan al sistema interamericano de protección de derechos humanos. Se evidencia claramente que la construcción de un orden jurídico regional es esencial a efectos de asegurar la efectividad de los derechos humanos.

Ahora bien, la figura del control de convencionalidad, no sólo por las resistencias que ha generado la lógica de la última palabra, sino particularmente por sus limitaciones cuando se trata de casos en los que el diseño procesal impide que

los jueces y juezas actúen por fuera de sus competencias o en el marco de recursos inexistentes para controlar que su actuación sea coherente con la interpretación de la Corte IDH, no necesariamente es el camino para la garantía de derechos en el ámbito procesal. En un país donde el control constitucional se encuentra concentrado en la Corte Constitucional, resulta problemático sostener que en virtud del control de convencionalidad jueces o juezas de la justicia ordinaria pueden actuar sin competencia o por fuera de los límites de la acción que están conociendo, con el fin de garantizar el acceso a la doble conformidad en materia penal. Cosa distinta es que lo pueda hacer la Corte Constitucional, con fundamento en sus competencias como máximo garante de la Constitución.

Para cumplir este fin, tampoco resulta indispensable que la Corte Constitucional se fundamente en el control de convencionalidad cuando se trata de países como Ecuador con una Constitución tan receptiva de los tratados internacionales de derechos humanos. La Corte puede y debe garantizar los derechos que se encuentran en los tratados, no necesariamente porque exista un mandato de la Corte IDH, sino porque recibió un mandato del pueblo a través de la Constitución según el cual los derechos reconocidos en tratados internacionales son de aplicación directa en Ecuador[35]. Así, los seres humanos tenemos una doble protección de los derechos: aquella derivada de la Constitución y aquella derivada de los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución. La doble protección de los derechos la que gozan las personas en Ecuador se hace evidente en el artículo 10 de la Constitución según el cual las personas «son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales». Nuestro rol como jueces y juezas de la Corte Constitucional es utilizar las herramientas a nuestro alcance para asegurar que las personas puedan gozar efectivamente de estos derechos, independientemente de si se encuentran en el texto de la Constitución o en el texto de un tratado. Debemos procurar la armonización entre el derecho interno y el internacional, el camino no puede ser otro que el diálogo, aunque es imperioso reconducir ese diálogo para asegurar que se caracterice verdaderamente como un diálogo horizontal, de doble vía y plural.

En un diálogo jurisdiccional con estas características, los jueces y juezas interamericanos son al mismo tiempo constitucionales, y los jueces y juezas nacionales somos al mismo tiempo jueces interamericanos, y nos encontramos en pie de igualdad al momento de construir los mejores argumentos. Somos jueces y juezas a la vez interamericanos y constitucionales, pero lo somos por compromiso con la idea de un orden público común, mas no por un mandato. Un diálogo horizontal

[35] Sobre la aplicación directa de los tratados en un país como Ecuador, véase el voto concurrente de los jueces Avila, Grijalva, Lozada y Salazar a la Sentencia 1116-13-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador.

no puede partir de la hegemonía ni de la premisa de que determinado participante en el diálogo tiene la última palabra. En un diálogo con estas características, las dos partes deberían tener igual derecho a participar y los mejores argumentos sobre el sentido y alcance de los derechos son los que debieran finalmente prevalecer, sin importar su precedencia.

En la búsqueda de la interpretación más favorable a los derechos, los jueces y juezas no debemos caer en el falso dilema de si conviene mirar sólo hacia adentro o también hacia fuera. Debemos nutrir nuestras decisiones de un intercambio recíproco de argumentos e interpretaciones. Sólo tomando en debida consideración las otras interpretaciones, validándolas como autoridades persuasivas más que vinculantes, podremos construir un derecho común favorable a la protección de las personas. Después de todo, la convencionalidad implica, según el artículo 29 de la propia CADH, la interpretación más favorable, no necesariamente la interpretación de la Corte IDH como última palabra.

CAPÍTULO VII
INDEPENDENCIA JUDICIAL: DESAFÍOS EN LOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS

PRESENTACIÓN: PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Pablo Lucas Murillo de la Cueva
Magistrado del Tribunal Supremo

1. Explicación previa

El 10 de marzo de 2022 tuve el honor de moderar la mesa redonda dedicada a «La independencia judicial: desafíos en los sistemas democráticos» dentro de las sesiones del *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, celebrado en Madrid. La mesa redonda tuvo lugar en el Salón de Tapices del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y en ella intervinieron la profesora doña Paloma Biglino Campos, catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, quien fue Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; el profesor don Rafael Bustos Gisbert, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid y Director de su Instituto de Derecho Parlamentario; don Hugo Concha Cantú, maestro investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; y don Juan Silva Meza, ministro en retiro y Presidente que fue de la Suprema Cortes de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos. Debo agradecer al profesor y juez don Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot que me confiara esta tarea.

Dentro del amplio margen que permitía el objeto de la mesa, los intervinientes se distribuyeron las cuestiones a tratar. Así, la profesora Biglino Campos abordó los retos que para la Unión Europea supone la tendencia de los regímenes populistas existentes en su seno a suprimir los controles y limitaciones propias del Estado de Derecho, entre ellos la garantía de la independencia judicial. Se ocupó al respecto de las iniciativas de la Comisión Europea para hacer valer y desarrollar el Estado de Derecho y de las respuestas que ha dado a esos desafíos y analizó también los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra actuaciones estatales contrarias a dicha independencia.

Por su parte, el profesor Bustos Gisbert trató igualmente del rechazo populista al control judicial del ejecutivo y adoptó la perspectiva que ofrecen los trabajos realizados en el seno del Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Expuso los puntos principales del *soft law* sobre la materia que integran los documentos producidos por la Comisión de Venecia y el Consejo Consultivo de Jueces Europeos, así como las líneas principales seguidas por el Tribunal de Estrasburgo sobre la independencia judicial que sintetizó en tres aspectos: el derecho de los ciudadanos al juez independiente; la independencia judicial como pauta para la organización de los poderes del Estado; y el derecho del juez a su independencia.

A su vez, el maestro Concha Cantú hizo un análisis de la independencia judicial en su sentido originario y en su funcionalidad actual y señaló que, en la medida en que los jueces controlan el poder y son garantes de la Constitución, suscitan la apetencia de los partidos políticos por influir en ellos. Observó que la protección que reciben los jueces es insuficiente y se preguntó si no se está produciendo una captura del regulador, refiriéndose al debate sobre la autonomía e los órganos llamados a preservar la independencia judicial. Propugnó la mayor transparencia, de un lado, y la congruencia jurisprudencial como medidas idóneas para mantener la efectividad de la independencia judicial.

Y el Presidente Silva Meza, además de incidir en el significado constitucional de la independencia judicial, recordó cuanto dispone la Constitución de 1917, se ocupó de las reformas de las que ha sido objeto y del contraste entre las disposiciones constitucionales y la realidad. Completó su exposición con el examen de los problemas específicos de la experiencia mexicana reciente.

En el debate subsiguiente hubo ocasión de tratar el problema específico de España y también se puso de manifiesto que nadie está a salvo de las derivas iliberales y populistas y, por tanto, del peligro que suponen para la efectividad de la independencia judicial, elemento central del Estado de Derecho, a su vez inseparable de la democracia representativa.

Las páginas que siguen desarrollan brevemente las ideas que, a partir de las distintas exposiciones, procuré apuntar en el intercambio de puntos de vista, esencialmente coincidentes en lo fundamental, que se produjo en el curso de la mesa redonda[1].

2. Las dimensiones de la independencia del juez

La idea de independencia es consustancial a la noción de juez. En cualquier idioma y, se puede añadir, en cualquier cultura, se entiende por juez al tercero

[1] Ideas que en lo principal parten de cuanto expuse en Pablo Lucas Murillo de la Cueva. *La independencia y gobierno de los jueces. Un debate constitucional*. Reus, Madrid, 2018.

imparcial llamado a resolver los conflictos sociales con sumisión a las reglas preestablecidas por las que se rige la convivencia, sean estas de Derecho positivo o no, estén consignadas por escrito, surjan de la costumbre o se deduzcan de principios o valores aceptados por la sociedad.

La tercería del juez frente a las partes en discordia implica necesariamente su equidistancia frente a ellas y su independencia frente a todo aquello que no sean esas reglas a las que, sin embargo, está sujeto, de las que sí es dependiente. Cualquier otra sujeción, ya proceda de la imposición de los poderes públicos o de los poderes sociales, es incompatible con el concepto de juez. En definitiva, aunque se le de ese nombre, si no es independiente, si depende de estos últimos condicionantes, no es juez y no será reconocido como tal.

La independencia e imparcialidad del juez, su sometimiento exclusivo a reglas predeterminadas, explican que la sociedad le confíe la función de resolver las controversias y también que quienes acuden a él acepten someterse a su juicio. En la medida en que el mantenimiento pacífico de la vida social necesita reglas, requiere mecanismos de composición de los conflictos que inevitablemente se producen en su seno al aplicarlas, la figura y la función del juez son esenciales. De igual modo que *ubi societas ibi ius*, hay que decir que *ubi ius ibi iudex*.

En el Estado de Derecho, la independencia judicial es una de sus notas distintivas. Entre las formas en que se manifiesta destaca el derecho de los ciudadanos al juez independiente. Así está plasmado en el artículo 6 del Convenio de Roma y en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y así sucede en España a la luz de los artículos 24 y 117 de la Constitución. Es natural pues el constitucionalismo en cuyo seno se construye el Estado de Derecho se distingue, ante todo por la garantía de los derechos, y por la idea de que es imprescindible para asegurarla: la separación de poderes. Y la manifestación más clara de esta última respecto del poder judicial es la de su independencia.

Predicada del juez, por tanto, la independencia tiene un sentido subjetivo y otro objetivo. Ambos excluyen toda forma de subordinación. Así, en sentido subjetivo, apela a la propia integridad y entereza personal del juez para resistir presiones o incitaciones a pronunciarse en un sentido determinado. Integridad y entereza que, al menos, han de ser como las de cualquier persona normal. También en su dimensión subjetiva, se convierte en derecho del juez a su independencia. Derecho que, como el de los ciudadanos al juez independiente, se proyecta sobre la arquitectura estatal. De este modo, en sentido objetivo, comporta que la sociedad le ponga a resguardo de imposiciones o presiones dirigidas a impedirle actuar con sujeción a las reglas predeterminadas a las que sirve y cuya correcta aplicación está llamado a garantizar o a desviarle de ese proceder.

No parecen necesarias especiales explicaciones para justificar que la independencia judicial en esta dimensión objetiva solamente se puede asegurar eficazmen-

te en un contexto organizativo en el que se excluye por definición el abuso, la arbitrariedad o la actuación contraria a las reglas preestablecidas. Solamente lo ofrece el Estado de Derecho construido bajo el régimen constitucional y sustentado en una democracia representativa. En realidad, el Estado social y democrático de Derecho no es concebible sin jueces independientes pues son los que, en último término, aseguran el sometimiento de todos a la Ley, de autoridades y particulares. Al mismo tiempo, la garantía de la independencia judicial requiere del Estado de Derecho con todos los corolarios que le son propios, entre ellos el de la separación de poderes y, dentro de ella, la imprescindible inamovibilidad de los jueces.

Ahora bien, contar con un ordenamiento constitucional que responda a estos principios es condición necesaria pero no suficiente para dar por asegurada su vigencia real, ni garantizado ese elemento esencial en que consiste la independencia judicial. Al igual que con los derechos fundamentales, la cuestión no es su declaración. Esta es solamente el principio, pero lo que importa verdaderamente es que, además de proclamados, sean respetados efectivamente. Al igual que ocurre con todos los principios que presiden esa forma jurídico-política.

Por tanto, esta última, el Estado social y democrático de Derecho, es un presupuesto constitucional de la independencia judicial pero no basta. Es necesario pero no suficiente.

3. Las formas de garantía de la independencia judicial

Avanzando a partir de aquí, hay que precisar que, si bien la independencia judicial expresa la separación de poderes, no se debe olvidar que ésta se articula de diferentes formas y no llega a tratar a cada uno como si fuera un comportamiento estanco respecto de los otros. El de separación de poderes es un principio tendencial que rige con mayor o menor intensidad según la interpretación que del mismo haya hecho el constituyente y al margen de la relativización que para él supone la acción de los partidos políticos y las relaciones mayoría-minorías.

Ciertamente, todas las formas de realizarlo tienen en común que, a diferencia de lo que sucede con los poderes legislativo y ejecutivo, el judicial queda en cierto modo aparte, se ve preservado de las acciones y reacciones de los otros dos. Su organización y funcionamiento están regulados por la Constitución y las leyes y la actuación jurisdiccional de los juzgados y tribunales se rige por las leyes procesales. Ni unas ni otras contemplan interferencias en ninguno de esos planos por parte de los demás poderes públicos. Esa diferencia respecto de las relaciones que mantienen entre sí el legislativo y el ejecutivo responde a la asunción de la independencia del Poder Judicial como postulado que informa su tratamiento normativo e institucional.

De igual modo que son distintos los sistemas de gobierno, es decir la forma de articular los poderes legislativo y ejecutivo y sus relaciones y que, también, varían las maneras en que se elige a los miembros de los parlamentos y se inviste a los gobernantes sin que se pongan en peligro los fundamentos del Estado de Derecho y de la democracia representativa, la configuración del Poder Judicial puede seguir soluciones diversas.

Es general, desde luego, la proclamación de la inamovibilidad de los jueces y la exclusión de mecanismos orientados a exigirles responsabilidad política así como de formas de control externo sobre ellos. Una y otras no obedecen a que sean irresponsables, que no lo son, sino a que la responsabilidad que puedan contraer se exige por cauces diferentes que hoy en día no están en manos ni de los parlamentos —el *impeachment* anglosajón es una reliquia-— ni de los gobiernos sino de los tribunales de justicia o de órganos específicamente creados al objeto, ajenos al legislativo y al ejecutivo precisamente para preservar la independencia judicial. Del mismo modo, el proceso, que es el procedimiento mediante el que los jueces juzgan, en el que ejercen la potestad jurisdiccional, se caracteriza por su estanqueidad respecto a injerencias desde instancias políticas cualquiera que sea su naturaleza.

¿A qué obedece entonces la preocupación por la independencia judicial dentro del Estado social y democrático de Derecho? ¿Por qué no es suficiente su proclamación?

4. Los riesgos a que se enfrenta la independencia judicial en el Estado social y democrático de Derecho

Son dos las fuentes principales de los problemas a los que se enfrenta.

De un lado, están los relativos a la forma en que se selecciona y nombra a los jueces, especialmente a los de los tribunales que culminan la organización judicial, cuestión relacionada con lo que se ha llamado el gobierno del Poder Judicial. Del otro, los que tienen que ver, no con los demás poderes públicos, sino con la expresión de la opinión pública.

4.1. El nombramiento de los jueces y la independencia judicial y el debate español

La observación de los procedimientos seguidos en las distintas experiencias muestra tres grandes modelos o sistemas sobre la selección y el nombramiento de

los jueces: el que llamaremos anglosajón o externo, el continental europeo tradicional y el institucional[2].

En el primero, plasmado en la Constitución de los Estados Unidos, intervienen el poder ejecutivo en el que reside la iniciativa y el poder legislativo al que corresponde ratificarla y el nombramiento es para un destino judicial específico.

El segundo descansa en la existencia de un cuerpo funcionarial, la Carrera Judicial, en el que se ingresa por procedimientos selectivos principalmente objetivos y rigurosos y se progresa esencialmente por antigüedad mediante concursos, salvo en los últimos escalones en los que juega la decisión discrecional del ejecutivo y del vértice del propio Poder Judicial.

En el tercero, manteniendo la Carrera Judicial, se atribuyen las decisiones sobre el estatuto de los jueces a órganos colegiados, denominados Consejos, dotados de autonomía constitucional

No hay en Europa continental aplicaciones del primer modelo e, incluso, en Inglaterra de donde procede, se ha producido una corrección parcial del sistema, pues se han introducido órganos y procedimientos para valorar los méritos profesionales de los aspirantes a ser nombrados jueces aunque la decisión permanezca en manos gubernamentales[3]. También se conocen experiencias como la alemana en que los nombramientos judiciales son fruto de decisiones adoptadas sin publicidad por comisiones en que se reúnen miembros del *Bundestag* y de los gobiernos, federal y de los *Länder*. Y hay que decir que no existe un especial debate en estos países sobre la independencia de los jueces así nombrados.

En cambio, desde 1946 se ha experimentado una amplia extensión del modelo institucional en países en los que se seguía el que he llamado continental, de tal modo que es el predominante hoy en día en Europa, hasta tal punto de que se ha constituido una Red que reúne a los Consejos de la Magistratura[4], solución que también ha conocido una importante implantación en América, en países de habla hispana.

Si nos mantenemos en el horizonte europeo, comprobaremos que la preocupación por la independencia judicial gira en torno a la composición de los Consejos. De los existentes, la solución más extendida es la que reúne a jueces y juristas y el debate planteado con especial intensidad se orienta en el sentido de que los primeros sean mayoría y, además, elegidos por los propios jueces. Esta es la opción

---

[2] Esa distinción la tracé en Pablo Lucas Murillo de la Cueva. «El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 35/1995, pp. 167 y sigs.

[3] Rosa María Fernández Riveira, «El modelo británico de nombramientos judiciales: «Judicial Independence Law», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 44/2019, pp. 453 y sigs.

[4] Se puede acceder a su web en https://www.encj.eu/.

de la llamada Carta Magna de los Jueces Europeos[5] y la defiende el Consejo Consultivo de Jueces Europeos[6], ambos en el ámbito del Consejo de Europa.

En España, contamos por disposición de la Constitución con un órgano de este tipo: el Consejo General del Poder Judicial.

Compuesto por veinte miembros y presidido por el Presidente del Tribunal Supremo, elegido por ellos, las Cortes Generales designan por mayoría cualificada a todos, a los veinte consejeros, aunque de ellos doce han de ser elegidos necesariamente entre jueces en activo avalados por los jueces. Los otros ocho han de ser elegidos entre juristas de reconocida competencia con al menos quince años de ejercicio profesional. La elección de unos y otros ha de ser por mayoría de tres quintos de cada cámara.

La Constitución que encomienda a las cámaras legislativas la elección de los ocho consejeros juristas, deja al legislador la decisión sobre de qué modo han de ser designados los doce consejeros jueces. Y, si bien inicialmente, en 1980, se confirió a los jueces su elección, desde 1985 la Ley Orgánica del Poder Judicial se la atribuyó a las cámaras que integran las Cortes Generales. Posteriores modificaciones legales han precisado que la elección de los doce consejeros jueces han de hacerla los diputados y los senadores necesariamente entre los candidatos surgidos de entre los propios jueces y avalados por ellos mismos. Se trata de un procedimiento, regulado con detalle en la Ley Orgánica del Poder Judicial y abierto a todos los miembros de la Carrera Judicial en activo los cuales se pueden postular como candidatos con el aval de veinticinco jueces o magistrados o el de una asociación judicial. Por tanto, la decisión del Congreso de los Diputados y del Senado consiste en ponerse de acuerdo, por mayoría de tres quintos, sobre doce de entre esos candidatos surgidos de entre los jueces y coincidir por la misma mayoría en la selección de los ocho consejeros juristas.

Este sistema ha sido considerado conforme a la Constitución y no ha sido tachado de incompatible con los principios del Convenio Europeo de Derechos Humanos ni con el ordenamiento de la Unión Europea. De ahí que se haya dicho que es tolerado o admitido, porque la opción preferida y recomendada desde instancias europeas —el Consejo Consultivo de Jueces Europeos y la Comisión de Venecia— es la del Consejo en que, siendo mayoría entre sus componentes los jueces, estos son elegidos por los mismos jueces[7].

---

[5] Puede verse en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Consejo-Consultivo-de-Jueces-Europeos/relacionados/Carta-magna-de-los-jueces.

[6] El Consejo General del Poder Judicial recoge los informes de este Consejo Consultivo de Jueces Europeos en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Consejo-Consultivo-de-Jueces-Europeos/.

[7] Rafael Bustos Gisbert, «Política, independencia y autogobierno judicial: cuatro miradas», de próxima publicación en la *Revista de Estudios Políticos*, distingue entre el modelo de Consejo preferido y el solamente tolerado.

Como es sabido, en España el debate, durante mucho tiempo amortiguado, se ha vuelto particularmente agudo en los últimos años sobre este particular extremo. El argumento principal que se esgrime en contra de la solución establecida es que la atribución de la designación de todos los consejeros a las Cortes Generales politiza al Consejo General del Poder Judicial y, por extensión, a los jueces que este nombra de manera discrecional, cosa que está prevista para muy pocos puestos, un 4% del total de destinos judiciales, pero, sin duda, los más importantes: magistrados del Tribunal Supremo, presidentes de sus Salas y presidentes de los demás tribunales. En cambio, se sostiene que si la mayoría de los consejeros, los doce judiciales, fueran elegidos directamente por los jueces, ese riesgo de politización se contendría.

La difusión de los Consejos parece indicar que son adecuados para hacer efectiva la independencia judicial pero no significa que sean la única manera de lograrla, tal como lo demuestra la pervivencia de otros modelos y de soluciones singulares en diversos países europeos. Del mismo modo, siendo el objetivo esa efectividad, la discusión sobre el tipo de Consejo que se ha de establecer habrá de tener en cuenta, principalmente, si consigue o no dicho propósito. Desde la perspectiva española, hay que decir sobre ello que nuestro Consejo General del Poder Judicial no ha impedido, sino todo lo contrario, la independencia de los jueces españoles de todas las categorías.

Soy consciente de que hoy en día se sostiene con empeño lo contrario por autores respetables, por fuerzas políticas importantes y por las asociaciones judiciales. Para ellos la elección parlamentaria de todos sus miembros politiza al Consejo y, por extensión, a los magistrados que han de desempeñar los principales cargos judiciales nombrados por él. Esta afirmación mantenida con insistencia se nutre del debate político originado entre mayoría y oposición y se sustenta en apreciaciones no demostradas, pues la realidad es que los jueces y magistrados españoles no sólo se consideran a sí mismos independientes, sino que lo son en realidad

Puedo ofrecer al respecto el dato de mi experiencia de ya más de dos décadas en el Tribunal Supremo: no he sufrido ninguna presión procedente de los poderes públicos, ni de entidades privadas o particulares. Tampoco conozco a nadie, entre mis compañeros, que la haya sufrido. Me doy cuenta de que cuanto acabo de decir no tiene más validez que la que se quiera atribuir a mis palabras, las cuales se pueden tachar de parciales o subjetivas. Sin embargo, creo que pueden confrontarse pidiendo a quienes sostienen lo contrario que precisen casos concretos de presiones o de falta de independencia judicial. Hasta ahora no se han mostrado. Y es significativo que no se hayan denunciado desde la Carrera Judicial.

Además, las encuestas que encarga periódicamente el Consejo General del Poder Judicial arrojan reiteradamente resultados bien claros sobre la percepción de

los jueces españoles de su independencia efectiva. En efecto, a la pregunta por la propia independencia la respuesta es tajante, incondicionada. Así la expresan las conclusiones del último estudio publicado[8]:

> «La totalidad de los integrantes de la judicatura española (un rotundo 99%. Véase Cuadro 5) dice sentirse totalmente independiente para tomar las decisiones que, en el ejercicio de su jurisdicción, crea procedentes, sin tener que considerar posibles consecuencias (positivas o negativas) de las mismas sobre su futuro profesional pudiera suponerle su actuación. Este es un primer, y llamativo indicador, de la total libertad de acción que los jueces y juezas declaran tener en la actualidad».

Y añaden:

> «En este sentido, el hecho de que el porcentaje de jueces/zas (94%; véase Cuadro 6) que dice percibir en el comportamiento profesional de los demás componentes de la magistratura la misma total independencia que ellos/ellas declaran tener sea prácticamente idéntico constituye un caso sociológicamente llamativo, por infrecuente. La plena concordancia entre lo que quienes integran nuestra judicatura declaran sobre su comportamiento personal y lo que perciben en el modo de actuar del resto de juzgadores equivale a una recíproca validación de ambos datos: el total grado de independencia que cada juez/a dice tener es el que, quienes conviven con ellos profesionalmente, perciben que realmente tienen».

Con todo, es incuestionable que en torno al Consejo General del Poder Judicial gira una clara controversia. Aunque en el pasado se le ha reprochado la intención de terciar en el debate político, y haya podido haber en algunos casos motivos para pensarlo, no creo que el problema de la politización que se le atribuye por su origen parlamentario resida en su actuación.

Tiene, por el contrario, sus causas principales, no en su interior, sino fuera del mismo. Residen, sobre todo, en la inclinación de los partidos políticos representados en las Cortes Generales a manejar todos los resortes a su alcance bien sea para llevar a él a quienes consideran idóneos desde el singular punto de vista de cada uno, bien sea para impedir que se nombre a quienes se reputa contrarios a los

[8] Se pueden ver los datos de 2020, últimos publicados en *La Justicia vista por los jueces*. Metroscopia. Consejo General del Poder Judicial, octubre 2020. Accesible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Opinion-y-quejas-sobre-el--funcionamiento-de-la-justicia/Opinion-de-los-profesionales-y-usuarios-de-la-Administracion-de-Justicia-/Encuestas-a-la-Carrera-Judicial/.

postulados propios o, simplemente, que se renueve cuando corresponde porque se prefiere que continúen los que se hallan en él.

Es una manifestación más de la voracidad de los partidos políticos por llegar a todos los lugares donde consideran que pueden hacer valer su capacidad de influencia y, en particular, al Consejo. Se trata de capturar al regulador. Ahora bien, el Consejo General del Poder Judicial no juzga, no ejerce la jurisdicción, la mayor parte de sus cometidos son reglados o esencialmente técnicos y sus decisiones más delicadas, los llamados nombramientos discrecionales y el ejercicio de la potestad disciplinaria, están sometidas a reglas objetivas y, además, son objeto de un intenso y completo control por el Tribunal Supremo. Ese escrutinio judicial riguroso, que ha llevado a anular nombramientos y sanciones, ha dado lugar a que en 2010 el Consejo General del Poder Judicial aprobara un Reglamento de nombramientos discrecionales[9], que dio forma de preceptos a las exigencias requeridas por la jurisprudencia para asegurar que las decisiones sobre los mismos recaían en magistrados con méritos indudables en cuya virtud habían sido preferidos frente a otros aspirantes.

Esto significa que los nombramientos discrecionales no sólo han de responder a criterios de mérito y capacidad debidamente motivados y que las sanciones solamente se impondrán cuando se haya acreditado que un juez ha incurrido en alguna de las infracciones tipificadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial en un procedimiento con todas las garantías de defensa para el expedientado, sino que así se producen efectivamente tales nombramientos y así se ejerce la potestad disciplinaria. Por tanto, no hay margen para un ejercicio «político» o, si se prefiere, parcial o partidario del gobierno del Poder Judicial en el supuesto de que hubiera el deliberado propósito de ejercerlo.

La atribuida politización del Consejo General del Poder Judicial, entendiendo por tal la vinculación partidaria de sus miembros a los grupos parlamentarios que propusieron su nombramiento, no se da en la realidad. Sí existen entre ellos diferentes sensibilidades y, naturalmente, distintas ideologías, al igual que ocurre entre los jueces y magistrados, pero, afortunadamente, como se acaba de ver, el ordenamiento jurídico no permite que sean esas concepciones las que determinen las decisiones del Consejo General del Poder Judicial. Por tanto, aunque las fuerzas políticas pretendan controlarlo, el sistema, los mecanismos del Estado de Derecho, impiden que el órgano de gobierno de los jueces se transforme en caja de resonancia de decisiones tomadas en otra sede, sin perjuicio de cuál sea la orientación de unos y otros vocales y de la mayoría que pueda predominar entre ellos.

[9] Se trata del Reglamento 1/2010, de 25 de febrero, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales. Se puede acceder a él en: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Compendio-de-Derecho-Judicial/Reglamentos/Reglamento-1-2010-de-25-de-febrero--que-regula-la-provision-de-plazas-de-nombramiento-discrecional-en-los-organos-judiciales

De otro lado, hay que decir que no tiene el Consejo General del Poder Judicial capacidad para condicionar el desempeño jurisdiccional de los magistrados que nombra mediante los llamados procedimientos discrecionales, aquellos que no están sometidos a un baremo. Sin necesidad de llegar a su integridad personal —que a veces parece ignorarse o dar por supuesta su inexistencia— no se debe olvidar que los pronunciamientos judiciales han de plasmarse en resoluciones públicas y motivadas las cuales pueden ser recurridas y dar lugar a responsabilidad de quien la dicta si fuere el caso. De ahí que, a pesar de las preferencias personales que pueda tener cada uno, quepa asegurar que ningún magistrado resolverá de una manera que no considere conforme al ordenamiento jurídico según los criterios técnicos admitidos.

Cabe desde luego que su parecer se considere equivocado y que sea revocado en vía de recurso o no compartido por sus compañeros de Sala, pero esto siempre es posible en Derecho y no denota la parcialidad o politización en que tanto se insiste. Y una buena prueba de que los nombramientos discrecionales no se traducen en la dependencia partidaria de los magistrados que los reciben es la frecuente coincidencia en la misma solución de litigios significativos de los que reciben por parte de los observadores calificaciones ideológicas opuestas.

La Constitución, al igual que otras Constituciones democráticas, no cierra el paso a la incidencia de la política en determinados aspectos del Poder Judicial. Del mismo modo que el Presidente de los Estados Unidos nombra con el asentimiento del Senado a los jueces federales, o diversos órganos constitucionales intervienen en la formación del Consejo de la Magistratura francés, en España son el Congreso de los Diputados y el Senado los llamados a formar el Consejo General del Poder Judicial. No es anómalo sino coherente con la naturaleza democrática de nuestro régimen político. Especialmente, si en esa tarea es obligada la coincidencia de mayoría y oposición para que no se produzca un ejercicio arbitrario de la competencia.

La pregunta que debemos hacernos, por tanto, es esta: ¿qué impide a los grupos parlamentarios que reúnen entre sí más de los tres quintos de los escaños de una y otra cámara ponerse de acuerdo, como quieren la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, para elegir a doce consejeros de entre los candidatos propuestos por los jueces y a ocho juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional de entre los numerosísimos que hay en España?

Desde luego, ninguna razón conforme a la Constitución[10].

[10] Es sabido que el Consejo General del Poder Judicial vive una situación patológica en extremo. Debió ser renovado en diciembre de 2018 al cumplirse los cinco años de su mandato pero, tres años y medio después, al escribirse estas líneas, sigue con la composición de 2013 por la negativa del Partido Popular a acordar con el Partido Socialista Obrero Español —sus respectivos grupos parlamentarios

4.2. La opinión pública y la independencia judicial

Dejando este debate, tan español por las formas en que se manifiesta, pero no exclusivo de España, hay que decir que hoy en día los principales problemas para la independencia judicial provienen, no del poder político, sino de la exposición mediática a la que están sujetos los jueces llamados a conocer de pleitos política o socialmente relevantes. Se trata de una exposición que muy a menudo se convierte en una suerte de juicio de opinión ante múltiples tribunales, pues no sólo lo emiten los medios de comunicación sino los que participan en las redes sociales.

En ese examen no suele haber presunción de inocencia ni juegan las garantías propias del proceso judicial y, a menudo, se desenvuelve fuera de los límites del debate racional. Se da la circunstancia, además, de que el juez o los jueces que se ven sometidos a este escrutinio no pueden defenderse públicamente pues si lo hicieran se les podría negar su imparcialidad y en todo caso ni están preparados ni les corresponde terciar en el debate mediático.

Conviene señalar que no son solamente los medios los que animan este tipo de fiscalización de la actuación judicial sino que también se sirven de ella los actores políticos, los mismos partidos y otras formaciones y entidades con capacidad de influencia social o económica, para desde esas plataformas mediáticas o digitales proyectar sobre los tribunales de justicia los mensajes sobre cómo consideran que han de resolver el caso que atrae su atención.

El juego de la opinión pública libre es esencial en el Estado social y democrático de Derecho. Sin ninguna duda ha de ser preservado y protegidas todas las formas a través de las que se expresa. No obstante, es evidente que, según como se manifieste, puede llegar a ser una forma de presión muy intensa sobre los jueces. No se trata de una hipótesis de laboratorio. Por eso, el propio Convenio de

---

suman la necesaria mayoría de tres quintos en ambas cámaras— la elección de los nuevos consejeros. A esa negativa, justificada en razones que han ido cambiando con el tiempo, la mayoría parlamentaria encabezada por el Partido Socialista Obrero Español respondió en 2021 modificando la Ley Orgánica del Poder Judicial para privar al Consejo General del Poder Judicial cuyo mandato de cinco años haya expirado la facultad de hacer nombramientos discrecionales. Dicha modificación, fue objeto de recursos de inconstitucionalidad, aún por resolver, y no ha servido para forzar el imprescindible acuerdo parlamentario. En cambio, ha supuesto que haya vacantes sin proveer, especialmente en el Tribunal Supremo, con la merma de su capacidad resolutiva y las dificultades de funcionamiento que esto le supone, además del quebranto que implica para todas las instituciones. Una proposición de ley orgánica presentada por el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados en los últimos días de junio de 2022 para modificar por el procedimiento de urgencia la modificación de 2021 a fin de que el Consejo General del Poder Judicial pueda elegir a los dos magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponde designar —el 12 de junio de 2022 venció su mandato y el de los otros dos que ha de designar el Gobierno— mientras se mantiene la prohibición de que haga nombramientos discrecionales es el último giro de esta historia.

Roma reconoce el problema y erige el respeto a la independencia de los tribunales en límite a las libertades que reconoce en su artículo 10: las de expresión e información[11].

Ayudaría a paliar los problemas que para la independencia judicial provienen de este origen, fomentar en los medios pautas de comunicación respetuosas con ella. Avanzando en su difusión se podrá llevar igualmente al ámbito de las redes sociales la necesidad de respetar a los jueces y tribunales sin perjuicio de criticar con toda la energía que se desee sus decisiones por las razones en las que descansan, las cuales son perfectamente cognoscibles porque se expresan en las sentencias y autos, y no por las que cada uno les atribuye o imagina que han guiado a quienes los han dictado.

De otro lado, a los jueces corresponde, además de la observancia de las reglas sobre abstención y recusación y de las incompatibilidades y prohibiciones establecidas por las leyes, ser prudentes en sus manifestaciones públicas[12]. Los jueces tienen, desde luego, los mismos derechos que cualquier persona pero la responsabilidad que se les ha confiado les obliga a un especial cuidado en todo aquello que excede de su vida privada y puede adquirir dimensión pública. A la vez, han de estar preparados para soportar la presión mediática. Su discreción y la claridad y el rigor en la motivación de sus decisiones son buenos medios para afrontar eficazmente esa atención insistente e intensa.

En los casos en que se desborde la presión mediática o se llegue a descalificaciones inaceptables, debe ser el Consejo de la Magistratura quien se enfrente a ellas, defendiendo la posición de los jueces que las sufran sin necesidad de que sean ellos quienes lo pidan. Por eso, es muy importante preservar a los Consejos, como en general a todas las instituciones, de cuanto pueda mermar su autoridad porque en los momentos críticos son las instituciones las que se encuentran en las mejores condiciones para defender, no sólo a los servidores del Estado afectados, sino al conjunto del ordenamiento.

---

[11] El apartado 2 de este artículo 10 dice: «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

[12] La prudencia es uno de los rasgos distintivos de la idea de juez que prevalece en las distintas culturas. Su proyección no se reduce al ámbito del debate público sino que ha de informar todas sus actividades. No obstante, cobra un significado especial a la hora de delimitar sus actividades privadas de las jurisdiccionales. Son muy interesantes las consideraciones que hace al respecto Ignacio Sancho Gargallo, *El paradigma del buen juez*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 68 y sigs. con el apoyo de los dictámenes de la Comisión de Ética Judicial española.

Un Consejo de la Magistratura, formado por jueces y juristas competentes, conscientes de su responsabilidad y con voluntad de trabajar en equipo, centrado en la tarea de garantía de la independencia judicial y en la administración del estatuto judicial, será sin duda respetado dentro y fuera de la Carrera Judicial y estará en condiciones adecuadas de salir al paso de los excesos en que se pueda incurrir en la esfera de la opinión pública y perjudiquen al Poder Judicial en su conjunto, además de a los jueces concretos que los padezcan.

En definitiva, el mejor remedio también aquí es el respeto y el cumplimiento de la Constitución.

Conviene recordar, por tanto, la importancia de la que Konrad Hesse llamó voluntad de Constitución[13], la que se dirige a regirse por sus determinaciones, a hacerlas realidad. No me resisto a recoger sus consideraciones sobre ella:

> «Cualesquiera objetivos coyunturales, incluso en el supuesto de que sean conseguidos, son incapaces de compensar la inmensa ganancia que conlleva el respeto a la Constitución incluso cuando ello resulta incómodo. Lo que se reconoce como voluntad suya debe ser, en frase de Walter Burkhardt «respetado incluso en el caso de que deban ser sacrificadas algunas ventajas, ventajas lícitas. Quien conscientemente sacrifique algún interés a un mandato constitucional refuerza el respeto a la Constitución, cuidando así de un bien imprescindible para todo Estado y en particular para el democrático». Quien rehúye este sacrificio «dilapida en calderilla un capital que supera todas las ventajas alcanzables y que, una vez dilapidado, resulta irrecuperable»[14].

A estas palabras se puede añadir que allí donde hay voluntad de Constitución brota el sentimiento constitucional: es decir, el vínculo moral que une a los ciudadanos con la Constitución, con los valores y principios que la fundamentan, con los derechos que reconoce y con las instituciones que establece[15].

Así, el cumplimiento leal de la Constitución facilita encauzar la legítima confrontación política y produce integración y estabilidad políticas.

---

[13] Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional (Selección).* Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 71 y sigs.

[14] Konrad Hesse*, Escritos de Derecho Constitucional*, cit., pp. 73-74. Walter Burkhardt fue un profesor suizo, autor de un importante comentario a la Constitución de su país, del que Hesse toma esta cita.

[15] Véase al respecto, Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como de integración política.* Reus, Madrid, 1985.

5. La deriva iliberal

El discurso anterior mira a los problemas de la independencia judicial en el ámbito del constitucionalismo normativo[16]. Pero hay un constitucionalismo de nuevo cuño o, si se prefiere, unos regímenes políticos de nueva estirpe que se caracterizan por mantener las formas reconocidas del constitucionalismo y de la representación democrática mientras las vacían de contenido.

En la tripartición de Loewenstein la Constitución que lo permita se situaría a medio camino entre las que llamó nominales y las que calificó de semánticas[17]. Por las primeras entendió a las que asumen los principios y técnicas de limitación del poder político y garantía de los derechos de las personas, pero no se cumplen en realidad por inexistencia de los presupuestos sociales y económicos imprescindibles. Y por las segundas a las que se cumplen pero simplemente cubren el ejercicio de la dominación política sin límites efectivos a la misma ni garantías reales para las personas.

Esa novedad intermedia es la que ofrecen las que se han llamado democracias iliberales. De ellas encontramos ejemplos en Europa oriental aunque los hay en otros lugares del mundo. Estas formas políticas, pese a celebrar elecciones periódicas y contar las formaciones políticas que las promueven y defienden con un apoyo ciudadano suficiente para investir a sus dirigentes, están impregnadas de populismo y sus preconizadores procuran reforzar su posición mediante la desnaturalización de los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho: en especial, con la supresión o limitación de los controles y con la obstaculización de la expresión plena del pluralismo político.

Las alteraciones del ordenamiento judicial en Polonia o las prevenciones adoptadas en Hungría, principalmente, muestran con claridad la manera en que operan estos regímenes en el afán de sus gobernantes por liberarse de cortapisas y, en particular, del control de su actuación por jueces independientes. Por eso, es comprensible la preocupación de la Unión Europea por atajar estas manifestaciones iliberales mediante el reforzamiento del Estado de Derecho y la aplicación de los mecanismos que prevén los tratados para hacerlo valer.

Sus instrumentos de control y de respuesta a desviaciones contrarias a los principios básicos del Estado de Derecho[18] tienen capacidad suficiente para, si no

---

[16] Tomo la expresión en el sentido que le dio Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución* (traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte). Ariel, Barcelona, 1965 (hay ediciones ulteriores), páp. 217 y sigs.

[17] *Ibidem*, pp. 2117, 218 y sigs.

[18] Bustos Gisbert, *Independencia judicial e integración europea*, cit., pp. 255 y sigs. examina los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre Polonia y Rumanía. Antes, pp. 69 y sigs. y 212-213. se ocupa del problema en Hungría.

corregirlas en su totalidad, sí impedir sus efectos más nocivos y prevenir su reiteración. No obstante, el creciente peso adquirido en democracias consolidadas por fuerzas y movimientos de carácter populista en ambos extremos del espectro político indica con claridad que nadie está a salvo de padecer involuciones de esta naturaleza. Las circunstancias creadas por la invasión de Ucrania por Rusia y, en particular, las consecuencias económicas de la guerra si se prolonga como cabe temer y sus efectos sociales, pueden dar lugar a reacciones como las que surgieron con la crisis económica y facilitar aun más la aparición y difusión de formaciones antisistema.

De ahí que sea menester actuar para impedir su propagación y, de nuevo, la fiel aplicación de la Constitución y su respeto pleno, sobre todo, por los partícipes en el juego democrático, ya estén en la mayoría, ya se encuentren en la oposición, figuran entre los mejores remedios frente a la deriva iliberal de la política. Naturalmente, la labor académica de estudio y crítica de este fenómeno pero también de las desviaciones e insuficiencias del Estado social y democrático de Derecho y las propuestas que desde este ámbito se deben hacer para superarlas ayudarán de manera importante a ese objetivo.

GARANTIZAR LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES NACIONALES, UNA ESTRATEGIA DE LA UNIÓN PARA FRENAR EL AVANCE DEL POPULISMO

Paloma Biglino Campos
Catedrática de la Universidad de Valladolid

I. Introducción

El sentido común indica —y la experiencia histórica demuestra— que la existencia de una amenaza desde el exterior favorece la cohesión del grupo. Pues bien, este fenómeno se está verificando en el seno de la Unión Europea. En poco menos de dos años se ha generado un intenso refuerzo de la integración, que se extiende ahora a ámbitos que antes resultaban insospechados.

Esto es lo que sucedió a la hora de luchar contra la pandemia porque la Unión cobró un fuerte protagonismo en asuntos como la sanidad y en las estrategias destinadas a que los Estados miembros se recuperen de las graves consecuencias económicas generadas por la enfermedad. Está también ocurriendo en política exterior y de seguridad común ya que los Estados, bajo la dirección de la Unión, se están esforzando para alcanzar acuerdos destinados a frenar la invasión de Ucrania. Los datos que he citado son los más recientes, pero no son los únicos. Desde hace ya algunos años, la Unión Europea también ha incrementado su autoridad con el objetivo de frenar el avance del populismo en nuestro continente.

Las nuevas formas de autoritarismo comparten algunas características comunes. En casi todas ellas, el retroceso democrático comienza con dos pasos. El primero consiste en modificar el sistema electoral, para lograr que la misma fuerza que controla el poder ejecutivo también logre la hegemonía en el legislativo, lo que supone atenuar, si no eliminar, el control político. El segundo paso radica en erosionar la independencia de los jueces ordinarios y de la jurisdicción constitucional, con lo que se logran desactivar las formas más efectivas de control jurídi-

co[1]. Cuando estas etapas han culminado, sólo subsiste el control social, que también se neutraliza restringiendo el pluralismo de los medios de comunicación.

El resultado de estas estrategias es tan preocupante que las instituciones de la Unión Europea han decidido actuar para garantizar, entre otros principios inherentes al Estado de Derecho, la independencia del poder judicial.

Como es de sobra conocido, la integración europea no es sólo cosa de la Unión, sino también del Consejo de Europa. Los órganos de esta última entidad supranacional están protagonizando acciones decididas en defensa de la autonomía de los jueces. Es más, quizá se deba a una de sus instituciones la primera iniciativa en ese ámbito. Así, en 2010 el Comité de Ministros dictó la Recomendación 12, que versa sobre jueces, independencia, eficacia y responsabilidades[2]. En ella se parte de que «la independencia del poder judicial asegura a toda persona el derecho a un juicio justo y, por tanto, no es un privilegio para los jueces, sino una garantía de respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales». Para asegurar dicho principio, se definen las vertiente externa e interna de la independencia y se establecen garantías de ambas vertientes.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha mostrado muy activo a la hora de proteger el principio. Sirva, como ejemplo, la reciente Sentencia *Grzęda v Polonia*, de 15 de marzo de este año. En ella, retomando lo que ya había afirmado en la Sentencia Ástráðsson[3], dicha institución sostiene que la independencia se refiere tanto al estado de ánimo y a la integridad moral que denotan la impermeabilidad del juez a las presiones externas, como a un conjunto de disposiciones estructurales que protegen frente a la influencia indebida y la arbitrariedad de otros poderes del Estado[4].

Hay muchos otros ejemplos de la decidida actuación del Consejo de Europa en defensa de la independencia judicial, como son las opiniones e informes de la Comisión de Venecia o las evaluaciones del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). A pesar del interés que tienen todas estas iniciativas, hay que reconocer que no resulta sencillo tratar, en el mismo texto, la actuación de dos organizaciones supranacionales que, aunque agrupen países del mismo continente, tienen estructuras institucionales y sistemas jurídicos diferentes. Las siguientes páginas se centran en la manera en que la Unión Europea está actuando para defender la independencia judicial. La primacía y el efecto directo de sus normas, así como el poder que corresponde a sus instituciones, hacen que la acción de la

[1] Riaz, A; Sohel, R. «How Democratic Backslides: Tracing the Pathway in Six Countries», https://www.researchgate.net/publication/345835037_How_Democracy_Backslides_Tracing_the_Pathway_in_Six_Countries, visitado 22 febrero 2022

[2] CM/Rec(2010)12.

[3] De 1 de diciembre de 2020.

[4] Sentencia *Grzęda v. Polonia*, apdo. 308.

Unión tenga mucha mayor incidencia en los Estados miembros de la que corresponde al Consejo de Europa.

La actuación de la Unión Europea dirigida a garantizar la independencia judicial no ha sido fácil. Por esta razón, las primeras páginas de esta colaboración tratarán de los obstáculos iniciales que dificultaban dicha intervención. Posteriormente, describiré cómo las instituciones de la Unión (entre las que destaca la Comisión) han sido capaces de superar estas limitaciones a través de una interpretación creativa de las exigencias que impone el Estado de Derecho. Por último, analizaré a grandes rasgos la imaginativa jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, al igual que había hecho anteriormente con los principios de primacía y efecto directo, ha configurado la independencia judicial como un elemento central de la integración comunitaria.

II. Las dificultades para la acción de la unión

Antes señalaba que la reacción de la Unión Europea destinada a frenar la erosión de la independencia judicial en algunos Estados miembros encontraba importantes obstáculos. El principal de todos ellos residía en la escasa presencia de ese principio en el sistema jurídico de la Unión, comenzando por el Derecho originario. Si mis datos no son incorrectos, la independencia judicial aparece recogido únicamente en un artículo, esto es, el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que literalmente proclama el derecho a la tutela judicial y a un juez independiente e imparcial.

Más adelante será posible analizar la forma en que el Tribunal de Justicia se ha servido de este precepto. Por ahora, conviene adelantar que, en la mayoría de las ocasiones, no lo invoca como razón para decidir sino sólo como una fuente de interpretación de otras normas del sistema jurídico de la Unión. Esta eficacia indirecta es consecuencia de la principal limitación que afecta a casi todos los derechos proclamados por la Carta y que consiste en su restringido valor vinculante con respecto a los Estados miembros.

No es este el momento de tratar con detalle la desconfianza que rodeó a la elaboración de la declaración de derechos de la Unión Europea[5]. Sólo merece la pena recordar que sus redactores siguieron un modelo de integración similar al estadounidense, por lo que resulta afectado por los mismos condicionamientos. Desde los orígenes de la integración, se ha partido de que los Tratados son manifestación de la soberanía de los Estados, quienes continúan ostentando la sobera-

[5] Tuve ocasión de tratar este tema en «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, enero-abril 2003.

nía. Las normas de Derecho originario, pues, crean únicamente las instituciones de la Unión y les atribuyen competencias tasadas. Conforme con esta perspectiva, la declaración de derechos nace fundamentalmente para limitar los poderes de esta última y, de manera más limitada, a los países que la componen. Como afirma el art. 51.1 de la Carta, esta se dirige a los Estados miembros únicamente cuando aplican el Derecho de la Unión[6].

Pues bien, no resulta fácil argumentar que, cuando un Estado miembro legisla sobre las garantías de la independencia, como son los consejos judiciales, el régimen de acceso de los jueces, su edad de jubilación o su régimen disciplinario, este implementando el Derecho de la Unión. Es más, habría argumentos para defender que estos asuntos son propios de los Estados, ya que no pueden subsumirse en las competencias tasadas que los Tratados atribuyen a la Unión. Junto a ello, conviene recordar que el art. 4.2 TUE obliga a la Unión a respetar la identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los países que la componen.

III. La intervención de las instituciones europeas

III.1. La Comisión Europea y el Estado de Derecho

A la hora de analizar la reacción de la Unión Europea en defensa de la independencia judicial hay que tener en cuenta que la movilización ha afectado a todas sus instituciones con capacidad de decisión política. Sirva como ejemplo la propuesta del Parlamento Europeo de activar el art. 7.1 TUE contra Hungría, por la existencia de riesgo de violación grave de los valores de la Unión. Uno de los motivos que fundamentaron dicha decisión fue, precisamente, las restricciones que la independencia judicial había experimentado en dicho país[7]. Aun reconociendo este extremo, las limitaciones de espacio aconsejan centrar la atención en la actuación de la Comisión, no sólo por su influencia en la estructura institucional de la integración, sino también porque quizás fue la primera que se enfrentó al problema. Lo hizo, además, de manera creativa, a través de una determinada interpretación del art. 2 del TUE. Como es sabido, dicho precepto proclama va-

[6] Bustos Gisbert, R. «La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre la independencia judicial en el TEDH y en la UE», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47, 2021, pp. 161-198.

[7] Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión (2017/2131(INL), apdos 12-20.

lores de la Unión que también son inherentes al constitucionalismo, como son la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad, la democracia, el respeto a los derechos humanos y el Estado de Derecho. De entre ellos, la Comisión seleccionó el último para articular la reacción contra la deriva autoritaria de algunos países miembro.

Esta opción no dejaba de suscitar algunos interrogantes. En efecto, los nuevos populismos estaban también generando graves vulneraciones de otros principios que parecen más próximos a los ciudadanos, como es la democracia o los derechos fundamentales.

La orientación que la Comisión decidió seguir puede explicarse por distintas razones. Quizás influyó, en primer lugar, la dificultad que existe a la hora de definir la democracia, porque las exigencias del término varían según las distintas ideologías. Además, no cabe ignorar que la Unión sigue afectada por un notable déficit democrático. Cualquiera de los Estados podía argumentar que las instituciones europeas carecen de la cercanía y la legitimidad con la que, sin embargo, cuentan los órganos nacionales. En este sentido, J. Weiler aconseja a quienes viven en una casa de cristal que pongan en orden la propia democracia antes de tirar piedras sobre las ajenas[8].

La estrategia de la Comisión Europea pudo verse favorecida por otro hecho. En 2011, la Comisión de Venecia (institución del Consejo de Europa, pero en la que la Unión Europea es miembro observador) había elaborado un documento de interés: se trata del informe sobre el Estado de Derecho[9] que luego fue seguido por la lista de verificación[10]. En estos documentos, la Comisión de Venecia reconoce las variadas tradiciones e interpretaciones que el Estado de Derecho ha recibido. A pesar de estas dificultades, logra concretar las exigencias que este impone a los Estados desde el punto de vista del patrimonio constitucional común. A grandes rasgos, dichos requisitos consisten en el principio de legalidad, lo que incluye un proceso de elaboración de la ley que sea transparente, responsable y democrático; la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad; el respeto a los derechos humanos; la no discriminación e igualdad ante la ley y el acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales.

Pues bien, en marzo de 2014, la Comisión Europea publicó el Nuevo Marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho[11], documento que sigue muy de cerca las exigencias que la Comisión de Venecia había concretado.

---

[8] «Epilogue: Living in a Glass House. Europe, Democracy and the Rule of Law», en Closa, C., Lochenov, D. (Ed) *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge, 2017, p. 326.

[9] CDL-AD(2011)003rev.

[10] CDL-AD(2016)007-e.

[11] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Nuevo Marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, Estrasburgo, 11.3.2014 (COM(2014) 158 final).

No puedo entrar a analizar la discutible forma jurídica de ese texto, que era una mera una comunicación de la Comisión Europea al Parlamento y al Consejo. Interesa tener en cuenta, tan sólo, su contenido y las exigencias que se enumeran en el anexo a dicho documento, entre las que figura, en lugar destacado, la independencia judicial. Este principio destaca no sólo como pieza clave del Estado de Derecho sino también por su papel nuclear en la construcción europea. A partir de ese momento, las acciones de la Comisión Europea no se han detenido.

Dejo de lado su propuesta de activar el art. 7 TUE con respecto a Polonia[12]. Aunque el principal argumento de dicha iniciativa eran las amenazas a la independencia del poder judicial generadas por la aprobación de seis nuevas leyes, la iniciativa, como es sabido, no ha llegado a prosperar. Además, parece preferible centrarse en lo que está sucediendo en estos momentos que detenerse en lo que ya ha pasado[13].

Actualmente, la Comisión tiene a su disposición tres importantes medios para salvaguardar la independencia judicial. El primero de ellos es el mecanismo del Estado de Derecho[14]. Se trata de un instrumento de carácter preventivo mediante el cual se evalúa anualmente la actuación de cada uno de los Estados con arreglo a varios indicadores, entre los que destaca la situación del sistema judicial. A la hora de valorar la independencia de los jueces, la Comisión tiene en cuenta no sólo la forma de designación, sino también otros extremos relacionados con la inamovilidad, como son el régimen disciplinario, los traslados, ceses y formas de promoción de jueces. Incorpora, también, las atribuciones de los consejos judiciales, dado que estos son los órganos encargados de salvaguardar la propia independencia judicial[15].

Los informes son por países y cada uno de ellos contiene consideraciones acerca de los principales problemas que afectan a los Estados. Como ejemplo de la manera en que actúa la Comisión en estas ocasiones, merece la pena recordar el informe de 2020 sobre España, cuyas principales consideraciones están destinadas

[12] Reasoned proposal in accordance with article 7(1) of the Treaty on European Union regarding the rule of law in Poland, Brussels, 20.12.2017 (COM(2017) 835 final).

[13] Sobre este asunto, Biglino Campos, P. «La Unión Europea contra el retroceso democrático de los Estados miembros: de la democracia al Estado de Derecho, del Estado de Derecho a la independencia de las jurisdicciones nacionales» en Pérez Sánchez, G. (dir); Miranda Escolar, B.; Vidal Fernández, B. (coord.) *La Unión Europea al cumplirse los 70 años de la declaración Schuman 1950-2020,* pp. 299-320.

[14] Comisión Europea, sitio web dedicado al Mecanismo del Estado de Derecho, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism_es, visitado 6 junio 2022.

[15] European Rule of Law mechanism: Methodology for the preparation of the Annual Rule of Law Report, 2020_rule_of_law_report_methodology_en.pdf (europa.eu), visitado 14 junio 2022.

a analizar la situación que atraviesa el Consejo General del Poder Judicial[16]. La Comisión subraya, en primer lugar, que dicha institución no se ha renovado desde 2018. Posteriormente, recuerda la proposición de ley orgánica, presentada por dos grupos parlamentarios en octubre de 2020 destinada a modificar el sistema de elección de los jueces miembros del Consejo. Según dicha iniciativa, bastaba con la mayoría absoluta de la Cámara en segunda votación para resultar elegido. En este contexto, tres de las principales asociaciones de jueces se dirigieron a la institución europea reclamando que los doce jueces miembros del Consejo fuesen nombrados directamente por sus homólogos. Las críticas internas y externas a la proposición de ley motivaron que el proyecto fuera retirado, lo que fue acogido con satisfacción por la Comisión, puesto que, de haber seguido adelante, la percepción del Consejo como una institución vulnerable a la politización se habría incrementado.

El mismo informe tiene en cuenta la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por la LO 4/2021, que priva al Consejo de la atribución de nombrar altos cargos judiciales mientras esté en funciones. También subraya que dicha norma no fue aprobada por consenso y que el principal partido de la oposición interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra ella.

En vista de esta situación, la Comisión hace un llamamiento para que España establezca «un sistema de elección en el que los jueces miembros del Consejo sean elegidos por sus homólogos en consonancia con las normas europeas» Y que lo haga, además, «consultando a todas las partes interesadas pertinentes»[17].

Es verdad que este tipo de análisis y de recomendaciones no son jurídicamente vinculantes. Ahora bien, no cabe olvidar la influencia que pueden adquirir cuando las instituciones actúan con capacidad de decisión, como sucede en el caso del Reglamento de condicionalidad[18]. Esta norma permite a las instituciones de la Unión la adopción de medidas tales como la retención de fondos del presupuesto de la Unión, en caso de que los Estados vulneren principios del Estado de Derecho, entre los que destaca la independencia judicial.

Estas acciones pueden tener un gran impacto en la economía de los Estados, ya que la Unión tiene previsto distribuir entre ellos setecientos cincuenta mil millones de euros del fondo Next GenerationUE, creado para contribuir a la recuperación económica de los países que integran la Unión[19].

---

[16] Comisión Europea. Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, pp. 3 y 4, EUR-Lex — 52020SC0308 — EN — EUR-Lex (europa.eu), visitado 14 junio 2022.

[17] *Ibidem*, p. 1.

[18] Art. 3 del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

[19] Plan de recuperación para Europa, https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es, visitado 14 junio 2022.

En el momento de escribir estas páginas, Polonia es un buen ejemplo de la importancia que la Unión atribuye a la independencia judicial y del impacto que la reacción europea puede tener en las políticas internas. En este país, el dinero de la Unión adquiere una influencia decisiva, ya que ha representado casi el sesenta y un por ciento de las inversiones en infraestructuras[20]. Además, Polonia espera recibir ciento seis mil millones de euros del presupuesto comunitario hasta 2027[21]. La situación, sin embargo, es complicada para las autoridades polacas. En efecto, la Unión ha bloqueado la entrega de los fondos de recuperación a Polonia hasta que este país emprenda varias reformas destinadas a garantizar la independencia de su sistema judicial y cumpla, así, con las obligaciones impuestas por el Tribunal de Justicia de la UE[22].

Por último, la Comisión cuenta con otra arma poderosa para salvaguardar la independencia judicial, esto es, activar los recursos por incumplimiento del Derecho de la Unión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

b) La centralidad de la independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión.

El TJUE ha sido otra de las instituciones que se han mostrado más activas a la hora de proteger la independencia judicial. La jurisprudencia de dicho órgano constituye toda una innovación en el sistema jurídico de la Unión, sobre todo si se tienen en cuenta las lagunas que afectan al ordenamiento de esta organización internacional, asunto que se ha tratado previamente.

Las sentencias del TJUE acerca de la independencia judicial son ya muy numerosas y obedecen a supuestos muy heterogéneos. Hay ocasiones en las que son resultado de cuestiones prejudiciales que provienen de países donde dicho principio no está en la primera plana de los periódicos. Así, quizás la primera vez en la que el Tribunal enunció su futura jurisprudencia es la dictada sobre el caso

[20] «As Poland and Hungary Flout Democratic Values, Europe Eyes the Aid Spigot» *New York Times*, www.nytimes.com/2018/05/01/world/europe/poland-hungary-european-union-money.html, vistado 20 junio 2022.

[21] En esta cifra se incluyen las aportaciones del fondo de cohesión (setenta y cinco mil millones), de la política agraria común (treinta y un mil millones) y del fondo de recuperación (treinta y seis mil millones). Las cifras son de Gayo Macías, M. A. «El desafío de Polonia a la UE, un gran coste económico tras un enorme beneficio», EuroEFE, 1 diciembre 2021, https://euroefe.euractiv.es/section/politicas/linksdossier/el-desafio-de-polonia-a-la-ue-un-gran-coste-economico-tras-enorme-beneficio/, visitado 14 junio 2022.

[22] Murray, S. «La Comisión reclama a Polonia su multa de 1 millón de euros diaria», Euronews, 20 enero 2022», https://es.euronews.com/my-europe/2022/01/19/45-millones-de-euros-mensuales-menos-para-polonia-por-su-pugna-con-bruselas, vistado 15 junio 2022.

de la *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*[23]. El asunto que resuelve puede considerarse de bajo impacto, al menos para el ámbito europeo. En efecto, el Tribunal Supremo Administrativo portugués preguntaba al TJUE si la reducción salarial aplicada a los jueces vulnera el principio de independencia judicial, proclamado no sólo en la Constitución portuguesa sino también en el art. 19.1 del TUE y en el art. 47 de la Carta. El Tribunal europeo desestimó el argumento, ya que consideró que las medidas adoptadas por las autoridades de dicho país tenían carácter general y estaban destinadas a mitigar el déficit excesivo. Ahora bien, aprovechó la ocasión para subrayar la importancia de la independencia del poder judicial en la construcción europea con argumentos que más adelante analizaremos.

Después del caso de Portugal llegaron más cuestiones prejudiciales que trataban otros aspectos de la independencia. Uno de los casos más significativos es, quizá, el C-277/19, *VQ/Land Hessen*, que fue elevada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden. En ella, los Magistrados que lo integran dudan de que el grado de independencia del que disfrutan alcanzase el nivel requerido por la Unión, no sólo porque sus medios materiales dependen del Ministerio de Justicia del Land sino también porque intervino en su nombramiento una comisión de selección compuesta por miembros elegidos por el Parlamento de dicho estado federado. También es interesante la Sentencia dictada en el caso C896/19, *Repubblika/Il-Prime Ministru*. En ella, el TJUE analizó la compatibilidad con el Derecho de la Unión de las disposiciones de la Constitución de Malta que atribuyen al Primer Ministro, con la intervención de un comité de nombramientos, una facultad decisiva a la hora de nombrar miembros de la judicatura. Tampoco en estas dos últimas Sentencias el Tribunal ve contradicción entre las regulaciones nacionales y los requisitos que la independencia judicial impone. Ahora bien, al igual que había hecho en la Sentencia sobre la *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, el Tribunal aprovecha la oportunidad para introducir, como mero *obiter dicta*, algunos principios que actúan a modo de advertencia para los Estados en los que la independencia judicial corre más riesgos.

Las sentencias dictadas por el TJUE sobre la situación de los jueces en Polonia son las que han tenido más impacto. También en esta ocasión hay variaciones, ya que algunas de las decisiones son consecuencia de recursos de incumplimiento por parte de la Comisión[24], mientras que en otras son el resultado de cuestiones prejudiciales interpuestas por jueces de otros Estados miembros que tenían que deci-

[23] C-64/16.

[24] Por ejemplo, C-619/18, *Commission/Poland — Retirement from Supreme Court*; C-192/18, Commission/Poland — Retirement of ordinary judges (C-192/18); C-791/19, *Commission/Poland — Disciplinary regime for Judges* (C

dir sobre órdenes de detención europea dictadas por órganos jurisdiccionales polacos[25] o, directamente, por esos últimos[26].

A pesar de que, como se acaba de señalar, los problemas que llegan hasta el TJUE son de distinto calado, la jurisprudencia que ha dictado dicha institución es homogénea, tanto a la hora de configurar la independencia judicial como en el momento de resaltar su importancia para la integración.

Para el Tribunal de la Unión, la exigencia de independencia comprende dos aspectos[27]: el primero de ellos, de orden externo, impone que el órgano ejerza sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo; El segundo, de orden interno, se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia con respecto al objeto y a las partes en el proceso. Supone la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la interpretación y aplicación estricta de la norma jurídica. El respeto a la autonomía a la imparcialidad de los jueces impone la existencia de reglas que se refieren al estatuto de los jueces y magistrados especialmente en lo referente a su nombramiento, duración del mandato, cese y régimen disciplinario de los jueces[28]. Afecta, también, al funcionamiento del órgano, porque debe reflejarse en las disposiciones que regulan asuntos tales como las causas de inhibición y recusación. En definitiva, a la hora de dictar sentencia, los jueces no pueden verse influidos por consideraciones ajenas al proceso, como pueden ser sus posibilidades de ascenso, de traslado o de una acción sancionadora.

Es fácil advertir que la noción la noción de independencia judicial que mantiene el TJUE es muy similar a la elaborada por el TEDH. Robert Spano, presidente de este último órgano, lleva pues razón al afirmar que hay una relación casi simbiótica entre ambas jurisdicciones [29]. El aspecto más novedoso de la jurisprudencia del Tribunal de la Unión radica, más bien, en la forma en que ha incorporado el principio analizado a la integración europea.

Antes se señalaban los problemas que afectan al art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales y que excluyen que el Tribunal pueda utilizarla, como *ratio decidendi*, a menos que se haya producido una vulneración de derechos y libertades enunciados por el propio de Derecho de la Unión. Esta situación es, precisa-

---

[25] Por ejemplo, C-216/18, *Minister of Justice and Equality*.

[26] Por ejemplo, C-585/18, C-624/18&C625/18, *AK /Krajowa Rada Sądownictwa*; C-824/18, *AB v Krajowa Rada Sądownictwa*.

[27] Por ejemplo, C-585/18 *Ak y otros*, apdo. 121, C-8/19, *Associata Forumul*, apdo. 196.

[28] C-585/18, C-624/18&C625/18, *AK /Krajowa Rada Sądownictwa*, apdo. 123.

[29] «El Estado de Derecho como estrella polar de la Convención Europea de Derechos Humanos: el Tribunal de Estrasburgo y la independencia del poder judicial», *Revista de Derecho Político* núm. 112, septiembre-diciembre 2021, pp. 287-288.

mente, la que se produjo en la Sentencia AK, de 19 de noviembre de 2019[30]. Esta obedeció a tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo polaco que dudaban de la compatibilidad de la jubilación forzosa a la que se vieron sometidos sus miembros con la Directiva 2000/78 sobre igualdad de trato y con el precepto de la Carta antes citado. En esta ocasión, el TJUE estimó que el retiro forzoso vulneraba la prohibición de discriminación en razón de edad incorporada al Derecho de la Unión, por lo que reconoció que, en este supuesto, los jueces nacionales debían resolver el litigio principal aplicando el art. 47 de la declaración europea de derechos.

Ahora bien, en la mayoría de los casos que han llegado ante el TJUE ese artículo no entra en juego, ya que no hay afectación de otros derechos reconocidos por la Unión. Es en estos supuestos cuando dicho órgano recurre al art. 19 del TUE.

En realidad, este principio dice bien poco, porque sólo obliga a los Estados a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. A pesar de esta parquedad, el TJUE se ha servido del precepto para establecer un nexo de conexión entre las reglas nacionales que inciden en la independencia judicial y el ordenamiento europeo y servirse del art. 47 de la Carta a la hora de interpretar las exigencias que impone la tutela judicial efectiva.

Dicho de manera condensada, el argumento del TJUE es sencillo: los jueces nacionales deben ser independientes porque su función no sólo consiste en aplicar el Derecho nacional, sino que también son jueces comunitarios. Su independencia es esencial para el buen funcionamiento de la remisión prejudicial y de la cooperación judicial en materia civil y penal. Pero lo es también para la aplicación, en el ámbito nacional del Derecho de la Unión. Si la independencia de los jueces nacionales está en riesgo, los principios de confianza y reconocimiento mutuos entre los Estados miembros también peligrarían[31].

Para concluir, queda por realizar una breve observación. La independencia judicial es, desde luego, una garantía relacionada con posiciones subjetivas, como es el derecho a la tutela judicial. Ahora bien, también tiene una dimensión objetiva, porque sirve a otros valores que fundamentan la Unión y el Derecho Constitucional de los Estados miembros. Antes se hacía referencia a la relación que existe entre el principio que se analiza y Estado de Derecho. Pues bien, la independencia judicial está también vinculada, de forma más sutil, pero también muy estrecha, con el principio democrático.

Este último principio requiere, al menos, la afirmación de la soberanía popular, una visión participativa del proceso político y el respeto al pluralismo. El re-

[30] Ver nota 27.

[31] C-619/18, *Comisión/Polonia*, apdo. 42-47.

troceso democrático que están experimentando algunos Estados miembros de la Unión demuestra que el poder judicial quizá no sea el único muro, pero sí el último muro para evitar que el abuso de poder vulnere esas exigencias.

En primer lugar, los Tribunales Constitucionales o, en los casos de control difuso, las Cortes Supremas y los jueces ordinarios, garantizan la supremacía de la Constitución y, por lo tanto, del pueblo como poder constituyente frente a decisiones de los poderes constituidos (sea el legislativo o el ejecutivo) que sean contrarias a lo decidido por la soberanía popular en la norma fundamental. En segundo lugar, los jueces tienen como misión verificar la sumisión de los poderes públicos y de los ciudadanos al Derecho. En un sistema democrático, este no es cualquier sistema de normas jurídicas, sino que es un orden basado no sólo en la superioridad jerárquica de la Constitución, sino también en la primacía de la ley. Esta última norma ha de ser fruto de un proceso público de deliberación que se desenvuelve en un órgano de naturaleza colegial y representativa, esto es, el Parlamento. Finalmente, los jueces son, en muchas ocasiones, la última garantía para salvaguardar el pluralismo, porque protegen los derechos de determinadas minorías (inmigrantes, personas que han solicitado asilo, minorías raciales, etc…) frente a los abusos de la mayoría. Es evidente que sólo una justicia independiente puede cumplir con éxito estas misiones, que son inherentes a la democracia constitucional.

INDEPENDENCIA JUDICIAL: DESAFÍOS EN LOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS

Rafael Bustos Gisbert
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

1. La independencia judicial en el marco de la deriva «illiberal»

Ciertamente, la independencia judicial se ha convertido en uno de los temas estrella de lo que podemos llamar el Derecho constitucional europeo, compuesto por las normas «constitucionales» de las dos grandes organizaciones de integración (la Unión Europea, en adelante UE, y el Consejo de Europa, en adelante CoE) y por las propias constituciones de los Estados miembros.

Este estrellato se explica porque el principio de independencia judicial constituye uno de los límites constitucionales que más resistencia parece haber opuesto a las llamadas regresiones en el Estado de Derecho derivadas de los movimientos «illiberales». Por ello, antes de observar cómo desde el CoE se ha afrontado el reforzamiento de la independencia judicial en los Estados miembros, conviene detenernos mínimamente en el contenido de la amenaza de dichos movimientos.

Comencemos por el nombre. La amenaza actual deriva de los llamados movimientos illiberales. Nótese que usamos el nombre en inglés no por un capricho, sino porque denota algo importante para su comprensión. No se trata exactamente de movimientos contrarios al orden liberal. O, al menos, no solo. Se trata de movimientos que reflejan, y a menudo es una de sus justificaciones políticas más sólidas, una «enfermedad» del orden liberal que desde la década de los 90 del pasado siglo parecía haber triunfado en el mundo con la derrota de la alternativa soviética. Si este es su origen (los defectos de la práctica de los regímenes demoliberales a partir de finales del siglo xx), también es una muestra de su dinámica. Efectivamente, se refleja con el término una degeneración por enfermedad, no una destrucción radical e inmediata. Esto los hace diferentes de otras regresiones en el Estado de Derecho que el constitucionalismo ha tenido que afrontar en el pasado.

En aquellas regresiones se producía de forma clara (un golpe de Estado, una revolución, una guerra civil) una destrucción expresa e intencionada del orden liberal representado en el Estado de Derecho que venía acompañada por su sustitución por una forma diferente (autoritaria) de articular el poder estatal.

En los movimientos illiberales ni los medios utilizados, ni los objetivos (aparentemente) perseguidos son los mismos. Respecto a los medios porque estos movimientos concurren a las elecciones según las reglas del régimen que pretenden derrocar y, cuando son exitosos, mantienen la periodicidad electoral. Este es un rasgo fundamental para entenderlos. Son movimientos que acceden al poder por métodos democráticos establecidos en el Estado de Derecho vigente. Y además frecuentemente lo hacen con un discurso de democracia radical en el que defienden que el movimiento pretende devolver al pueblo el poder de decisión que les ha sido arrebatado por élites dirigentes normalmente integradas en los partidos que hasta ese momento habían gobernado así como en otros centros opacos de poder jurídico, económico y social. El movimiento, con independencia de su ideología (pues esta es lábil y pueden situarse en cualquiera de los dos extremos), pretendidamente encarnará esa voluntad popular secuestrada por el mal funcionamiento del sistema liberal. Y, precisamente por ese motivo, no prescindirá nunca de las elecciones que serán el mecanismo de legitimación directa de su acción política, aunque, obviamente, modificará las condiciones (legales y fácticas) en las que estas se desarrollan para tratar de perpetuarse en el poder. La etiqueta de «populista» asignada a estos movimientos no debe ocultar el dato de que ciertamente ganan las elecciones.

Una vez en el poder no rompen la legalidad vigente. La reforman. Respetan formalmente los mecanismos vigentes en la constitución anterior para alterar las bases materiales que le daban sustento. En aquellos casos en los que gozan de la mayoría suficiente proceden a la reforma constitucional o a la convocatoria de una asamblea constituyente. Si no obtienen tal mayoría desarrollan un programa legislativo que vaya desmantelando el sentido y la funcionalidad de las estructuras constitucionales básicas.

En esta operación de desmantelamiento progresivo encontrarán algunos obstáculos. El primero de índole democrática estaba articulado a través de la acción de las minorías y del proceso político libre. En este sentido, que no interesa tanto en estas páginas, la apropiación de la voluntad popular por el movimiento permitirá sustituir la deliberación democrática libre por la schmittiana dialéctica amigo-enemigo en la que todo opositor al movimiento illiberal será un enemigo de la verdadera voluntad popular y un residuo del control elitista del anterior régimen. Ello justificará restricciones no totales a los procesos democráticos, pero sí una serie de medidas eficaces: criminalización de la oposición con posibilidades de victoria, ataques a la prensa crítica, control de los resortes fundamentales de la

sociedad civil (universidades, sindicatos, asociaciones, etc) y, habitualmente, reformas en el sistema electoral que, como no podía ser de otra forma, le beneficien frente al control pretendidamente elitista de las elecciones. De este modo, el movimiento tratará de crear las mejores condiciones posibles para asegurarse su victoria electoral en el futuro y poder seguir presentándose como encarnación de la voluntad democrática del pueblo.

El segundo es más complejo de afrontar. Se trata de los límites jurídicos al poder que constituyen buena parte de la esencia del constitucionalismo y sin duda del Estado de Derecho. En este caso la estrategia no es destruirlos sino desarmarlos para tornarlos ineficaces. Para ello en el discurso público se les etiqueta como «antidemocráticos» por tratarse de controles ejercidos por el Derecho y sus instituciones que impiden el desarrollo de la voluntad popular libremente ejercida. Renace así un debate que de un modo en exceso optimista dábamos por superado. El de la tensión entre constitucionalismo y democracia. Entra voluntad popular y Derecho.

Es en este contexto en el que se enmarca el ataque a la independencia judicial. Un poder judicial independiente o un Tribunal Constitucional (allá donde exista) ejerce de contrapeso a la voluntad de los órganos representativos y ejecutivos y, eventualmente, pueden impedir las reformas legales (e incluso constitucionales) puestas en marcha por el movimiento illiberal frustrando sus objetivos y deteniendo la regresión en el Estado de Derecho perseguida. Por eso ambas instituciones (justicia constitucional y poder judicial) son dos de los enemigos a batir por parte de tales movimientos.

La justicia constitucional es relativamente fácil de desmantelar. En el caso de la justicia constitucional concentrada no es más que una cuestión de tiempo que el movimiento mayoritario en el parlamento y en el ejecutivo pueda designar a magistrados cercanos a sus planteamientos que generen mayorías sólidas en su favor. La captura de estas instancias por parte de los movimientos illiberales es sin duda un objetivo prioritario en el que, por otra parte, han obtenido importantes éxitos con cierta facilidad. En el caso de la justicia constitucional difusa el proceso de captura es mucho más difícil porque será necesario controlar a la más alta instancia judicial de control por parecidos sistemas (teniendo en cuenta que normalmente el mandato de estos jueces es mucho más largo) para que el principio *stare decisis* pueda hacer el resto con cierta rapidez. Aunque algunos éxitos pueden apuntarse en este punto a los movimientos populistas, normalmente el control de las más altas instancias jurisdiccionales en el marco de sistemas de control difuso de constitucionalidad se ha enmarcado en el más general y complejo asalto a la independencia judicial.

Efectivamente, ucho más difícil es controlar al poder judicial. Capturar un órgano supone conseguir designar a la mitad más uno de sus componentes. Es una

labor fácil. Pero capturar a todo el poder judicial supone controlar a todos y cada uno de los jueces que ejercen la jurisdicción. Y eso no es tan sencillo. Por ello, se proceden a profundas reformas constitucionales que abarcan desde la jubilación anticipada de jueces (que elimina a aquellos que ocupan las más altas instancias judiciales y permiten nombrar nuevos magistrados adeptos a la nueva política) hasta la creación de salas especiales para el control disciplinario de los jueces, pasando por la captura de los consejos de la judicatura (allí dónde tal es el modelo de independencia institucional del poder judicial) o la reorganización de la planta judicial para trasladar a los jueces incómodos a lugares donde no puedan hacer daño.

Un tercer obstáculo, no menor, para los movimientos illiberales deriva de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Si bien la legislación vigente, incluso la constitución, pueden ser reformadas por una mayoría parlamentaria sólida, no ocurre lo mismo con las organizaciones internacionales que entre sus condiciones existenciales requieran el respeto los valores propios de la democracia representativa y el Estado de Derecho. En el caso europeo tanto la UE como el CoE se asientan en el respeto por parte de sus miembros de los valores vinculados al Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos. No se puede pertenecer a ellas sin respetar tales principios constitucionales. No es pues de extrañar que en nuestro continente, los movimientos illiberales, sean profundamente antieuropeos. Y por ese mismo motivo también resulta lógico que ambas organizaciones hayan devenido particularmente activas en la defensa de los principios propios del Estado de Derecho y, en lo que aquí interesa, en particular en la defensa de la independencia judicial. Sin embargo, ambas organizaciones tendrán siempre una limitación intrínseca pues sus competencias son solo las atribuidas a través de los tratados y, además, la ejecución de sus mandatos depende de la voluntad de los propios órganos estatales controlados por dichos movimientos.

Se entienden, pues, los motivos por los que la independencia judicial se ha convertido en el lugar en el que, en este momento, se está librando la lucha por el Estado de Derecho en el Derecho Constitucional europeo. Tanto en la UE como en el CoE. De la UE se ocupa de manera monográfica y con plena solvencia la profesora Biglino en otra ponencia de este volumen. Nos centraremos, pues, en el segundo, aunque alguna referencia a la UE será inexcusable.

La reacción en el CoE frente a los ataques a la independencia judicial fruto de las regresiones en el Estado de Derecho ha utilizado dos instrumentos básicos: el soft law aprobado por sus órganos políticos y consultivos[1], por un lado, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) que

[1] Sobre el tema y su influencia en la jurisprudencia del TEDH y en la actividad de la UE véase R. Bustos Gisbert: «La influencia de los Textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en TEDH y en la UE» *Teoría y Realidad Constitucional,* 47, (2021) pp. 161 y ss

ha mantenido, además, un fructífero diálogo con el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE, en adelante)[2].

2. La defensa de la independencia judicial desde el soft law del Consejo de Europa

El CoE desarrolló en los años 90 un corpus de textos de distinta naturaleza sobre independencia judicial muy rico y que ejerció una fuerte influencia en la transición de los países del Este de Europa desde regímenes comunistas a sistemas constitucionales demoliberales. Este corpus, sin embargo, devino insuficiente cuando las primeras regresiones en el Estado de Derecho en Europa comienzan a ser evidentes en la primera década del milenio. Conviene pues diferenciar dos fases muy diferenciadas en este soft law: desde 1990 hasta 2010 y desde entonces hasta la actualidad.

En la primera fase deben destacar cuatro textos fundamentales: la Recomendación del Consejo de ministros 94(12); la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces (1998); la creación y actividad de la Comisión de Venecia a partir de 1990 y la creación en el año 2000 del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (CCJE).

La recomendación 94(12) sobre la independencia, eficiencia y papel de los jueces adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994 es el primer documento en el que el CoE realiza una aproximación global a la cuestión de la independencia judicial. Se trata de una recomendación muy breve cuyos antecedentes conectan su contenido con los Principios Básicos de Naciones Unidas en materia de independencia judicial de 1985[3] y con la jurisprudencia del TEDH en relación con el artículo 6 del CEDH.

La Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces comenzó a gestarse en una reunión multilateral celebrada en julio de 1997 en la que participaron represen-

[2] Sobre el tema nos hemos ocupado en profundidad tanto respecto a la jurisprudencia del TEDH como a la del TJUE en . Bustos Gisbert, *Independencia Judicial e Integración Europea,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022

[3] Se trata de los «Principios básicos relativos a independencia de la judicatura», adoptados en el séptimo congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente celebrado en Milán en 1985. El texto fue posteriormente confirmado en las resoluciones 40/32 y 40/146 del mismo año. En el ámbito universal son destacables también la Observación General nº 32 del Comité de Derechos Humanos al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como los Principios de Bangalore sobre conducta judicial elaborados en dicha ciudad en 2002 en el marco de los trabajos de la Oficina contra la Droga y el delito. También este contexto es relevante la labro del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la independencia de magistrados y jueces creado en 1994 por la Comisión de Derechos Humanos.

tantes de 13 Estados miembros del CoE y diversas organizaciones y entidades vinculadas al mundo judicial europeo. El texto fue aprobado[4] un año después en una segunda conferencia multilateral celebrada los días 8 a 10 de julio de 1998. Ambas conferencias fueron impulsadas por el Directorado de Asuntos Judiciales del CoE. El texto final carece de valor formal, pero constituye una guía acerca de cómo debe elaborarse en los Estados miembros un Estatuto para los jueces y magistrados.

La Comisión de Venecia nace en el contexto histórico de la caída del muro de Berlín y ante los inminentes retos que se le iban a plantear al CoE para integrar a los Estados del otro lado del telón de acero Se crea por un acuerdo parcial de 18 Estados en 1990 y a finales de 2002 todos los Estados del CoE estaban adheridos. Actualmente la Comisión ha rebasado con creces las fronteras del CoE. Incluyendo Estados americanos, asiáticos y africanos La Comisión es un órgano consultivo e independiente cuya función está centrada en asuntos constitucionales. Su labor básica consiste en la emisión de opiniones jurídicas e informes sobre un amplio elenco de materias, aunque últimamente también está cobrando importancia su participación en algunos procesos como *amicus curiae*[5]. El trabajo de la Comisión que nos interesa es el relativo a reformas constitucionales y legales en marcha en los Estados miembros y el referido a la emisión de opiniones sobre temáticas constitucionales generales. En el primer sentido, la Comisión se pronunció sobre reformas legislativas en el periodo objeto de examen (de 1990 a 2010) en más de 40 ocasiones. Pero, interesa, sobre todo, el informe general sobre los nombramientos judiciales emitido el 22 de junio de 2007[6] a petición del Consejo Consultivo de Jueces Europeos en la elaboración de su opinión nº 10 sobre los Consejo Judiciales (*vid. infra*). A pesar de su nombre, el informe versa sobre los consejos judiciales, más que sobre los nombramientos judiciales.

El Consejo Consultivo de los Jueces Europeos es también un órgano consultivo creado por el Comité de Ministros del CoE en el año 2000. Su objeto es

[4] La referencia del texto es DAJ DOC (98) 23.

[5] Sobre la Comisión véase el trabajo clásico de J. Jowell»,The Venice Commission: Disseminating Democracy through Law», en *Public Law,* 24, 2001, pp. 675 y ss y el más moderno de W. Hoffmann-Riem, «The Venice Commission of the Council of Europe: Standards and Impact», en *International Journal of European Law*, 25, 2014, pp.579 y ss. En castellano véase. P. CRAIG, «Constitucionalismo transnacional: la contribución de la Comisión de Venecia», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 2017, pp 79 y ss y P. Biglino Campos, «La Comisión de Venecia y el Patrimonio Constitucional Común», en *Revista General de Derecho Constitucional*, 28, 2018, pp. 1 y ss. La propia Comisión mantiene un listado de trabajos en su página web: https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_01_Articles&lang=EN

[6] Comisión Venecia (European Commission for Democracy through Law). *Judicial Appointments*, CDL-AD(2007)028, de 22 de junio de 2007

asesorar en materias relativas a la independencia, imparcialidad y competencias de los jueces. Está compuesto exclusivamente por jueces en representación de todos los Estados miembros del CoE. Igualmente, tienen presencia, sin derecho a voto, otros órganos del Consejo de Europa y otras organizaciones internacionales (la UE y otros observadores). Desde su origen su función más relevante[7] es preparar opiniones sobre temas relacionados con la independencia judicial y la función jurisdiccional. Estos informes se realizan a solicitud de sus miembros o por iniciativa de órganos del Consejo de Europa. En el periodo objeto de examen (2000 a 2010) las opiniones nº 1 y 10 son particularmente importantes desde el punto de vista de la independencia judicial. La opinión nº 1, de 23 de noviembre 2001, sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces[8], es el punto de partida de toda la actividad posterior y la opinión número 10 sobre los «Consejos de Justicia al Servicio de la Sociedad» de 23 de noviembre de 2007 sentará las bases sobre las que se articularon los estándares europeos en materia de regulación de los consejos judiciales.

El año 2010 va a ser un claro punto de inflexión respecto a la actividad de los órganos del CoE en materia de independencia judicial. Es difícil saber cuáles fueron los motivos del crecimiento cualitativo y cuantitativo de este conjunto de normas. Pero no parece aventurado afirmar que ello fue consecuencia, por una parte, de los resultados de los trabajos previos, en especial la ya muy consolidada Comisión de Venecia, y, por la otra y sobre todo, de la aparición de disfunciones en materia de Estado de Derecho en el Este de Europa (muy singularmente Ucrania[9]) o claramente previsibles incluso en el seno de la UE (la primera victoria electoral del partido Fisdez, liderado por Victor Orban, en Hungría precisamente se produce en Abril de 2010). Sea como fuere en 2010 se aprueban tres textos esenciales para la evolución del acervo normativo del CoE en materia de independencia judicial precisamente en el Comité de ministros, en la Comisión de Venecia y en el CCJE.

En Julio de 2008 la Presidencia de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del CoE solicitó a la Comisión Venecia la elaboración de un informe sobre estándares europeos relativos

[7] Véase Apéndice A: Main Actions Areas for the Purpose of Establishing Priorities within the Global Action Programme, en Consultative Council of European Judges: Framework Global Action Plan for Judges in Europe. CCJE(2001)24, de 12 de febrero de 2001.

[8] CCJE(2001)OPNº1.

[9] No deja de ser significativo, por ejemplo el Informe de la Comisión Venecia sobre la reforma judicial en Ucrania de 20 de marzo de 2007 (CDL-AD(2007)003) en el que se felicita de los avances producidos en Ucrania si se compara con el extraordinariamente crítico informe de 16 de marzo de 2010 (CDL-AD(2010)003) sobre el proyecto de ley sobre el sistema judicial y el status de los jueces en Ucrania.

a la independencia del sistema judicial. Fruto de esta petición fue el Informe sobre independencia Judicial, Parte 1, aprobado en la reunión de marzo de 2010[10].

El 17 de noviembre de 2010 el Comité de Ministros del CoE aprueba una nueva recomendación sobre *Jueces: independencia, eficiencia y responsabilidades*. La recomendación sustituye a la aprobada en 1994 y recoge los avances realizados por los diferentes órganos consultivos del CoE, en especial los relativos a la importancia de la creación de los Consejos Judiciales. Responde, según se sostiene en su memorándum explicativo, a la creciente demanda de la mayor eficiencia posible en el funcionamiento de los poderes judiciales como garantes de los derechos. La recomendación se divide en siete capítulos y un memorándum explicativo y resulta mucho más pormenorizada que la aprobada 16 años antes.

Exactamente el mismo día en que se aprueba la recomendación, el 17 de noviembre de 2010, y en el mismo lugar (el Palais de l'Europe de Estrasburgo) el CCJE adopta la Carta Magna de los Jueces. La reunión conmemoraba los 10 años de funcionamiento del CCJE y el texto aprobado sintetiza y codifica las conclusiones de los informes adoptados durante ese tiempo. No deja de ser significativo que la inmensa mayoría de este texto, subtitulado «principios fundamentales», se dedique precisamente a la independencia judicial.

Los tres textos recién citados (la Recomendación (2010)12, el informe sobre independencia judicial de la Comisión Venecia y la Magna Carta de los Jueces) constituyen la triada básica de la definición de la independencia judicial en el *soft law* del CoE. Pero la actividad sobre la materia ha continuado en la labor de los órganos consultivos. En ella destaca en particular la realizada por la Comisión de Venecia

La Comisión de Venecia ha desempeñado desde 2010 una labor extremadamente poco conocida y casuística en la materia mediante el desarrollo de sus funciones consultivas, a instancias de diferentes sujetos y órganos del CoE, ante reformas legislativas o constitucionales relativas al poder judicial de los Estados miembros. Esta labor, como ya se ha apuntado, era ya relevante antes de 2010, pero se ha incrementado geométricamente desde entonces. Resulta muy difícil evaluar su impacto en las reformas, aunque ciertamente los grandes supuestos problemáticos respecto a problemas de independencia judicial han recibido una constante respuesta en informes específicos de la Comisión. Los casos de Ucrania[11], Hun-

[10] CDL-AD(2010)004.

[11] Respecto a Ucrania pueden consultarse entre otras las siguientes opiniones relativas a distintas reformas judiciales: CDL-AD(109)027; CDL-AD(2017)026; CDL-AD(2017)020; CDL-AD(2017)034; CDL-AD(2015)043; CDL-AD(2015)027; CDL-AD(2015)026; CDL-AD(2015)013; CDL-AD(2015)007; CDL-AD(2013)034; CDL-AD(2013)014; CDL-AD(2011)033; así como el inicio de los problemas con las sucesivas opiniones en CDL-AD(2010)003.

gría[12] o Polonia[13], son sin duda los más conocidos en nuestro entorno; pero basta con examinar someramente los informes emitidos y sus temáticas en la página web de la Comisión para comprobar su incansable actividad. A través de este mecanismo se ha ido creando una pléyade de informes que ha servido como un elemento básico de valoración de la situación de la independencia judicial en cada país. De este modo los informes de la Comisión se han convertido en un instrumento no solo de desarrollo de los estándares, sino también, y sobre todo, de aplicación de los mismos de manera preventiva ante las reformas judiciales en los Estados. De dicha actividad es buena prueba el documento publicado en marzo de 2015[14], reformulado y actualizado en diciembre de 2019[15] en el que se compilan de manera ordenada las Opiniones e Informes de la Comisión de Venecia relativos a Tribunales y Jueces.

Junto a esta labor de informe, la Comisión ha tenido ocasión de emitir también valoraciones temáticas más generales relevantes para estas páginas. En particular conviene destacar el Informe sobre Estado de Derecho[16] adoptado el 4 de abril de 2011 y que ha dado lugar a la muy conocida «Checklist» sobre Estado de Derecho[17]. El informe no tiene por objeto la independencia judicial propiamente, sino el Estado de Derecho. En este contexto se realiza un indudable esfuerzo por sentar las bases comunes de este concepto en el marco europeo (párrafo 16) considerándolo un elemento inherente de toda sociedad democrática en virtud de la cual todo ser humano ha de ser tratado con dignidad, igualdad y racionalidad y de acuerdo con la

[12] Así el durísimo primer informe CDL-AD(2012)001 sobre la reforma judicial húngara que siguió a la reforma constitucional de 2010 (y que en última instancia acabará generando el caso Baka c. Hungría examinado más adelante). Igualmente relevante serán los informes sobre la reforma del Tribunal Constitucional (CDL-AD(2012)009); la reforma del estatuto jurídico de los magistrados y la concentración de poderes en el presidente del Consejo (CDL-AD(2012)001). Las reformas introducidas como consecuencia de los anteriores informes tampoco pasaron totalmente el filtro de la comisión (2012)020).

[13] Comenzando por los informes sobre la reforma del tribunal constitucional polaco (2016)001 y CDL-AD(2016)026), siguiendo por con la opinión en el caso de la reforma del Consejo de Justicia (CDL-Ad(2017)031) y terminando con la opinión urgente sobre la organización de los tribunales de Derecho Común, Tribunal Supremo y otras leyes (CDL-AD(2020)002).

[14] European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission); Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Courts and Judges; de 5 de marzo de 2015, CDL-PI(2015)001.El document estaba actualizado a diciembre de 2014.

[15] European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission); Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Courts and Judges de 11 de diciembre de 2019. CDL-PI(2019)008. Actualiza las opiniones hasta junio de 2019.

[16] European Commmission for Democracy Through Law (Venice Commission); Report on the Rule of Law, de 4 de abril de 2011. CDL-AD(2001)003.

[17] La Checklist es incluida en el informe recién citado como anexo y es desarrollada en un documento posterior: European Commmission for Democracy Through Law (Venice Commission); Rule of Law Checklist, CDL-AD(2016)007, de 18 de marzo de 2016.

ley por los poderes públicos. Además, continúa la definición, los ciudadanos han de tener la posibilidad de cuestionar sus decisiones ante tribunales independientes e imparciales de acuerdo con procedimientos justos. El Estado de Derecho se referirá por tanto al ejercicio del poder y a la relación entre los ciudadanos y el Estado

3. La jurisprudencia del TEDH en defensa de la independencia judicial

Los textos recién enumerados han sido utilizados con profusión tanto en las normas de la UE, como, en lo que a aquí nos interesa, sobre todo en la jurisprudencia, ahora ya sí vinculante en los términos del sistema europeo de protección de derechos, del TEDH. Jurisprudencia que ha seguido tres grandes líneas que conviene exponer en el orden cronológico en el que han sido formuladas.

a) La protección de los Derechos sustantivos de los jueces

La primera línea de defensa de la independencia judicial por el TEDH ha sido el fortalecimiento de los derechos sustantivos de los jueces. En la definición de los derechos que los jueces nacionales, actuando como recurrentes ante el TEDH, alegaban ante la Corte, ésta ha tenido en cuenta de manera determinante que habían de ser interpretados no solo desde la óptica de los derechos de cualquier ciudadano, sino también y sobre todo desde el punto de vista de que se trataba de jueces cuya independencia debe ser salvaguardada.

En este sentido tres derechos aparecen como esenciales para garantizar la independencia judicial: la Libertad de expresión, el derecho a no ser detenidos arbitrariamente y la Libertad de asociación.

La Libertad de expresión[18] no es solo esencial porque tutele el derecho del juez a expresar su opinión en materias de interés general y con ello contribuya a la formación de una opinión pública libre. Es también básico porque garantiza el derecho de los jueces a intervenir en el debate público cuando su independencia es amenazada por otros poderes. En especial a través de reformas constitucionales o legislativas[19]. En estos casos la libertad de expresión puede incluso convertirse

[18] El leading case es *Baka v Hungría* pero hay otros casos importantes como *Wille v Liechtenstein*, 29 Octubre 1999, *Pitkevich v Rusia*, 8 febrero, 2001, *Kudeshkina v Rusia*, 26 enero 2009 y últimamente *Kozan v Turquía*, 1 marzo 2022.

[19] Sobre la relevancia de incrementar la participación de los jueces en el proceso democrático ante regresiones del Estado de Derecho véase M. Gersdorf and M. Pilich: Judges and Representatives of the People: a Polish Perspective, *European Constitutional Law Review*, 16, (2020), pp. 345 *et seq*.

en una obligación de expresar la opinión. Una obligación jurídica para los jueces que ocupen puestos de responsabilidad en los órganos de autogobierno judicial y una obligación deontológica para todos los jueces.[20]. Por tanto, toda sanción a un juez por el ejercicio de la libertad de expresión en materias de interés público vinculadas a las poder judicial será supervisada de manera muy estricta por el TEDH que solo tolerará injerencias en la misma cuando se socave la confianza pública de los ciudadanos en la administración de justicia de manera injustificada. Es más, cuando se haya establecido un vínculo entre la sanción al juez y el ejercicio de la libertad de expresión, serán las autoridades nacionales las que deberán demostrar que no existe relación causal entre ambos hechos, produciéndose así una muy relevante inversión de la carga de la prueba.[21]

Un segundo derecho esencial, como demuestran los acontecimientos en Turquía tras el fallido golpe de Estado en 2016, es la prohibición de detención arbitraria de jueces[22] porque se trata de uno de los primeros derechos violados por los poderes ejecutivos que desean liberarse del control judicial. Estas detenciones no solo libran del control judicial inmediato, sino que tienen un efecto disuasorio de futuro enormemente eficaz frente a cualquier intento judicial de controlar al poder. El Derecho constitucional europeo no prescribe normas específicas relativas a la detención de los jueces, pero sí impondrá, para el TEDH; un deber especial de cumplimiento escrupuloso de las normas nacionales vigentes.

La libertad de asociación de los jueces es otro elemento clave para la garantía de la independencia judicial[23]. El papel de las asociaciones nacionales e internacionales de jueces ha sido tan fundamental que el propio TEDH las ha etiquetado como «perro guardián» de la democracia y el Estado de Derecho en determinadas circunstancias[24]. Los Estados por tanto tienen muy poco margen para limitar la actividad de las asociaciones y de los jueces que pertenecen a ellas hasta el punto de que los ha utilizado como un argumento esencial para justificar la adopción de medidas provisionales[25] que, por otra parte, son bastante infrecuentes en la práctica del TEDH fuera de la protección de los derechos del art. 2 y 3 CEDH. Igualmente, ello significa que cualquier restricción del derecho de asociación debe estar claramente establecida en la ley y se interpreta de manera muy estricta. La relevancia de las asociaciones judiciales en este tema se refleja en el papel activo que han

[20] *Baka v Hungría*, para. 168 o, para los fiscales, *Kövesy v Rumanía.*

[21] Para un resumen reciente de los criterios establecidos por el TEDH en la materia véase *Eminagaoglu v Turquía,* 9 marzo2021, pars 133 *et seq*.

[22] *Altan v Turquía*, 16 abril 2019 and *Baş v Turquía,* 17 marzo 2020.

[23] *Eminagaoglu v Turquía.*

[24] *Eminagaoglu v Turquía*, par. 134.

[25] Véase la excesiva protección respecto a la pertenencia de los jueces a logias masónicas en *N.F. v Italia,* 2 agosto 2001 y *Maestri c Italy* 17 febrero 2004. Esta protección cualificada puede estar también detrás del resultado en *Di Giovanni v Italia*, 9 julio 2013.

desarrollado ante los tribunales europeos en defensa de la independencia judicial de modo que algunos de los *leading cases* y buena parte de los casos pendientes proceden de recursos por ellas presentados directamente o apoyando a jueces individuales.

Otros derechos menos relevantes han sido los de propiedad y privacidad, aunque también han sido invocados. Una remuneración adecuada, alegada a través del derecho de propiedad, ha sido considerada relevante en materia de pensiones y reducciones salariales y, en menor medida, aparece también en los casos de adelanto de la edad de jubilación, aunque en menor medida en cuanto tales casos se han resuelto normalmente sobre la base de violación de la interdicción de discriminación por razón de edad[26]. El derecho a la privacidad, dada su expansividad, ha sido utilizado con indudable prudencia. Por ello, el TEDH ha exigido que el impacto sobre el derecho tenga una entidad relevante como para poder considerar que se ha producido una injerencia[27]. Aún así se ha considerado que el cese de un juez es siempre una injerencia en su vida privada[28]. De este modo, cualquier decisión disciplinaria que conduzca al cese se evaluará, como veremos, no solo desde la óptica del derecho a un juicio justo, sino también desde la perspectiva de su «necesidad en una sociedad democrática» lo que constriñe seriamente el margen de actuación de los Estados.

b) Derecho a la tutela judicial de los jueces

El CEDH, a diferencia de lo que ocurre con la Convención Americana, no consagra un derecho al ejercicio de cargo público. Ello supuso, de nuevo a diferencia de lo ocurrido en el sistema interamericano, que los jueces no pudieran alegar el derecho a la tutela judicial frente a los actos que pudieran afectar al ejercicio de sus funciones si no existía otro derecho sustantivo implicado. La situación cambiará a partir de 2007 en el caso *Vilho Eskelinen* v *Finlandia*. En este caso se reconoció que el art. 6 CEDH (derecho a un juicio justo) podría ser alegado ante el TEDH por violación de los derechos reconocidos en el ordenamiento nacional incluyendo las relaciones laborales entre funcionarios y poderes públicos lo que, a la postre, incluiría a los jueces. Ello dio origen al derecho de los jueces (igual que el resto de funcionarios públicos) a que todas las decisiones relativas a su estatuto jurídico debieran poder ser recurribles ante un tribunal independiente, lo que, a

[26] *Zubko y otros v Ucrania*, 20 julio 2004.

[27] El leading case es *Denisov v Ucrania*, 25 septiembre 2018.

[28] Véase, por ejemplo, *Özpinar v Turquía*, 19 octubre 2010. El Tribunal reciente ha sostenido que una larga suspension de funciones durante procesos disciplinarios suscita una cuestión de derecho a la vida privada en *Gumenyuk y otros v Ucrania*, 22 julio 2021.

su vez, incrementaría la confianza ciudadana en la administración de justicia. En las palabras del TEDH en el reciente caso *Gumenyuk y otros v Ucrania*: «Moreover the necessity to have in place procedural safeguards and the possibility of appeal against decisions affecting the career, including the status of a judge is widely acknowledged because what is at stake is public trust in the functioning of the judiciary»[29]. Al realizarse la revisión judicial, la independencia del juez será el criterio esencial para determinar si la medida adoptada se realizó con pleno respeto a la ley y si se ha producido algún tipo de desviación de poder.

El TEDH ha aceptado en alguna ocasión que no exista revisión judicial si se puede apelar ante los Consejos judiciales. Pero para ello, estos deberán respetar el derecho a un remedio efectivo (art. 13 CEDH) y con ello los mínimos del derecho a un juicio justo estarán garantizados entre ellos la independencia e imparcialidad del órgano revisor[30]. La obligación de que los consejos judiciales cumplan con los requisitos del art.13 solo puede exceptuarse si cabe un recurso judicial frente a sus decisiones con plena capacidad de revisión fáctica y jurídica del asunto[31].

Con ello se ha ido creando en la jurisprudencia europea un derecho del juez a su independencia cuya clave de bóveda es la revisión judicial de cualquier decisión que afecte a su carrera, especialmente los relativos a la imposición de sanciones disciplinarias[32] pero incluye otros aspectos como nombramiento, promoción, confirmación en el puesto, ceses anticipados, asignación y reasignación de casos, etc[33]. Además, en todo caso, la revisión se ha de producir ante «un ·tribunal independiente e imparcial» lo que excluye tanto a consejos judiciales «capturados» por el poder político como a salas especiales o servicios de inspección creados *ex profeso* sin las suficientes garantías para cualquier forma de presión externa o interna.[34]

---

[29] Par. 72, pero la idea está clara desde el primer caso en el que el TEDH aplicó el art. 6 a un juez en *G. v Finlandia*, 27 enero 2009 y afirmado categoricamente en *Baka v Hungria*, 23 junio 2016 en la que incluso una reforma constitucional que implicaba la dimisión del presidente del Tribunal Supremo debía estar sometida a revision judicial.

[30] Véase, *Di Giovanni v Italia*, 9 Julio 2013. Ello explica porque los requisitos de los procedimientos disciplinarios contra jueces han de ser aplicados también a miembros de los consejos judiciales *Loquifer v Bélgica*, 20 julio 2021.

[31] Por ejemplo, *Tsanova-Gecheva v Bulgaria*, 15 septiembre 2015.

[32] El leading case *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v Portugal*, 6 Noviembre 2018 y recientemente en *Reczkowicz v Polonia*, 22 julio 2021. El planteamiento ha sido idéntico en el caso del TJUE y la sala disciplinaria del Tribunal Supremo polaco.

[33] Para un ejemplo reciente *Broda y Bojara v Polonia*, 29 Junio 2021. Este tipo de razonamiento se encuentra también en el TJUE, por ejemplo en: C 272/19 *VQ c Land Hessen*, paras. 52 *et seq*. en el que concluye que el órgano encargado del nombramiento de los jueces en Hessen era suficientemente independiente o una aproximación similar en C 896/19, *Repubblika*, al definir los requisitos de independencia de la comisión de nombramiento de jueces en Malta, parr. 67.

[34] De nuevo en este punto también sería relevante la saga polaca ante el TJUE en materia de procedimientos disiplinarios o respect a Rumanía en C-83/19 *AJFR*.

c) Derecho al juez independiente establecido por la ley

El último desarrollo en la cuestión ha sido el uso de una «garantía institucional» adicional a las ya desarrollas en la jurisprudencia: el requisito de que los tribunales han de estar «establecidos en la ley». En la sentencia de Gran Sala, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia*, el TEDH, después de un fructífero diálogo con el TJUE[35], concluyó que el tribunal cuya decisión evaluaba no estaba establecido por la ley porque las normas nacionales relativas al nombramiento de uno de los miembros de la sala habían sido manifiestamente infringidas de tal modo que comprometían la independencia de dicho tribunal. Desde esta sentencia (dictada en diciembre de 2020) el test establecido ha sido aplicado con plena coherencia tanto por el TJUE como por el TEDH en un importante número de casos de una forma perfectamente coordinada.

Este nuevo aspecto de la independencia judicial requiere que las autoridades nacionales respeten las reglas establecidas en la ley nacional[36] que asegura la independencia de los tribunales. Así, no solo los ordenamientos jurídicos nacionales deben garantizar la independencia del juez concreto que decide el caso, sino que los tribunales europeos supervisarán si dichas reglas han sido respetadas en la práctica.

Tal y como expresamente sostiene el TEDH en *Guðmundur*: «the phrase «established by law» covers not only the legal basis for the very existence of a «tribunal» but also the compliance by that tribunal with the particular rules that govern it (…) and the composition of the bench in each case» (par 213). Y la palabra independencia (par 234) define tanto un determinado «estado de mente» como un «conjunto de reglas institucionales y funcionales» que «safeguards against undue influence and/or unfettered discretion of the other State powers, both *at the initial stage of the appointment of a judge and during the exercise of his or her duties*»

Pero no toda violación del derecho nacional relativa al nombramiento o estatuto de los jueces estará sometido a la supervisión del TEDH. Un cierto umbral de gravedad en la violación de las reglas internas ha de alcanzarse. Para ello el

[35] El TEDH se apoyó en el TJUE cuando resolvió unos meses antes en una apelación en gran sala C-542/18 RX-II and C-543/18 Rx-II, Simpson v. Council and HG v. Commission, of 26 Marzo 2020. Los criterios establecidos en ambas decisions son sustancialmente los mismos, pero el análisis del TEDH es más detallado. Debe subrayarse que previamente el TJUE Simpson v. Council and HG v. Commission se apoyó en la doctrina establecida por la Sala del TEDH en el previor Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia, y la decision final de, ahora, Gran Sala del TEDH utilize al TJUE. Un brillante ejemplo de diálogo o incluso auxilio mutuo entre ambos tribunales.

[36] Debe tenerse en cuenta que la palabra «ley» aquí se refiere a «ley parlamentaria» en cuanto pretende evitar que el ejecutivo decida el status básico del poder judicial. Esta idea se estableció claramente ya en la decisión de la Comisión en *Zand v. Austria*, 12 octubre 1978, y está fuertemente enfatizada en Guðmundur, para 214.

TEDH establece un test en tres pasos que requiere determinar: (i) Si se ha producido una violación manifiesta del derecho nacional (ii) Si tal violación afecta a una regla fundamental del procedimiento de nombramiento de los jueces; (iii) Si la alegación relativa a la violación del derecho a un juez establecido por la ley fue revisada y, en su caso, reparada plenamente por los tribunales nacionales. De este modo tanto el TEDH[37] como el TJUE[38] han garantizado que las violaciones manifiestas del derecho nacional que afecten al estatuto jurídico de los jueces no revisadas eficazmente en sede nacional puedan serlo en el nivel europeo

4. La persistencia de los desafíos y de los riesgos para el Estado de Derecho y para la integración europea.

El camino seguido por el TEDH (y el TJUE) ha llevado a un punto donde la Corte Interamericana ya había llegado: el reconocimiento del derecho de los jueces a su propia independencia[39]. Pero el camino ha sido mucho más tortuoso y complejo debido al distinto punto de partida que excluía un precepto equiparable al art. 23 de la Convención Americana. Un uso inteligente de la garantía del ejercicio de los derechos convencionales por los jueces, del derecho al juicio justo y del derecho a un juez establecido por la ley ha conducido a «blindar» el estatuto jurídico del juez y con ello acabar construyendo casuísticamente algo muy similar a un derecho del juez a su propia independencia.

En esta defensa de la independencia judicial se ha producido una perfecta sinergia con el TJUE. El diálogo entre ambas cortes ha llegado a niveles posiblemente no alcanzados en el pasado. Las referencias continuas, el uso de la jurispru-

[37] Véanse *Bilgen v. Turquía* (respecto a la inamovilidad de los jueces); *Xero Floor w Polsce sp a.o.o. v. Polonia*, 7 Maya 2020 (ausencia de independencia de la Corte Constitucional polaca), *Reczkowicz v. Polonia* (ausencia de independencia del Consejo judicial y la sala disciplinaria del Tribunal Supremo polaco), *Dolinska-Ficek and Ozimek v Polonia*, 8 noviembre 2021 (ausencia de independencia de la Sala de Asuntos Extraordinarios y Públicos del Tribunal Supremo polaco) y *Advance Pharma sp z.o.o. v Polonia*, 3 february 2022 (ausencia de independencia de la sala civil del Tribunal Supremo polaco). También pueden verse las medidas provisionales adoptadas por el TEDH para intentar garantizar el cumplimiento de sus sentencias precedentes y dictadas en mardo de 2022: *Gtowacka v Polonia*,(15928/22) *Wróbel v Polonia* (6904/22), *Synakievicz v Polonia*(46453/21), *Niklas-Bibik v Polonia* (8687/22), *Piekarska-Drazek v Polonia* (8076/21) and *Hetnarowicz-Sikora v Polonia* (9988/22).

[38] El TJUE aplicó el mismo tipo de análisis (en la versión «Simpson») también para la sala disciplinaria polaca en *Comision v. Polonia*, C-791/19 solo una semana antes de que el TEDH dictara Reczkowicz; o su posición en C-487/19, *W.Z*. 6 Octubre 2021; C-562/21 and C563/21 PPU *Openbaar Ministerire*, 22 Febero 2022.

[39] Una jurisprudencia que el TEDH conoce y cita como se muestra en dos de sus leading cases *Baka v Hungría,* pars 84-85 o *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia*, par 144. Se trata de una muestra más de diálogo judicial.

dencia del otro tribunal para construir las propias decisiones, incluso un *timing* perfeto en la emisión de sentencias, denotan una conexión entre los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo que posiblemente no sea ya el resultado de un diálogo sino incluso de un auxilio mutuo entre tribunales amenazados por igual por las regresiones del Estado de Derecho en Europa. Y ello es algo que al final de estas páginas no ha de ser olvidado. La integración europea requiere de tribunales independientes. Estos son una condición existencial de la integración política (UE)[40] y de la integración a través de los derechos (CoE). Sin tribunales independientes que apliquen las normas y estándares europeos sin condicionamientos por parte del resto de autoridades estatales no puede existir integración. Para el TEDH (y para el TJUE) esta no es solo una batalla por garantizar la vigencia del *rule of law* en los Estados miembros. Es una batalla por su propia supervivencia.

Pero en esta batalla tres objeciones se han opuesto. No las compartimos, como se puede deducir de lo expuesto en las páginas anteriores. Pero no ha de ser minusvalorado el uso que los movimientos illiberales pueden hacer de ellas.

La primera es una objeción competencial. El CoE (y la UE) carece de competencias respecto a la organización constitucional del poder judicial en los Estados miembros. El grado de supervisión que puede ejercer sobre el mismo es el derivado de mecanismos de «soft law» (débiles por definición) o de la genérica cláusula del art. 6 CEDH (derecho a un juez «independiente e imparcial establecido por la ley»). La respuesta desde los Estados afectados frente al CoE y el TEDH (y, por supuesto, la UE y en especial el TJUE) ha sido la denuncia de una actuación *ultra vires* y con ello una invasión de las competencias estatales. Desde este punto de vista se cuestiona, por tanto, la legalidad del propio control convencional de la independencia judicial en los Estados miembros. Ello nos lleva la segunda objeción.

Una objeción identitaria. La, alegada, extralimitación en el ejercicio de las competencias europeas afecta a un aspecto esencial de la identidad constitucional nacional: la organización de los poderes del Estado. Desde el illiberal punto de vista, ello supondría que se está socavando los últimos reductos de soberanía que el Estado no ha transferido a las instituciones europeas. El control europeo no solo sería contrario a los tratados, sería contrario a los núcleos intangibles de la norma constitucional. La autonomía constitucional de los Estados miembros estaría siendo ilegalmente limitada por la actuación de las instituciones europeas. Es el poder constituyente nacional el que está en juego. Es una actuación inconstitucional. Pero además es ilegítima como sostendrá la tercera objeción.

[40] Al respecto K. Lenaerts, «Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue», 38, Yearbook of European law (2019), p. 4 y S. Adam: «Judicial independence as a functional and constitutional instrument for upholding the Rule of Law in the European Union», in P. Craig *et al: Rule of Law in Europe: Perspectives from practitioners and academics*, (EJTN, 2019) at p. 35.

Un objeción democrática. Con ella el movimiento illiberal cierra el círculo con (falsa) maestría, la afectación de la soberanía lo es a la parte más sagrada de la voluntad popular: la voluntad constituyente. Las viejas élites, enemigos políticos naturales de los movimientos iliberales, reunidas en sedes no transparentes en los órganos consultivos del CoE (Comisión de Venecia, Consejo Consultivo de Jueces, etc) o en tribunales solo compuestos por jueces sin legitimidad democrática estarían procediendo a vaciar de contenido la voluntad popular que el movimiento illiberal dice encarnar.

En resumen el intento de garantizar la independencia judicial por las instituciones europeas sería inconvencional, inconstitucional e ilegítimo.

Las tres objeciones son sin duda falaces. Pero eso no es lo relevante en estas páginas. Lo relevante es que sirven como mecanismos de resistencia illiberal frente a las presiones procedentes de las organizaciones de integración.

Cuál sea el resultado de esta batalla resulta incierto. Pero sí queda claro que hoy la lucha por el Estado de Derecho es, sobre todo, la lucha por la independencia judicial. Desmontar esas tres falaces objeciones es la gran tarea (y el reto) que corresponde no solo a las instituciones europeas y a sus tribunales, sino también y sobre a los académicos y en general a todos los profesionales jurídicos que creemos en el Estado constitucional de Derecho inmerso en procesos de integración. Un tipo de Estado y un tipo de integración de los que se han derivado las más altas cotas de alcanzadas en la historia de respeto a la democracia y los derechos humanos.

EL DESAFÍO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES

Hugo Alejandro Concha Cantú
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

I. La independencia judicial, un principio fundamental pero incompleto de la democracia constitucional

La independencia judicial es un principio que ha ido evolucionando gradualmente, en su concepción y aplicación, desde la consolidación de los jueces como un poder del Estado (surgimieno del Estado moderno), y siempre como un aspecto básico para asegurar el funcionamiento de éste. Se trata de un principio que a la hora de aplicarse se descompone en muchos mecanismos y normas que buscan asegurar su cumplimiento efectivo y de esa manera asegurar la imparcialidad en la resolución de conflictos. Estos medios van desde la forma de nombramiento de los juzgadores y su inamovilidad, las garantías para asegurar su profesionalismo así como para asegurar la dedicación completa a sus labores, sin injerencia de ningún tipo de interés, o bien el proveer de los apoyos y recursos materiales, humanos y financieros para el trabajo judicial.

Partiendo de una primera premisa que establece que el principio de independencia judicial surgió originalmente con el modelo político inglés y fue evolucionando conforme el propio modelo político constitucional fue ocupando espacios en los países occidentales, particularmente después del movimiento revolucionario francés y del surgimiento de los Estados Unidos de América, hoy la independencia judicial es un eje básico de la democracia constitucional, último modelo evolutivo de la organización política estatal.

En buena medida, es posible afirmar que existe una relación muy profunda en la suerte y eficaz funcionamiento de las democracias contemporáneas y el estado en el que se encuentra este importante principio (Russell, 2002).

Una segunda premisa es la que señala que este cambio en la importancia del principio de independencia judicial, obedece a que el poder judicial, como poder publico del estado constitucional, ha cambiado profundamente su posicionamiento político y social, su funcionamiento y competencias en referencia a las primeras etapas del constitucionalismo moderno (Pou Giménez, 2018). De ser una idea original para la organización de jueces que resolvían conflictos de materias específicas —en el Estado liberal, el principio de independencia judicial se ha proyectado a otros ámbitos mas amplios de la vida política, convirtiéndose en una de las principales protecciones de la Constitución misma y sus componentes, derechos e instituciones —en Democracia constitucional—.

El papel del juzgador en la actualidad proviene de dos concepciones que, en un primer momento eran visiblemente distintas: Una, que entendía al juez como principal creador del derecho a partir de un amplio papel de interpretación basado en el conocimiento y aplicación de precedentes a casos concretos, y de manera general en un marco legislativo general. Una concepción de enorme deferencia al juzgador, dejandole un amplio margen de acción y, por ende, con un alto posicionamiento social. La otra, un concepción del juez como funcionario del estado, un burócrata, cuyo papel, al igual que todos los servidores públicos, está regulado en sus funciones por supuestos de ley determinados por el legislador. Una concepción de desconfianza hacia el servidor público cuyas funciones deben estar acotadas al máximo en la ley y con una bajo posicionamiento social (Zagrebelsky, 2002). Cada uno de estos modelos fue el producto de la evolución de dos modelos jurídicos distintos, el inglés y el continenta o de derecho civil.

Estas posiciones, en los últimos años, se han acercado a un punto prácticamente de fusión o convergencia, gracias a diferentes fenómenos de enorme importancia, como la revalorización de los derechos humanos a nivel universal, y como un presupuesto prioritario de cualquier acción estatal, o bien como una expresión de la globalización y sus efectos.

La transformación del papel del juez no fue ni sencilla ni inmediata. Lo que inicio siendo la rama del poder «menos peligrosa» (Madison, El Federalista número 78), o el poder «de algún modo nulo» (Montesquieu, 1980), asociado con un Estado de derecho preminentemente legislativo, se acabaría convirtiendo en uno de los componentes fundamentales de un Estado constitucional de estructura compleja, a partir de principios y valores supremos sujetos a ser interpretados y aplicados a partir de una adecuación específica y contextual. Esta compleja tarea es llevada a cabo por jueces que, necesariamente, deben ser independientes.

Los procedimientos judiciales, fueron concebidos, en su origen remoto, pensando en individuos que requerían resolver sus conflictos ante un juez que actuaba como tercero desinteresado. Estos procedimientos personales se fueron ampliando gradualmente para resolver conflictos de una naturaleza mas amplia al solo con-

flicto entre dos partes (Shapiro, 1981). Así, ahora existen entre muchos procdimientos y recursos para reolver:

— Conflictos donde hay intereses mas complejos y que, ostensiblemente, pueden presentar una desigualdad entre las partes;
— Conflictos que no se limitan a dos individuos sino pueden ser peronas morales o colectivos;
— Conflictos que se presentan entre particulares con el Estado y sus instituciones;
— Conflictos específicos en contra de la emisión de normas provenientes del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo;
— Conflictos derivados de la aplicación de políticas públicas, en todos los ámbitos de la vida pública.

Numerosas razones históricas fueron generando esta ampliaciónen el papel de los jueces, particularmente el surgimiento de la justicia constitucional. Los jueces, de tener un papel reservado y reactivo para entrar en acción solo cuando se presentaba un caso con todas las formalidades exigidas por las leyes, hoy son, frecuentemente, los representantes del Estado que tienen a su cargo tres funciones fundamentales para la sobrevivencia y operación del mismo:

En primer lugar, son los encargados en última instancia de los derechos humanos particularmente en contra de decisiones de autoridad o de mayorías parlamentarias como un resultado que, derivado de las dramáticas experiencias totalitarias del siglo xx, transformó la estructura de los componentes constitucionales.

En segundo lugar, en ún ámbito material muy particular, determinan la manera en que una serie de derechos y libertades, relacionada con la participación ciudadana, van a materializarse y dar forma a la vida democrática de una comunidad, con claras definiciones y límites como sucede con el caso de la libertad de expresión, de asociación política entre muchas otras. Los juzgadores en temas electorales acabarán marcando la dirección y efectos de instituciones específicas de participación en decisiones colectivas, jornadas electorales, referendums, plebiscitos, iniciativas legislativas, consultas, presupuestos participativos, observatorios, órganos de evaluación entre otros.

En tercer sitio, son los jueces los que evalúan y controlan el ejercicio de facultades y competencias de los otros poderes públicos, determinando los alcances de las normas que los poderes legislativo y ejecutivo emiten y, de manera más específica, participan en la determinación del sentido de las políticas públicas provenientes de la administración pública para llevar a cabo el conjunto de acciones y servicios públicos tendientes a ordenar la dinámica económica y social.

Todas estas tres categorías son definitorias del funcionamiento de un Estado y de sus resultados en la vida social que ordena. Para lograrlas, se requieren jueces que están formalmente comprometidos con la imparcialidad y con el sentido de las normas existentes. Cualquier variación en esta clave de responsibilidad, sea por obedecer otro tipo de ideología, de intereses o de convicciones personales, pone en riesgo este funcionaiento y, por ende, la sobrevivencia de toda la estructura política del Estado. La independencia del poder judicial y de cada uno de sus miembros es un valor necesario para estos actores que definen y salvaguardan las reglas constitucionales, además de resolver los conflictos derivados de la aplicación de todas las normas secundarias.

En suma, el surgimiento del aparato constitucional como un conjunto permanentemente en movimiento que requiere ser interpretado para su adecuación y aplicación, transformó y reposicionó la figura de los jueces y el valor de su actuación independiente pues se trata de una función estratégica para la sobrevivencia de Estado. La labor jurisidiccional se convirtió en un importantísima, delicada y compleja tarea que no puede estar sujeta a intereses diferentes a los producidos por la propia lógica de la Constitución. Ni intereses gubernamentales, partidistas, ni intereses económicos particulares deben estar por encima de la independencia e imparcialidad judicial, así como tampoco deben estarlo los intereses corporativos de la insittución judicial ni aún los intereses personales.

Frente a esta gama de disputas y canales institucionalizados para su resolución, existen también numerosos intereses que buscan incidir en la manera en que los funcionarios judiciales deciden resolver y aplicar la ley. De esa manera los obstáculos a la independencia judicial surge de todo aquello que busca influir en la imparcialidad y autonomía de los juzgadores para llevar a cabo sus funciones. Estos obstáculos cobran así la forma de voluntades ajenas a los juzgadores, pero también como la incapacidad de los mismos para llevar a cabo su trabajo de manera óptima sabiendo en que momentos su actuar se aleja de lo marcado por la ley.

Los principales desafíos a los que se enfrentan los juzgadores en este nuevo y amplio rol se presentan tanto para los jueces ordinarios, que resuelven conflictos derivados de la aplicación de las leyes, como para los jueces constitucionales que deben de encontrar el significado de las disposiciones constitucionales en la resolución de recursos específicos.

A continuación enumero algunos de los desafíos a la independencia judicial que se presentan en la actualidad con mayor frecuencia en nuestros sistema democráticos, mas allá del obvio intento de un actor o parte por querer presionar al juez para que resuelva de la manera que le interesa. En ese sentido no enumero los casos comunes de presión por parte de actores políticos o económicos que a través de presiones, amenazas o intentos de soborno intentan incidir en las actuaciones judiciales. Lo que pretendo es señar elementos propios de las democraciasw cons-

titucionales que sin ser vistos como tales, pueden constituir retos para el trabajo independiente de los juzgadores.

I. Profesionalización óptima e independiente. Un primer desafío tiene que ver con la profesionalización y capacitacion de los jueces. Los diversos modelos de escuelas judiciales o centros de capacitación, en la mayor parte de las democracias constitucionales, suelen dirigirse, a través de diversos modelos y métodos, a preparalos de la mejor manera posible, para que cuenten con el conocimiento sustantivo y técnico para llevar a cabo su trabajo pero sin profundizar en técnicas específicas que les ayuden a identificar y evitar las múltiples y, en ocasiones, formas de incidencia e influencia muy sofisticadas. En este caso, la independencia debe de convertirse en técnicas de aislamiento frente a intereses que buscan involucrarse en las decisiones de los jueces. Esto es un reto en lo individual para cada juzgador pero también para la institución judicial en su conjunto. Si a esto agregamos que muchas veces la injerencia proviene del propio gobierno judicial, pues entonces es necesario pensar en que dentro de la estructura de las judicaturas, las escuelas o centros de capacitación requieren de protecciones para no ser capturadas por esos intereses la mayor parte de las veces en forma de autoridades internas y, de esta manera, proteger a los funcionarios judiciales en su formación.

Cuando las escuelas judiciales o centros de capacitación han caído en prácticas de fraudes o corrupción para que ciertas personas sean designadas ganadoras de concursos y así acceder a los nombramientos judiciales, estos servidores ya están marcados, desde su origen, por intereses que en cualquier momento pueden pedir el cobro por su apoyo. Manipular a las escuelas y centros de capacitación se acaba equiparando a un tipo de corrupción interna, que golpeará directamente la independencia de los nuevos jueces o magistrados.

Este primer desafío es el contar con juzgadores con el conocimiento y habilidades necesarias, pero también, con la libertad necesaria en su formación y preparación para que sean sus capacidades y méritos las únicas causas que expliquen el porque cuentan con esa alta responsabilidad.

II. Formalismo jurídico. Este fenómeno de «formalismo jurídico» tiene que ver con la necesidad surgida desde los cimientos del Estado basado en leyes escritas, de que todo acto y decisión de una institución o de los servidores públicos que en ella trabajan, esté explícitamente fundamentado en una norma jurídica y que cumpla con los requisitos y procedimientos que la misma norma señala. Es de esta forma, que la ciudadanía tiene certeza de que los actos cometidos por la autoridad son legales y justificados (legítimos). Pero este principio también, y de manera muy especial, aplica a los juzgadores. Todos los actos de un juicio, deben de estar fundamentados (en la norma que los justifica) y explicados (motivados),

además de seguir las etapas y requisitos señalados. Esto acaba por convertir el actuar de los jueces en ceremonias revestidas de requerimientos que poco tiene que ver con el fondo de los asuntos que resuelven.

Este fenómeno ha crecido gradualmente como consecuencia de la sobreregulación de la vida contemporánea y de los procedimientos judiciales. El litigio ordinario y convencional es una tarea compleja no sólo por lo sofisticadas que pueden resultar las leyes procesales —aquellas que indican como se actúa en un juicio— sino por la cantidad de atajos, prácticas e incluso caminos alternativos a lo que marca la ley. Los jueces se enfrentan así al deber de cumplir estrictamente con las responsabilidades que tienen, que resuelvan los asuntos de manera oportuna e imparcialmente, pero que también cumplan con sus obligaciones y múltiples formalidades legales.

Este segundo desafío acaba convirtiéndose en una contradicción importante entre lo que se exige de los jueces para resolver los juicios a su cargo eficaz y oportunamente, y al mismo tiempo legal y responsablemente.

III. Estructura y organización interna. El diseño de la organización judicial, siempre jerarquica en razón a la posibilidad de que jueces superiores revisen los actos de jueces inferiores, es un reto directo al trabajo independiente pues los juzgadores tienen que aceptar formar parte de una organización que les impone cierta subordinación técnica. El verdadero reto es el equilibrio entre esa subordinación técnica a una subordinación corporativa interna, donde los encargados del gobierno judicial, sean Presidentes de tribunal, Consejos de la Judicatura, etc., no busquen influir en la resoluciones de los juzgadores.

La subordinación técnica sólo puede signficar que los juzgadores sigan las pautas establecidas en precedentes o decisiones anteriores con carácter obligatorio, o bien que recompongan sus actuaciones o resoluciones cuando un tribunal superior, siguiendo juicios de revisión o apelación, así se los ordene. Se trata de un equilibrio teóricamente fácil de entender, pero que en la realidad se suele complicar por la importancia social y política que muchas decisiones judiciales adoptan.

Es frecuente que para enfrentar este complicado tema, se suela distinguir entra la autonomía institucional de una organización judicial y la independencia de cada juzgador. Son diferentes las condiciones que garantizan una y otra. Mientras que la organización busca que ningún otro poder político busque su sumisión, a través de mecanismos de nombramiento o de asignación de recursos presupuestales, los juzgadores deben de contar con mecanismos que aseguren un nombramiento sin condicionamientos, un trabajo eficaz con todos los medios materiales, humanos y financieros que requieran, garantías para actuar sin presiones ni amenazas de ser removidos de su trabajo o cambiados en sus adscripciones (instrumento muy utlizado por ser fácilmente justificado como necesidades del servicio),

condiciones de trabajo dignas tanto durante el ejercicio de su encargo como en el momento de su retiro y la no utilización de mecnaismos disciplinarios de manera indebida o discrecional, entre los mas comunes. En realidad, en la mayoría de los casos, si la independencia de los juzgadores es garantizada de manera integral y sistemática, la independencia institucional se logra de manera indirecta, pero no a la inversa.

Los titulares que representan a las instituciones judiciales deben de ser los primeros defensores de los intentos de influencia o intromisión en el trabajo de los juzgadores, pero desafortunadamente en muchas ocasiones son estas cabezas los primeros actores en caer en redes de politización que buscan alinear el trabajo de las judicaturas con el gobierno en turno y sus intereses. Una forma de evitar estas situaciones es que la Constitución señale con toda claridad las medios de control constitucional para defender a la Constitución y de que forma los jueces constitucionales son la última palabra en la interpretación de sus disposiciones, así como evitar que puedan existir posibilidades de amedrentar administrativa o penalmente a los juzgadores.

Es por todo ello que este tercer desafío es la amenaza de un estructura y gobierno judicial que de manera parcial y discrecional busca influir en los jueces bajo amenaza de cambiarles su adscripción, incoarles un procedimiento disciplinario o limitar sus condiciones de trabajo. Aquí el propio órgano judicial se convierte en la amenaza de la independencia de los juzgadores.

IV. Comunicación judicial. En la actualidad, un desafío de enormes proporciones para los poderes judiciales de las democracias contemporáneas es el manejo de la información. Se trata de un manejo complejo pues tiene que ver con el proceso de incorporación de información necesaria para que los jueces puedan llevar a cabo sus tareas, así como lo que se requiere de los jueces y de las judicaturas para dar a conocer el trabajo que realizan. Hay que recordar que en el contexto actual de las democracias constitucionales, el trabajo de todo funcionario público debe ser transparente y sujeto al escrutinio público. No obstante este principio de la vida pública democrática entra en tensión con el necesario sigilo judicial.

Mientras que los jueces tiene el deber de proteger la infomración confidencial de las partes y los detalles del proceso judicial hasta que se llegue a su sentencia final, al mismo tiempo deben de poder brindar la información necesaria sobre el estado en el que se encuentran los asuntos bajo su cargo, o cuando ya dictaron sentencias, es necesarios darlas a conocer en su totalidad para poder divulgar los argumentos y el camino de análisis seguidos para llegar a las solución y aplicación de la ley. Toda esto debe de conocerse como parte de la información que están obligados a dar en un ejercicio de rendición de cuentas y transparencia. Aunque se cuida el contenido y el proceso decisorio, se da cuenta del trabajo que se realiza.

Se trata de un delicado equilibrio donde la prudencia suele ser el mejor camino a seguir por parte de los jueces, pues a riesgo de ser criticados, no ponen en riesgo cometer una falta o hasta un delito al violentar el debido proceso legal.

En suma, resulta necesario repensar la manera en que los juzgadores en su trascendental trabajo entra en comunicación con la ciudadanía. La famosa frase de que «el juez habla por sus sentencias», es insuficiente a la luz de la información exigen las sociedades democráticas contemporáneas, pero tampoco puede pensarse que la constante exposición a medios de comunicación es el camino correcto donde se pondría en peligro la protección del proceso judicial y la información confidencial. Hay que recordar que los juicios mediaticos, es decir las opiniones de los medios de comunicación sobre la culpabilidad (responsabilidad) o no de las personas que están siendo señaladas, pueden tener efectos devastadores en la opinión pública y en la decision de los jueces. Una exposición indebida de los procesos judiciales frente a los medios de comunicación claramente puede atentar contra el trabajo independiente de los jueces. Es también importante señalar que el manejo de la información judicial cobra nuevas dimensiones con la proliferación de las redes sociales.

V. **Constitucionalismo multinivel**. Como se desarrolló en otras de la smesas del Encuentro que originó estas reflexiones, el constitucionalismo como organización propia de un Estado nacional ha sido superado por un constiucionalismo de varios niveles a partir de la apertura e inclusión de las normas convencionales, internacionales o regionales. Son los juzgadores los que tienen que desarrollar el conocimiento suficiente de todo este conjunto de normas para buscar siempre la aplicación óptima y adecuada de las normas aplicables en cada caso. Este reto para el trabajo de los juzgadores es de índole distinta a los desafíos anteriores pues se trata de algo que no posa una amenaza directa a la imparcialidad del juzgador o que busca intervenir en sus criterios. Se trata de un desafío pasivo ya que se refiere a que el juez no va a aplicar las normas de manera óptima, y consecuentemente no será del todo imparcial en su decisión, si carece del conocmiento completo del universo normativo sobre el cual debe de tomar una decisión. En este caso, como sucede con jueces que no han sido capacitados de la mejor manera y carecen del conocimiento necesario, se tratará de una actuación imparcial limitada a al no tener presente la norma conveniente de adjudicación o aplicación que resultaría en el mejor despliegue de una decisión plenamente independiente.

VI. Congruencia jurisprudencial. Uno de los grandes retos para el trabajo de los juzgadores contemporáneos es la obligatoriedad que en algunos países de iberoamérica se establece para que estos conozcan y apliquen criterios o tesis interpretativas provenientes de otros tribunales, normalmente los que se encuentran

en la mas alta posición de la jerarquía judicial, sean estas Tribunales o Cortes Supremas.

Esta forma de producción normativa no es algo nuevo en muchos países, pero sí lo es la tendencia a que se trate de interpretaciones que a manera de precedentes judiciales se apliquen de manera inmediata en los tribunales de un mismo nivel y en los de jeraquia inferior. Una tendencia que se ha imitado de los países de tradición anglosajona con una notable diferencia. Mientras que en esta tradición jurídica, donde se aplica la doctrina conocida como de stare-decisis, cada juez está en libertad de aplicar los precedentes de casos similares previamente resueltos, una vez que lleva a cabo su estudio del caso en cuestión mediante analogía, en los países de derecho codificado o civilista, esta tradición se impone de manera obligatoria por las cortes o jueces superiores sobre todos los demás. Es decir, los jueces, en lo general, no cuentan con esa libertad «creativa» de decidir si se aplica o no un precedente a partir de las características del caso que tiene que resolver y simplemente están obligados a aplicar los criterios jurisprudenciales.

Como puede observarse no se trata de un distinción superficial, pues en el caso de la aplicación obligatoria de precedentes se está imponiendo a los juzgadores criterios interpretativos desarrollados en una instancia y en casos diferentes, por similares que estos parezcan. Esta forma de aplicación de criterios interpretativos puede resultar en una imposición a la independencia de los juzgadores. La pregunta pertinente plantea hasta donde debe de existir un equilibrio entra la congruencia institucional de resolver casos similares de forma igual y hasta donde las y los juzgadores deben de tener independencia de decisión.

A manera de reflexión final, basta decir que ante el papel fundamental, esencial de la independencia judicial en las democracias constitucionales, es necesario analizar con cuidado los nuevos desafíos que surgen para que esta se pueda materilizar en el trabajo imparcial de la justicia.

Bibliografía

Pou Giménez, F. 2018. El Poder Judicial. *Manual de derecho constitucional. Estructura y organización del Estado mexicano.* México: Fondo de Cultura Económica.

Russell, P. H., y David M. O'Brien (ed.) 2002. *Judicial Independence in the Age of Democracy,* Charlottesville: University Press of Virginia.

Shapiro, M. 1981. *Courts. A Comparative and Political Analysis,* Chicago, The University of Chicago Press.

Zagrebelsky, G. 2002. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.,* Madrid, Editorial Trotta.

INDEPENDENCIA JUDICIAL: DESAFÍOS EN LOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS (LA EXPERIENCIA: EL CASO DE MÉXICO)

Juan N. Silva Meza
Expresidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

I. Introducción

El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y por ende de la democracia.

Debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decida sobre los derechos de la persona. Este principio, resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe protegerse inclusive, en situaciones especiales, como puede ser el estado de excepción.

Así, los jueces solo pueden ser dependientes a lo que la Constitución mandata. El destino y la conformación de este Poder del Estado, donde se defienden la Constitución y los derechos de las personas, no puede, por ningún motivo, y bajo ninguna excepción, estar al arbitrio de intereses que llegan como el agua y se van como el viento».

II. México.— De dónde venimos

La Constitución no siempre ha sido el instrumento empleado para resolver los conflictos entre autoridades y entre éstas y los particulares. Aun siendo el pacto fundacional del Estado, su función reguladora de la vida social ha estado supeditada, en diferentes etapas de nuestra historia, a la fuerza personal de los gobernantes en turno, volviéndose un fuerte medio de control ante gobiernos débiles, y un débil medio de control ante gobiernos fuertes. Durante las décadas del llamado presidencialismo mexicano, forjado a partir del dominio casi absoluto de una sola

opción política en los Poderes Ejecutivo y Legislativo, se fueron construyendo las que después se llamarían *facultades metaconstitucionales* del presidente de la República. Atribuciones no escritas de arbitraje inatacable.

Fueron años en los cuales la presidencia, además de tener la potestad de ejecutar un programa de gobierno, suplió en los hechos, las funciones legislativa y judicial depositadas constitucionalmente en otros Poderes.

El modelo comenzó a dar muestras de agotamiento hacia finales de los años sesenta. Vinieron entonces las reformas para dar mayor apertura al régimen. En un principio fueron tímidas, apoyadas en el objetivo de mantener el control político dentro de la clase gobernante, pero con el paso del tiempo tuvieron un mayor alcance, centrado en establecer una auténtica democracia en el país.

En lo concerniente a la jurisdicción, el proceso democrático desarrollado durante los años noventa se inspiró en la separación de Poderes y el fortalecimiento de la rama judicial.

Gobierno, oposición y el conjunto de actores relevantes para el sistema de impartición de justicia, alcanzaron un acuerdo en lo fundamental cuyo núcleo de unidad era: destacadamente, la independencia judicial, mediante la transformación de la Suprema Corte de Justicia como un verdadero Tribunal constitucional.

Así, 1995 marcó un antes y un después para la justicia federal. El paquete de enmiendas constitucionales publicado el 31 de diciembre del año anterior, modificó sensiblemente la estructura, las competencias y la integración del Poder Judicial.

El horizonte mejoraba: se trataba de suprimir la simulación instalada hacía décadas, construida desde el monopolio del poder público, para iniciar una era de mayor verdad en las instituciones del Estado mexicano, a partir del respeto ya medianamente amplio de la autonomía e independencia judiciales.

A la Suprema Corte se le confirió la facultad de conocer de *acciones de inconstitucionalidad;* expandió el conjunto de actores legitimados para promover *controversias constitucionales* y se fortaleció el juicio de amparo.

Se creó el Consejo de la Judicatura Federal con un doble propósito; por un lado, liberar a la Corte de funciones administrativas y, por otro lado, establecer un órgano profesional responsable de la carrera, la vigilancia y la disciplina del Poder Judicial.

Se daba pie a una transformación profunda, del Poder Judicial, dirigida principalmente a garantizar y potenciar su independencia, a profesionalizar la justicia ordinaria y consolidar a la Corte como un genuino tribunal de constitucionalidad.

III. En dónde estamos

El lunes dos de julio de 2018, México despertó con un mapa de la distribución del poder político diferente al de la noche anterior. La abrumadora victoria

del partido vencedor enmudeció a los partidos derrotados. Para el mes de septiembre, producto de una legislación electoral con tendencia a sobre representar opciones mayoritarias en detrimento de una conversión directa entre votos y escaños dentro del Congreso, el partido del presidente y su fórmula de coalición alcanzaron el número de diputados necesario para aprobar enmiendas constitucionales sin respaldo de la oposición (dos terceras partes). En el Senado el escenario no fue muy distinto. El partido vencedor y los partidos afines obtuvieron mayoría absoluta de asientos. El Poder Legislativo, que desde 1997 manifestaba una composición plural, volvía a concentrar el poder a la usanza del llamado presidencialismo mexicano.

La nueva realidad comenzó a sentirse desde el Congreso. Lejos de desplegar una función de contrapeso institucional como dictan la teoría democrática y las atribuciones contempladas en el marco jurídico aplicable, el Poder Legislativo asumió la corresponsabilidad en la implementación de un programa de gobierno sexenal. Ejecutivo y Legislativo no parecen en la actualidad dos, sino una sola rama de la división de Poderes. Vinieron entonces las reformas legislativas para expandir el poder presidencial. Por ejemplo, los cambios a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, a través de los cuales se instituyó la figura de Delegaciones en las entidades federativas, dependientes jerárquicamente de la Oficina de la Presidencia de la República y responsables del gasto asociado con programas sociales, fueron para muchos un artilugio para contener el federalismo e instrumentar un proyecto de esencia centralista.

Posteriormente vendría una importante modificación constitucional para regular la participación de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública.

Los cambios de orden legislativo marcaron el inicio de los nuevos tiempos. Pronto, algunos órganos del Estado con autonomía constitucional comenzaron a ser flanco de serios cuestionamientos. El mandato electoral fue interpretado como depuración sin límite. La voluntad individual por encima de los procesos institucionales y de las reglas que les rigen.

De modo que el Poder Judicial controlado por las buenas por parte de gobiernos anteriores, comenzó a ser el blanco de control por parte del nuevo gobierno, a toda costa.

De entrada, con la llegada al poder del nuevo Titular del Ejecutivo en 2018, con el Congreso de su lado, comenzaron a multiplicarse toda una diversidad de iniciativas de reforma constitucional para transformar o capturar completamente la estructura del Poder Judicial.

Asimismo, de manera destacada, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en colaboración con el Ejecutivo y Legislativo impulsó, y fue aprobada, una reforma al Poder Judicial. En primer término, y desde cierta óptica, esa reforma judicial impulsada desde la Suprema Corte, contiene efectivamente

algunos aspectos innovadores: por ejemplo, en materia de igualdad de género, o bien, en un reforzamiento de la defensoría pública y del llamado entonces Instituto de la Judicatura, así como también una serie de medidas administrativas tendentes a corregir y aligerar la gestión y despacho de los asuntos. Sin embargo, al mismo tiempo, se ha evidenciado que esta reforma judicial cuenta con otras disposiciones que presentan el grave riesgo de que el gobierno termine ejerciendo un control político de la función judicial, afectando gravemente la independencia judicial.

Es muy sana para la independencia judicial la descentralización del Poder Judicial Federal en más de 1500 juzgadores, cuya actividad jurisdiccional autónoma e independiente había permitido el asentamiento de nuestra democracia y que se respetaran en forma eficaz, los derechos de los gobernados, controlando la regularidad constitucional de los actos de la autoridad y aún de los particulares.

Pero, paradójicamente, las siete personas que conforman la cúpula del Consejo de la Judicatura, (designadas por el Ejecutivo, por el Senado y por la Suprema Corte), hoy controlan, con aparente legitimidad, todos los incentivos de la carrera judicial: i) la designación, ii) la ratificación, iii) adscripción y los traslados; así como la determinación de las responsabilidades administrativas de todos, todos juzgadores en el país. Ni qué decir de la propuesta de eliminación de los medios de impugnación (recurso efectivo) oponibles a resoluciones disciplinarias, también eventualmente ilegítimas del Consejo, supresiones que se dieron en ciertos casos en la reforma judicial aprobada.

Otro de los cambios de la nueva reforma, que lesiona gravemente, como nunca y por primera vez, a la independencia judicial, promovida desde dentro, consiste en la creación de juzgados «especializados» o «prácticamente de jueces ad hoc». Así es, el Consejo está facultado para elegir a los jueces que deberán encargarse de resolver aquellos asuntos que puedan implicar violaciones graves a derechos humanos y aquellos casos que tengan «un impacto social relevante»; lo que conlleva lógicamente el riesgo de que la política controle el estado de derecho en asuntos de interés gubernamental, bajo el argumento de la seguridad nacional, el interés general, la razón de Estado.

O sea que, las formas de intromisión a la independencia judicial, hoy han cambiado y pretenden justificarse bajo fines públicos con una legitimidad aparente.

Ahora bien, desde la perspectiva de la Academia, también se ha venido observando como un verdadero aspecto crítico y alarmante, la constante descalificación generalizada, intrusiva e intimidante en el trabajo de los jueces por parte, no solamente de los otros Poderes de la Unión, sino aún del propio Poder Judicial que, sin importar la intromisión a su independencia, emiten juicios sumarios contra los juzgadores, cuando alguna resolución se considera adversa a los intereses primordialmente del Gobierno. Se descalifican y califican probanzas, se alienta el lincha-

miento social, no importa se trate de resoluciones parciales, medidas cautelares, sentencias definitivas.

Suelen ser encubiertas por otras medidas que aparentan buenas prácticas judiciales; son graduales, selectivas, invisibles, culturales, y desde luego, tienden a actualizarse en el terreno operativo, quizás en mayor grado que en el terreno normativo. A la fecha, dificultan grandemente garantizar un modelo fuerte de independencia judicial.

IV. Hacia dónde vamos

Es importante señalar que, en América Latina, Europa y en otras regiones, en los últimos años ha surgido una creciente presencia de regímenes autoritarios. A diferencia de otras épocas, en la actualidad los gobiernos despóticos han encontrado en la captura de las Cortes Supremas, mediante la erosión de la independencia y autonomía judicial, una alternativa para suprimir contrapesos institucionales, expandir su poder y prolongar su mandato. Dentro de nuestro hemisferio, se dice que: Perú, Bolivia, Nicaragua y Venezuela, han resentido en sus poderes judiciales, agresiones de esta naturaleza. En otras latitudes, Hungría y Polonia, alguna vez ejemplos de transiciones democráticas exitosas y pacíficas en Europa del Este, iniciaron un camino hacia el autoritarismo mediante el golpismo judicial, colapsando la independencia judicial, afectando la imparcialidad de sus jueces.

Aquellas experiencias evidencian la captura de los tribunales, mediante reformas constitucionales y legales, y en su caso, con la participación de los Consejos de la magistratura, transformados en aparatos administrativos controladores del desempeño judicial autónomo, mediante la revisión y calificación de los criterios jurídicos sustentados en las resoluciones judiciales, que los ha convertido en la forma más siniestra de intimidación de los juzgadores, contando con la aparente legitimidad de sus actos autoritarios.

Los Juzgadores hoy, en ocasiones ya no cuentan con todos los medios de impugnación para combatir los actos de aquellos órganos, pues han sido eliminados en la Reforma, contrariando los estándares mínimos de protección de la independencia judicial, como lo vinieron alertando los relatores de Naciones Unidas (2010, 2020, 2021).

La reforma judicial impulsada desde este sabotaje al Estado de Derecho y la interrupción del orden constitucional deviene, cuando en aras de obtener una determinación judicial en su favor, la autoridad recurre a los instrumentos económicos, políticos, mediáticos, de inteligencia del Estado y de persecución penal creados para fines distintos.

De manera adicional, la jurisdicción constitucional, también hace sonar sus alarmas frente al novedoso precedente judicial, que puede ser un instrumento eficiente para fincar responsabilidades y generar la destitución de los juzgadores incómodos bajo el argumento del «error inexcusable» o de la «notoria ineptidud», etc., cancelando el diálogo jurisprudencial, sin contar con la revisión de un órgano Superior, como señalarían los cánones del debido proceso.

Puesto todo esto de otra manera, diríamos que el quebranto democrático comienza, cuando se emplea la presión como medio de inducción jurisdiccional, haciendo nugatoria la independencia del juzgador y la autonomía del Órgano Judicial.

Esto, es hoy una realidad en algunos Estados autoritarios o en aquellos en vías de consolidarse como tales. Esto, es lo que no se pueden permitir en un Estado Constitucional y democrático de Derecho. Este, es el desafío en los Sistemas Democráticos.

Muchas gracias.

CAPÍTULO VIII
AMPARO CONSTITUCIONAL

PRESENTACIÓN

Faustino Cordón Moreno
Catedrático de la Universidad de Navarra

1. Constituye para mí un honor moderar esta mesa sobre el recurso de amparo, de la que forman parte prestigiosos ponentes pertenecientes a países distintos con modelos de amparo también diferentes, pero con un sustrato común, la preocupación por lograr que este instrumento para la tutela de los derechos fundamentales sea realmente eficaz. Centraré el tema formulando algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión en España.

2. Como ocurre con otras instituciones procesales de tutela, muy pronto se planteó —con una especial intensidad en nuestro país— este problema de la eficacia del recurso de amparo. Desde su puesta en funcionamiento se fue produciendo un incremento progresivo de asuntos, en gran medida debido a la misma configuración legal del recurso que contribuyó a generar desde momentos muy tempranos la formación de una mentalidad —en los justiciables y en sus abogados—, que no se supo atajar de raíz, de que los conflictos no terminan ya en el Tribunal Supremo (TS), con el resultado de concebir el amparo como una última instancia jurisdiccional. Y como resultado, la lentitud y también la frustración en la respuesta, ya que la mayoría de las resoluciones eran de inadmisión. El incremento de asuntos muy pronto produjo el colapso del Tribunal Constitucional (TC) y pasó a ser el problema prioritario, en el que centraron su atención tanto la doctrina —que relegó a un segundo plano otras cuestiones que podríamos denominar técnicas (que no se olvidaron, pero fueron objeto de una menor atención)— como del propio TC que muy pronto demandó soluciones legislativas al problema.

3. A esta cuestión se aplicó, como luego diré, el legislador de 2007, que, no obstante, decidió no actuar sobre el modelo, a pesar de que, en mi opinión, era

posible porque el texto constitucional no ofrece un modelo perfectamente definido de recurso de amparo: de los preceptos que lo contemplan (el artículo 161.1, b), pero también el artículo 53.2 e indirectamente el 123) sólo se deduce con claridad que, en materia de protección de derechos fundamentales y libertades públicas, la jurisdicción es ejercida y, por tanto, la tutela es impartida por dos órganos distintos, los órganos judiciales y el TC. Pero poco más; en especial, no puede afirmarse que de la expresión «en su caso» contenida en el artículo 53.2 de la Constitución (CE), o de la remisión a «los casos y formas que la Ley establezca» del artículo 161.1, b), o de la previsión (del art. 123) de que en materia de garantías constitucionales el TC está por encima del TS, se deduzca necesariamente un modelo constitucional de protección subsidiaria[1]; como tampoco me parece que sea acertado sostener que aquel precepto constitucional (el artículo 53.2) contiene una delimitación plena y cerrada de los derechos fundamentales susceptibles de protección en el recurso de amparo.

Ambos aspectos sólo tangencialmente han sido tomados en consideración por la doctrina en su búsqueda de vías de solución a los males estructurales que aquejan al recurso de amparo constitucional español. La doctrina mayoritaria, en efecto, ha apostado, en esta búsqueda de soluciones, por mantener el modelo de amparo actual, basado en el principio de subsidiariedad y en la tutela de todos los derechos amparados, incluidos los de naturaleza procesal del art. 24, proponiendo para solucionar los problemas que aquejan a la institución otras soluciones, entre las que destacan estas dos: la potenciación de la protección de los derechos fundamentales en vía judicial y la restricción de la fase de admisión del amparo constitucional.

4. Esta es la dirección que ha seguido también el legislador español en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. En palabras de su Exposición de Motivos, se procede a «establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que se otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial».

[1] La configuración concreta del recurso de amparo como un medio de protección subsidiario de los derechos fundamentales y libertades públicas ha sido obra del legislador ordinario. En efecto, es esta una consecuencia deducida por el legislador de la LOTC (artículos 41, 43 y 44) de los preceptos constitucionales, con la única excepción, prácticamente testimonial, del recurso de amparo frente a actos sin valor de ley del Poder Legislativo (artículo 42 LOTC); y ha sido asumida por la generalidad de la doctrina sin apenas discusión, y también por el TC desde sus primeras resoluciones (cfr. ya el ATC 60/1981, de 1 julio).

Sin embargo, la realidad de cada día pone de manifiesto que la generalización de los remedios para reparar la lesión del derecho o libertad en la vía judicial ordinaria no ha hecho disminuir el número de recursos de amparo presentados ante el TC. Y no parece que la situación vaya a cambiar con la nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones frente a sentencia firme por la Ley Orgánica de 2007, que abre esta vía excepcional cualquiera que sea el derecho fundamental que se invoque como lesionado, en lugar de limitarlo —como hasta ahora— a la alegación de indefensión o incongruencia, y las mayores posibilidades que con ella se otorgan a los tribunales ordinarios para proteger los derechos fundamentales. Entre otras razones porque, como ya he dicho, la reforma no ha modificado el sistema de la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional; este recurso siempre estará abierto como remedio final, y a él se seguirá acudiendo bien porque los recurrentes desconocen la doctrina restrictiva del TC en especial sobre los derechos del art. 24 CE (que fundamenta el porcentaje mayor de recursos de amparo que se plantean) o porque, conociéndola, deciden agotar esta vía, para poder recurrir ante otras instancias (TEDH), bien por obtener la suspensión de la eficacia del acto o de la sentencia a la que se imputa la lesión del derecho, o bien por otros motivos, entre los que hay que destacar la mentalidad que, como antes decía, se ha ido formando a lo largo de los años —entre los profesionales del derecho y entre los ciudadanos—, y que no será fácil de erradicar, de que los asuntos no terminan en el TS. Sólo el cambio de sistema, optando por un amparo constitucional alternativo, podría conseguir ese objetivo, pero ya he dicho que el legislador no ha optado por él (tampoco la doctrina y la jurisprudencia).

Ante la insuficiencia de la medida analizada anteriormente (potenciación de la tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios), la solución por la que ha apostado el legislador de la Ley Orgánica de reforma de la LOTC con una mayor fuerza ha sido la de cerrar todavía más la puerta en la fase de admisión del recurso de amparo; o si se prefiere, la restricción de la admisión de asuntos, de forma que no cualquiera de ellos pueda llegar al TC, sino sólo aquellos que se consideran de mayor importancia. Frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la Ley Orgánica de 2007 introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución.

5. El alcance y la novedad de la reforma aparecen expuestos con claridad en el ATC 188/2008, de 21 de julio, primero en que el TC se ha pronunciado sobre ella: «La exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 6/2007 llama la atención sobre que, si bien el sistema anterior a la reforma se basaba en la previsión de

causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Esta novedad supone, tal como también incide la exposición de motivos, una inversión del juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado, por lo que el examen de admisión consistirá, materialmente, en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso».

La novedad es que se ha adoptado una perspectiva en positivo; es decir, se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado, que debe ser alegada y acreditada por el recurrente, porque se parte de que la vulneración denunciada no se ha producido, o ya ha obtenido la respuesta adecuada en el proceso previo. Los criterios interpretativos avanzados por el TC a partir del auto citado son los siguientes:

a) La diferenciación, como requisitos independientes, de la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo y la de razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental. Dicho en otros términos, es posible que se produzca la lesión de un derecho constitucional y, no obstante, que el recurso sea inadmitido porque la especial trascendencia constitucional no la determina la lesión del derecho fundamental, sino que es algo diferente que corresponde apreciar en cada caso al TC, atendiendo para ello a los tres criterios que en el precepto (art. 50 LOTC) se enuncian: «a su 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»[2].
b) Y, en segundo lugar, el carácter insubsanable de la exigencia prevista en el art. 49.1 *in fine* LOTC de que en la demanda de amparo se justifique en todo caso la especial trascendencia constitucional del recurso.

[2] En palabras de la STC 155/2009, «el carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de «especial trascendencia constitucional», como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren a este Tribunal un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo «justifica una decisión sobre el fondo … en razón de su especial trascendencia constitucional». Como es obvio, la decisión liminar de admisión a trámite del recurso al apreciar el cumplimiento del citado requisito no limita las facultades del Tribunal sobre la decisión final en relación con el fondo del asunto».

En mi opinión, puede entenderse —se comparta o no— el endurecimiento del régimen de admisión del recurso de amparo constitucional; téngase en cuenta que, en virtud del principio de subsidiariedad ya se ha pronunciado la jurisdicción ordinaria y se puede admitir —rige en la ejecución provisional civil[3]— la presunción de acierto de aquella jurisdicción. Puede entenderse también la desvinculación que se realiza de la exigencia de justificar la especial trascendencia de la pretensión de amparo de la acreditación de lesión de derecho fundamental, en cuanto manifiesta una opción del legislador por la objetivación del amparo, en la línea del *certiorari* americano, que no es incompatible con los principios informadores del proceso, ya que ambas cuestiones, aunque pertenecientes al fondo del asunto, son susceptibles de un enjuiciamiento separado, como digo a continuación. Pero me parece criticable que la exigencia de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo se considere un requisito insubsanable. Desde mi punto de vista la solución contraria —a favor de la subsanabilidad— se impone si se utilizan con rigor las categorías procesales: la especial trascendencia constitucional a que se refiere el art. 49.1 LOTC es un presupuesto de fondo, pero la exigencia de su justificación es un presupuesto procesal y no parece que existan especiales razones para dejar de aplicarle el principio general de subsanabilidad de los defectos de esta naturaleza.

6. Con el nuevo modelo —y a semejanza de lo que ocurrió en los orígenes de la casación en Francia— se deja de lado la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales (perspectiva subjetiva de defensa del *ius litigatoris*), y se abraza la objetiva (defensa del *ius constitutionis*, de la ley). Las cuestiones que se plantean son estas dos: a) Si se corresponde con el modelo de amparo previsto en la CE, y b) si después de quince años desde la reforma, el nuevo sistema ha dotado de una mayor eficacia al recurso. La respuesta a la primera cuestión es dudosa, a la vista del art. 53 CE; la segunda, en cambio, recibe una respuesta claramente negativa, porque ni los asuntos ingresados se han reducido significativamente ni se ha reducido el grado de frustración de los justiciables, ya que la inmensa mayoría de los recursos siguen siendo inadmitidos, ahora por no haberse justificado la trascendencia constitucional.

[3] La LEC ha innovado profundamente el régimen de la ejecución provisional tradicional (como «una de las principales innovaciones la califica la Exposición de Motivos), partiendo de «una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia (…) el factor fundamental de la opción de esta Ley, sopesados los peligros y riesgos contrapuestos, es la efectividad de las sentencias de primera instancia que, si bien se mira, no recaen con menos garantías sustanciales y procedimentales de ajustarse a Derecho que las que constituye el procedimiento administrativo en cuyo seno se dictan los actos y resoluciones de las Administraciones Públicas, inmediatamente ejecutables salvo la suspensión cautelar que se pida a la Jurisdicción y por ella se otorgue» (Exposición de Motivos, XVI).

7. En cualquier caso, el nuevo sistema suscita interrogantes acerca de su real asimilación en la vida diaria del TC, porque no siempre este órgano ha dejado de lado los parámetros subjetivos en su interpretación del requisito de justificar la especial trascendencia constitucional. Así, como se ha dicho, sigue teniendo en cuenta estos parámetros al aplicar el segundo de los criterios determinantes de la relevancia constitucional del art. 50 LOTC, que hace referencia a la importancia de la demanda para la aplicación y general eficacia de la Constitución; o al interpretar de manera flexible el requisito, tanto en su dimensión formal como también en la sustantiva (por ejemplo, la STC 200/2016, de 28 de noviembre). Y, por otra parte, no pocas veces se pueden apreciar en él soluciones contradictorias. Así, por un lado, ha declarado que «la mera admisión de otros recursos de amparo idénticos al actual, presentados por el recurrente de amparo o por la otra parte ejecutada…, e incluso, el hecho de que se hayan dictado numerosas sentencias estimando las demandas y reconociendo la existencia de la vulneración del derecho fundamental invocado, no es condición suficiente para admitir el recurso» (ATC 101/2020, de 18 de septiembre); porque el hecho de que un recurso de amparo sea sustancialmente idéntico a otro respecto al que se ha apreciado especial trascendencia constitucional y haya sido resuelto por sentencia no presupone que aquel tenga también especial trascendencia constitucional. Pero ello no ha impedido que, en otras ocasiones, se haya aplicado la solución contraria, admitiendo el TC el recurso de amparo y remitiéndose a lo resuelto en la sentencia precedente (por ejemplo, STC 2/2019, de 14 de enero).

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA *PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL JUEZ* Y EL PROBLEMA DE LOS *AFORAMIENTOS* EN ESPAÑA[1]

José Manuel Chozas Alonso
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

En todo Estado de Derecho que se precie de serlo, la predeterminación legal del Juez debe significar que una ley, con generalidad y con anterioridad al planteamiento del supuesto litigioso, ha de contener todos los elementos de determinación competencial del órgano judicial que debe conocer del asunto. La preconstitución legal tiende a garantizar que la indicación del juez competente no pueda verse posteriormente alterada por actos legislativos o de otra naturaleza, pues de lo contrario se podría vulnerar la imparcialidad del juez y el derecho a la certeza de que el juez que juzgará el caso no sea un juez «*ad hoc*». En definitiva, este fundamental derecho es, además, una garantía objetiva del Ordenamiento jurídico: al «justiciable» se le asegura que su causa va a ser conocida por un concreto órgano jurisdiccional (el pre-determinado por la ley), evitándose la creación de juzgados o tribunales «para el caso»; pero, al mismo tiempo, y esto es igualmente, o más, importante, constituye una garantía para la propia Administración de Justicia (y para la sociedad en su conjunto), puesto que los principios de unidad y monopolio de la jurisdicción, así como el de independencia judicial, podrían verse amenazados si el Poder Ejecutivo (y por qué no, también el Legislativo o cualquier otro agente) pudieran disponer a su antojo de la competencia de los tribunales.

[1] El presente trabajo se inspira en una breve ponencia oral, presentada mediante videoconferencia, en el «Encuentro Académico Nacional e Internacional, con motivo del 97 aniversario del natalicio del Dr. Héctor Fix-Zamudio (1924-2021)», organizado por la Benemérita Universidad de Puebla (Instituto de Investigaciones Jurídico-políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales), el 3 de septiembre de 2021; y se enmarca en el I+D PID2020-115578GB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación de España, titulado «*El futuro proceso penal y el art. 24 CE: derecho de defensa en la instrucción, presunción de inocencia y juicio de acusación, y participación ciudadana (acusaciones y jurado)*».

Tanto la Constitución española (CE), artº. 24.2, como la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, artº. 14, I, reconocen este derecho-garantía de la predeterminación legal del tribunal: el texto español dice que todas las personas tienen «derecho al juez predeterminado por la ley», mientras que el texto mexicano, en total sintonía con el primero establece que «nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante *juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos*». Pero no solo en nuestros respectivos textos constitucionales, sino también en los textos jurídicos más importantes en el ámbito internacional se recoge el espíritu de esta predeterminación legal del tribunal que ha de enjuiciar al justiciable: art. 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el art. 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969).

Pues bien, quizá en México no se conozca suficientemente el lamentable deterioro que está padeciendo esta garantía de la predeterminación legal del juez con motivo, fundamentalmente, del auge de la corrupción política, y del «*aforamiento*» que ostentan, por ejemplo, los Diputados y Senadores españoles[2]. En efecto, en España algunas personas, por el alto cargo representativo que desempeñan en el Parlamento de la nación, ostentan la condición procesal de «*aforados*». Ello implica que, en principio, estos «investigados», si es que han cometido algún delito, no van a ser enjuiciados por el mismo tribunal que le correspondería a cualquier ciudadano de a pie, sino que deben ser juzgados directamente por el Tribunal Supremo —artº 71.3 Constitución española[3]—.

En este contexto del «*aforamiento*» de los Diputados y Senadores españoles, a muchos nos escandaliza el que se ha venido en denominar «el peregrinaje» de las causas en las que hay *aforados* de un tribunal a otro. En efecto, en España es cada vez más frecuente la noticia de que una causa que se estaba tramitando hasta un determinado momento en un Juzgado de instrucción (con vistas a que, una vez concluido el sumario o las diligencias previas, el asunto pase a conocimiento de la Audiencia Provincial), se remita al Tribunal Supremo (TS) si la persona investigada adquiere la condición de aforado durante la instrucción; o viceversa, una causa que está instruyendo el TS porque se ha imputado a un Diputado nacional deja

[2] Sobre esta materia, más por extenso, tuve ocasión de ocuparme en Chozas Alonso, José Manuel, «El lamentable espectáculo del peregrinaje de las causas judiciales de aforados en España», en *Revista Latido Jurídico* (el derecho de la sociedad), Nº 23, Mayo de 2021, Puebla (México), pp. 30 y ss.

[3] El artº. 71, 3 CE, en relación con los aforamientos, establece que «En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». Por su parte, el artº 57.1. 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dice lo mismo, esto es, que la Sala 2ª del TS conocerá de la instrucción y fallo de las causas, entre otras, seguidas contra Diputados y Senadores.

de conocer, en favor de un Juzgado de instrucción, al producirse la pérdida de la condición de aforado de aquél. O, incluso, no es descabellado pensar que los propios aforados, en vista de esta perniciosa dinámica permitida en España, pidan a sus respectivos partidos políticos que les incluyan (o les dejen de incluir) en las listas electorales con el fin de que su caso «caiga» en tal o cual tribunal o, por el contrario, intenten eludir la actuación del Juez o Magistrado que ha llevado la investigación hasta ese momento, para que el asunto «peregrine» al TS.

Llegados a este punto, podemos convenir que el Derecho, con mayúsculas, debe ponerse al servicio de los ciudadanos y erigirse en el instrumento que evite esta «disponibilidad» de las normas de atribución de competencia objetiva. En España nos hemos acostumbrado a tolerar de forma acrítica esta situación de desigualdad injustificable que les permite a unos justiciables «elegir» a quienes les van a investigar y a juzgar, mientras que a la inmensa mayoría, a los taxistas, a los plomeros, a los administrativos, a los médicos, a los profesores universitarios, etc., se nos impone, como es lógico, el tribunal que ha de enjuiciar nuestros ilícitos penales, porque es el *predeterminado por la ley*.

Todo esto no estaría sucediendo si el Tribunal Supremo de España (TS), como intérprete máximo de la legalidad ordinaria, y el Tribunal Constitucional (TC), como supremo intérprete de la Constitución, hubieran reparado, a estas alturas del S.XXI, en que existe una institución jurídico-procesal *milenaria* y *universal*, con apoyo actualmente en el artículo 24.2 CE, la «*perpetuatio iurisdictionis*», que, en relación con la determinación de la competencia objetiva de los tribunales, debe impedir este trasiego de causas de unos tribunales a otros. Porque, con el debido respeto a tan altas Magistraturas y a sus decisiones, es más que discutible que desaparezca el fuero cuando se pierde el cargo que lo sustentaba. La exigencia constitucional de la predeterminación legal del tribunal (art.24.2 CE), la «*perpetuatio iurisdictionis»,* impone una solución bien distinta.

En efecto, el principio de la «*perpetuatio iurisdictionis*», impone una «certeza», de la que deben disfrutar todos los justiciables, que consiste en que el proceso debe terminar, y debe ser decidido allí donde había comenzado («*ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*»); esto es, exige que la perpetuación de la competencia de los juzgados y tribunales sea absoluta: una vez que se ha determinado la competencia con arreglo a la norma *predeterminante*, ya no admite derogación alguna —ni por hechos, ni por normas sobrevenidas—; de tal manera que ya no se puede sustraer el conocimiento del juez o tribunal, si realmente era el competente para conocer del mismo.

Como ya hemos dicho, el art. 24.2 CE no habla del derecho fundamental al juez ordinario «determinado» por la ley, sino del *predeterminado* por ella, con lo que se introduce un elemento decisivo —el temporal— en cuyas consecuencias parece que no se repara suficientemente. Ahí está la clave principal para resolver

todos estos problemas de los aforamientos, y de los indebidos «cambios» de tribunal durante la tramitación procedimental. En efecto, la conjunción del derecho a la predeterminación legal del juez (no basta con que el juez esté fijado por la ley, sino que ha de estar prefijado, es decir, determinado «antes de») y el principio procesal de la «*perpetuatio iurisdictionis*», consecuencia de aquel («cristalización» de la jurisdicción y competencia del Juez o Tribunal conforme al estado de hecho y de derecho existente con anterioridad al caso), debieran neutralizar cualquier intento de alteración de la competencia objetiva y funcional de un determinado órgano jurisdiccional («*semel iudex, semper iudex*», o «*semel competens, semper competens*»).

A este respecto, no debemos desconocer que la competencia objetiva de los tribunales penales se fija en razón de la clase de infracción enjuiciada, o de la pena que ésta conlleve, o de la persona a la que se atribuya. Y es evidente que, en unos casos, los hechos y el sujeto (o sujetos) que integran el objeto del proceso penal pueden aparecer claros desde el inicio de las actuaciones, pero en otros casos, por el contrario, pueden ser necesarias múltiples diligencias de investigación para su determinación; de ahí que se hable de una delimitación *progresiva* del objeto del proceso penal durante la instrucción, que tiene como consecuencia que la fijación del órgano competente efectuada en esta fase procedimental sea necesariamente *provisional*, es decir, estará sujeta a cambios, provenientes de los resultados que arroje la investigación[4]. En concreto, en los casos que a nosotros ahora nos interesan, un *aforado* puede aparecer imputado en la propia denuncia o querella contra él o, por el contrario, su presunta participación en los hechos delictivos puede ser descubierta en un momento muy posterior, incluso muy avanzada la fase de instrucción. ¿Eso significa que queda perpetuada la competencia del juez de instrucción que ha comenzado a investigar el caso? En modo alguno; solo queda perpetuada la competencia del órgano que realmente es competente para conocer del asunto —del objeto de ese proceso— «ab initio». Y en caso de que haya estado conociendo —provisionalmente— un órgano de instrucción, tan pronto como se desprenda de las investigaciones la posible responsabilidad de un aforado, las actuaciones deben ser remitidas, a la mayor brevedad posible, al TS, según el aún vigente art. 2 de la Ley de 9 de febrero de 1912, sobre competencia de los tribunales que han de enjuiciar a Diputados y Senadores[5]. *Sensu contrario*, si bien se

[4] *Vid*. Cubillo López, Ignacio, «La determinación del órgano competente en el orden penal: algunos problemas pendientes», en *Los sujetos protagonistas del proceso penal* (Coord. Chozas Alonso, J.M.), Madrid, Dykinson, 2015, p. 128, y la jurisprudencia que allí se cita.

[5] El art. 303, V Ley de Enjuiciamiento Criminal española (LECRIM) establece que «cuando el delito fuese, por su naturaleza, de aquellos que solamente pueden cometerse por Autoridades o funcionarios sujetos a un fuero superior, los Jueces de instrucción ordinarios, en casos urgentes, podrán acordar las medidas de precaución necesarias para evitar su ocultación; *pero remitirán las diligencias en*

mira, la «*translatio*» que se produce de un juzgado de instrucción al TS o al TSJ cuando aparece implicado aun aforado, de ninguna manera supone una quiebra del principio de la «*perpetuatio iurisdictionis*», sino que este cambio de tribunal se produce en virtud de una falta originaria de competencia funcional del citado Juzgado de instrucción que había comenzado la investigación[6].

En consecuencia, y adelantando la tesis que aquí sostenemos, la «*perpetuatio iurisdictionis*» impone que el fuero existente para quien cometió el delito cuando era Diputado o Senador, seguirá existiendo hasta la resolución del proceso, con independencia de que el aforado ya no detente ese cargo o de que haya renunciado a él durante el proceso. Pero para sostener esta postura hay que dar respuesta al problema del «*dies a quo*» de la predeterminación.

Siguiendo el magisterio del Profesor Fix-Zamudio[7], refiriéndose al art. 14 Constitucional mexicano, obviamente el «dies a quo» de la «predeterminación» debe ser el del momento de los hechos que, posteriormente, darán lugar al comienzo del proceso: «exigiendo que los tribunales hayan sido previamente establecidos, es decir, por leyes expedidas con anterioridad a los hechos que se cuestionan». De no ser así, a nuestro juicio, habría violación del derecho fundamental al juez predeterminado siempre que un asunto vaya a parar, por el motivo que sea, a un órgano jurisdiccional que, según la ley (previa al caso concreto), no es el juez previsto para ocuparse objetivamente de ese asunto. Si no se admite que las cosas son así, la *predeterminación* es una pura entelequia, sin contenido alguno. La consecuencia jurídica de la posición que pretendemos mantener aquí es muy clara,

---

el término más breve posible, que en ningún caso podrá exceder de tres días, al Tribunal competente, el cual resolverá sobre la incoación del sumario, y en su día sobre si ha o no lugar al procesamiento de la Autoridad o funcionario inculpados». Por su parte, el art. 2, I de la Ley de 9 de febrero de 1912, en la misma línea, dice que «si incoado un sumario por un Juez de Instrucción ó por un Juzgado instructor de Guerra ó Marina, ya de oficio, ya por denuncia ó querella, apareciesen indicios de responsabilidad contra algún Senador ó Diputado, *tan pronto como fuesen practicadas las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito ó la fuga del delincuente, se remitirán las diligencias en el plazo más breve posible al Tribunal Supremo* ó al Consejo Supremo de Guerra y Marina, si procediese con arreglo á lo establecido en el artículo 1.º».

[6] Cuestión distinta es que, en relación con los envíos de asuntos entre distintos tribunales penales debido a los descubrimientos que afecten a los sujetos sobre los que se actúa, se mantenga la eficacia de las actuaciones practicadas durante el tiempo en que había sido dudosa la determinación de la competencia, incluso de aquéllas que se lleven a cabo por el órgano al que finalmente se repute carente de competencia funcional.

[7] *Vid*. Fix-Zamudio, Héctor, «Comentario del art. 14 de la Constitución Política de 1917», en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F. 1985, p. 38 (https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1807/16.pdf). *Vid*. también, del mismo autor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 35 y ss., donde el autor comenta su parecer sobre el derecho al juez competente y a la imparcialidad del Juzgador (https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/672/4.pdf).

aunque pueda parecer dura: la inconstitucionalidad, por vulnerar el art. 24.2. CE, de cualquier norma o actuación judicial que altere, una vez iniciado el proceso, cualesquiera de las predeterminaciones legales que conducen a que el conocimiento del asunto corra a cargo de otro órgano jurisdiccional.

Así las cosas, debe quedar claro que si uno de estos aforados comete un delito *durante su mandato* —exceptuadas las opiniones manifestadas en el ejercicio de su cargo (*inviolabilidad*)— y es enjuiciado durante el tiempo en el que desempeña su alta función, la competencia funcional, para instruir la causa, y la competencia objetiva, para enjuiciarle, ha de corresponder al tribunal previsto atendiendo al criterio *ratione personae*: siempre el TS, si se trata de un Diputado o Senador (art. 71.3 CE).

Aparte de la anteriores «certezas», la legislación española no resuelve todos los problemas competenciales —aunque algunos sí, como veremos a continuación— que se suscitan cuando un sujeto adquiere la condición de aforado tras haber cometido el delito careciendo de tal condición o, a la inversa, cuando un aforado pierde la condición cuando el proceso está en curso o aún no ha comenzado. Pero existen soluciones basadas en la aplicación de la CE y de los principios procesales. En concreto, las soluciones que proponemos, en aplicación directa del art. 24.2 CE son las siguientes:

a) *Infracción punible cometida* «antes» *de la adquisición de la condición de aforado, pero que es enjuiciada durante el tiempo en que el inculpado ostenta dicha condición*. En este caso, la adquisición del fuero no debiera afectar en absoluto a la competencia predeterminada al caso, por lo que debería enjuiciar el Juez de lo Penal, o la Audiencia Provincial, o la Audiencia Nacional, etc., según las normas de competencia objetiva aplicables por razón de la materia o por razón de la gravedad del delito, pero no se aplicarán «sobrevenidamente» las normas *ratione personae*. Cuestión distinta, como ha señalado alguna voz muy autorizada, es que fuera necesario solicitar el suplicatorio a la Cámara correspondiente, por conducto de la Sala 2ª del TS, si de un Diputado o Senador se tratara (art. 71.2 CE). Y ese *es el espíritu* que, a nuestro juicio, parece animar al art. 752 LECRIM y al art. 22.1, párrafo segundo, del Reglamento del Senado. El primero de los preceptos citados establece que «Si un Senador o Diputado a Cortes fuese procesado durante un interregno parlamentario, deberá el Juez o Tribunal que conozca de la causa ponerlo inmediatamente en conocimiento del respectivo Cuerpo Colegislador», mientras que el Reglamento del Senado prevé que «los Senadores no podrán ser inculpados ni procesados sin la previa autorización del Senado, solicitada a través del correspondiente suplicatorio. *Esta autorización será también necesaria en los procedimientos que estuvieren instruyéndose contra personas que, hallándose procesadas o inculpadas, accedan al cargo de Senado*».

Se nos podría decir que el art. 2º, párrafo segundo, de la Ley de 9 de febrero de 1912 establece lo contrario, es decir, que la causa debe ser conocida por el TS en cuanto se tenga constancia de que una persona ha adquirido la condición de Diputado o Senador; sin embargo, entendemos que esta norma está tácitamente derogada por el artº 24 CE, que exige la predeterminación legal del tribunal[8]. Pero no lo entiende así el TS español, el cual está aplicando el art. 2º, párrafo segundo, de la Ley de 9 de febrero de 1912, a la que siempre tacha de «preconstitucional» (en un sentido peyorativo que no debería ser referido a ninguna norma por el mero hecho de ser longeva) que establece «la causa debe ser conocida por el TS en cuanto se tenga constancia de que una persona ha adquirido la condición de Diputado o Senador». Sin embargo, nosotros entendemos que esta norma está tácitamente derogada por el artº 24 CE, que exige la predeterminación legal del tribunal.

En efecto, el último caso mediático de proceso con aforado ante el TS, en la Causa Especial núm. 21019/2019, conocido como el caso del «Secretario de Organización del partido político Podemos», en un Auto de 25 de mayo de 2021, ha seguido la misma doctrina establecida en otro precedente reciente, otra Causa Especial núm. 20011/2020 (caso de un Diputado autonómico catalán, exmiembro de la Mesa del Parlamento Catalán, que adquiere posteriormente la condición de Diputado nacional), Auto nº 1802/2020, de 19 de febrero de 2020, según la cual la «perpetuatio iurisdictionis» se refiere solamente a los supuestos de pérdida de fuero procesal durante la tramitación de la causa, «pero no en los casos de adquisición sobrevenida de un fuero procesal por quien hasta entonces careciera de uno o estuviera amparado por otro diferente», aunque ya se hubiera abierto el juicio oral ante el tribunal originario. Según esta novedosa «doctrina», a partir de ahora hay que distinguir dos supuestos para que opere la «perpetuatio iurisdictionis»: a) Si el aforado deja de serlo una vez dictaminada la apertura del juicio oral ante el TS, la causa finaliza ante el Alto Tribunal (sensu contrario, acreditada la condición de aforada de una persona sin que aún se haya procedido a la apertura del juicio oral, se entiende que el TS pierde automáticamente la competencia para

[8] Igualmente, cabe reputar inconstitucional el art. 10 de la Ley de 9 de febrero de 1912, donde se establece que «*Los preceptos de la presente ley regirán desde la fecha de su promulgación, aplicándose á los procesos en curso contra Senadores y Diputados, salvo que el Senador ó Diputado comprendido en el procedimiento reclame ser juzgado por el Juez ó Tribunal competente, con arreglo á las leyes ó disposiciones que vinieran rigiendo antes de dicha fecha.*

A fin de que este derecho pueda ejercitarse, el Juez ó Tribunal que conozca de las causas pendientes dará audiencia, por el término de cinco días, al Senador ó Diputado de quien se trate para que manifieste si opta por seguir en la misma jurisdicción, entendiéndose que de no hacerlo expresamente queda sometido á la nueva ley». Esta norma choca frontalmente con el art. 24.2 CE y, a nuestro juicio, también con el art. 14 CE, por cuanto permitiría a un puñado de ciudadanos, en exclusiva, elegir el órgano competente para enjuiciarles.

conocer de los hechos imputados —Causa especial 20954/2019, «Caso Borrás»—); pero, b) si se acredita sobrevenidamente la condición de aforado frente al que se está siguiendo un proceso penal ante otro tribunal, entonces no opera la perpetuación de la jurisdicción y el asunto pasa al Tribunal Supremo si se concede el suplicatorio.

Por supuesto, nos parece absolutamente desatinada esta postura jurisprudencial, porque eso significa que un asunto puede «peregrinar» al TS hasta el mismo momento en que aún no haya finalizado el proceso con sentencia definitiva (o hasta que esta devenga firme, si hay una nueva vuelta de tuerca del TS). Se trataría de un ataque máximo a la figura de la predeterminación legal del tribunal, exigida por el art. 24.2 CE.

b) *Infracción cometida «durante» el mandato del aforado, pero la causa comienza tras perderse el aforamiento*. Aquí, el proceso debe radicarse ante el tribunal del aforamiento, el TS, es decir, debe aplicarse la norma *ratione personae*, que era la vigente en el momento de cometerse el delito. Sin embargo, al haber desaparecido la inmunidad del aforado (la inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el desempeño de su cargo es perpetua), no será preciso, en su caso, elevar el suplicatorio. No hay ya razones que abonen la desigualdad ni el privilegio de la inmunidad, aunque no podrán sustraerse a la competencia del tribunal predeterminado por la ley (art. 71.3 CE).

c) *Infracción cometida durante el mandato del aforado, pero éste pierde su condición, «pendiente el proceso»* (ya sea por renuncia al acta parlamentaria, por disolución de la Cámara o por cualquier otro motivo). En este supuesto, la «*perpetuatio iurisdictionis*» —en definitiva, el art. 24.2 CE— y el art. 2º, párrafo primero, de la Ley de 9 de febrero de 1912 (perfectamente acorde con el texto constitucional), imponen la irrelevancia de cualquier cambio sobrevenido que pudiera afectar a la competencia objetiva del tribunal enjuiciador, por lo que debe continuar conociendo el TS, con independencia de la fase procesal en la que nos encontremos. Por su parte, el art. 71 CE, exige palmariamente que las causas que se sigan contra Diputados y Senadores serán, *siempre*, enjuiciadas por el TS. No debe confundirse la posible pérdida de las prerrogativas de los Diputados y Senadores relativas a su inmunidad —«durante el período de su mandato», reza el apartado segundo del citado art. 71 CE, refiriéndose solo a las limitaciones de la detención y al suplicatorio— con la indeclinable competencia del TS aunque el aforado pierda su condición de parlamentario.

A pesar de la rotundidad de estas previsiones constitucionales y legales, por desgracia, se está imponiendo en España una jurisprudencia «contra legem», que tiene su origen en un Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del

TS, de 2 de diciembre de 2014, que estableció que «*en las causas con aforados la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral constituye el momento en el que queda definitivamente fijada la competencia del Tribunal de enjuiciamiento aunque con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado*»; interpretación que ha pasado a ser aplicada inmediatamente por la Sala Segunda del TS en la esfera propiamente jurisdiccional, a través de la *STS (2ª), Secc. 1ª, nº 869/2014, de 10 de diciembre*, que, con el paso del tiempo, se ha convertido en el criterio «jurisprudencial aplicable».

Esta jurisprudencia «contra legem», de lo que es consciente el propio TS, ya que en el Fto. Jdco. Tercero de la *STS (2ª), Secc. 1ª, nº 869/2014* se reconoce, sin ambages, que el artículo primero de la Ley 1912 es claro y contundente en el sentido de que la competencia del TS «se extenderá hasta la conclusión del proceso, con independencia de la vida legal de las Cortes a que pertenecieren los acusados», y el artículo séptimo confirma tal criterio, al decir que si se concediese el suplicatorio, «continuará el procedimiento hasta que recaiga resolución o sentencia firme, aun cuando antes de dictarla fueren disueltas las Cortes a que perteneciere el Senador o Diputado objeto del suplicatorio», se basa en dos argumentos fundamentales; a saber: 1º) solo en el momento en el que se acuerda la apertura del juicio oral «queda delimitado definitivamente el ámbito objetivo y subjetivo del proceso, es decir los hechos objeto de enjuiciamiento y las personas concernidas en relación a él, ya como partes acusadoras, acusadas y populares»; y 2º) porque otras posibilidades posteriores a la apertura del juicio oral que pudieran considerarse como criterios de consolidación de la «perpetuatio iurisdictionis», como la resolución de señalamiento del inicio de las sesiones del Plenario, o el propio momento del inicio del Plenario «no son sino decisiones consecuencia de la competencia ya consolidada por el Tribunal concernido, por lo que no puede quedar al azar o al capricho del acusado tratar de convertir en contingente y dependiente de su voluntad o de otros factores —como la disolución de las Cámaras— la determinación del Tribunal de Juzgamiento».

Con el debido respeto, la solución del TS nos parece absolutamente rechazable, principalmente por dos razones fundamentales: en primer lugar, y fundamentalmente, porque parece absurdo considerar que la perpetuación de la jurisdicción y la competencia de un tribunal (como efecto directo de la predeterminación judicial exigido por el art. 24.2 CE) se difiera a un momento tan tardío del proceso penal como el de apertura del juicio oral. Si eso fuera así, por ejemplo, una ley posterior a la comisión del delito, o al inicio del proceso, o simplemente un acto gubernativo[9], podría hacer «saltar» la competencia objetiva de un órgano jurisdic-

[9] Un ejemplo ilustrativo de ello lo tenemos en los prolegómenos del juicio del *Procés*, con los ex-miembros del Gobierno catalán (ahora indultados), que eran aforados en el momento de cometer

cional con tal de que la entrada en vigor de una nueva norma produjera antes del auto de apertura del juicio oral. En definitiva, no respeta el postulado elemental de la predeterminación legal que exige el Tribunal Constitucional, puesto que el Juez podría ser determinado por una ley futura[10]; y en segundo lugar, porque parece un poco *tramposo* referirse solo a otros momentos posteriores a la apertura del juicio oral como posibles criterios de consolidación de la «*perpetuatio iurisdictionis*», sin mencionar las dos propuestas que —respecto del «*dies a quo*» de la predeterminación legal— se han venido manejado, con seriedad por la doctrina española (e italiana): la perpetuación se produce o bien en el momento del inicio del proceso, o bien en el momento de la comisión del hecho delictivo[11]. La consolidación de la competencia objetiva del tribunal sentenciador (y, por ende, la competencia funcional del órgano de instrucción) se ha producido siempre mucho antes de la producción del auto de apertura del juicio oral. Por otra parte, parece que el TS no es consciente que, de diferirse la cristalización de la competencia un momento tan tardío como la apertura del juicio oral, su argumentación se vuelve precisamente contra él, puesto que igualmente, hasta ese lejano momento procesal, puede quedar al azar o al capricho del acusado (por ejemplo, con su renuncia al acta de parlamentario) la determinación definitiva de la competencia objetiva del tribunal. En definitiva, si el legislador constituyente quiso *predeterminar* (no determinar) la competencia de los Jueces, la predeterminación debe ser, como mínimo, anterior al inicio del proceso, aunque el objeto del proceso quede delimitado, tanto en su ámbito objetivo como subjetivo, con posterioridad a esos momentos.

Por lo tanto, una de dos: o la predeterminación ha de estar referida al momento de la comisión del hecho, o a la secuencia sucesiva de hechos (en los casos de delitos continuados), o ha de ser tan solo anterior al inicio del proceso. Cada

---

los hechos que se les imputaron, pero dejaron de disfrutar de su *status* privilegiado en el momento en que fueron cesados de sus cargos en ejecución del art. 155 CE (en legítima ejecución de la autorización previa del Senado, a través del Decreto 944/2017, de 27 de octubre, viene a cesar de sus cargos al Presidente, al Vicepresidente y al resto de Consejeros del Gobierno autonómico catalán).

[10] STC nº 34/2021, de 17 de febrero de 2021: «[…] La generalidad y la abstracción de los criterios legales de atribución competencial garantiza la inexistencia de Jueces ad hoc; la anterioridad de tales criterios al caso a enjuiciar garantiza que una vez determinado en concreto el Juez de un caso en virtud de la aplicación de las reglas competenciales establecidas en las leyes, no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos (STC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 4; STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8)».

[11] Habría otra solución a la que podría haberse referido la propia Sala 2ª, que ha sido incluso manejada por ella en alguna ocasión, como se afirma en el ATS 12552/2012, de 3 de diciembre. Según esta resolución, solo cuando un juez de instrucción envía su exposición razonada, una vez agotada la investigación contra un aforado; solo en ese momento es cuando pueden entrar en juego las normas de competencia especial *ratione personae* (*vid*. ATSJ de Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, nº 50/2013, de 23 de julio).

una de estas dos soluciones tiene ventajas e inconvenientes, argumentos a favor y en contra. Veámoslo.

En favor de la segunda opción —que la atribución de la competencia sea la vigente en el momento de la iniciación del proceso penal— militan dos importantes argumentos. En efecto, por una parte, esta interpretación lograría la equivalencia o simetría entre el proceso penal y el civil, puesto que en el ámbito civil (en general, en lo que a procesos no penales se refiere, como el social o el contencioso administrativo), la «*perpetuatio iurisdictionis*» opera como uno de los efectos jurídico-procesales de la litispendencia, y ésta se produce con el acto de parte que inicia el proceso, llámese demanda, recurso, cuestión, papeleta, etc.). De esta manera, dejando aparte la tradicional discusión acerca de la naturaleza jurisdiccional o administrativa de la actividad instructora, a los efectos de la predeterminación legal del juez, el «*dies a quo*» coincidiría con el momento de la llegada de la «*notitia criminis*» al órgano jurisdiccional, normalmente a través de una denuncia o una querella. En segundo lugar, si la regla de la predeterminación del juez legal tiene como ratio impedir que incluso el legislador (mucho menos, las partes) pueda intervenir con posterioridad para designar un juez «ad hoc» (sospechoso de parcialidad), la garantía se respeta siempre que la intervención se imposibilite desde el mismo momento en el que el Juez de instrucción inicia su tarea, una vez que llega a él la «*notitia criminis*»[12].

Esta solución, muy estética, absolutamente inobjetable en cuanto a su aplicación a los procesos no penales (cuyo comienzo se produce solo a instancia de parte: *nemo iudex sine actore*), sin embargo, cuenta con la dificultad insalvable de la aplicación estricta del principio de legalidad penal propio del proceso penal y el carácter necesario de éste. En efecto, el *principio de legalidad*, quiere decir, en general desde una vertiente procesal, que el proceso ha de iniciarse, desarrollarse y concluir conforme a la ley formal (art. 117.3 CE). Pero en el ámbito del proceso penal este principio, al que se le suele designar también con el término de *necesidad*, exige, además, que tanto los propios tribunales como el Ministerio Fiscal deben promover la acción de la Justicia siempre que se produzcan hechos con apariencia delictiva según la propia legalidad sustantiva. Es decir, y en ello consiste una de las mayores conquistas de las sociedades jurídicamente más avanzadas, a toda conducta punible penalmente debería corresponderle siempre, sea quien sea el presunto responsable, la actuación del *ius puniendi* del Estado, a través de la intervención del tribunal penal competente en el momento de cometerse el delito. De ahí que nos decantemos por la interpretación que entiende que la garantía

[12] Puede verse una interesante defensa de este criterio en Díez-Picazo Giménez, Ignacio, «El Derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, núm. 31, Enero-Abril, 1991, pp. 105 y ss.

constitucional de la predeterminación legal del juez se refiere al momento de la comisión del hecho objeto de enjuiciamiento (hecho punible)[13]. Solución, por lo demás, que nos permite conectar el principio de irretroactividad de la norma sancionadora (ámbito sustantivo), que se refiere siempre al «*dies commissi delicti»,* con la predeterminación competencial, que vendría a ser un correlato procesal.

Es cierto que esta solución solo es aplicable al ámbito procesal penal y que, *prima facie*, pudiera parecer más razonable que un tema tan importante, como es el momento de la predeterminación judicial, debiera de tener un tratamiento homogéneo en todas las jurisdicciones[14]. Sin embargo, entendemos que el enjuiciamiento por un órgano jurisdiccional fijado por una ley posterior (o en virtud de unos hechos acaecidos con posterioridad al hecho punible, como pudiera ser la pérdida o adquisición de la condición de aforado) sería un enjuiciamiento realizado por un tribunal simplemente «determinado» por la ley, cuando lo que realmente exige el art. 24.2 CE es un juez *predeterminado* por la ley. Este argumento, de indudable rango constitucional, permite que esta interpretación que proponemos, nacida y aplicable exclusivamente en el proceso penal, constituya una excepción razonable respecto de los procesos no penales.

Por otra parte, siempre hemos pensado que el principio de «*perpetuatio iurisdictionis*» no puede actuar de la misma forma en el proceso civil (y asimilados) que en el proceso penal. Un principio como el de la «*perpetuatio*», de innegable origen procesal civil[15], que tiene como finalidad el evitar que pueda sustraerse, a partir del comienzo del proceso (momento de la interposición de la demanda, siempre que sea posteriormente admitida), el conocimiento de un asunto al órgano jurisdiccional que está hasta ese momento encargado de la tramitación del mismo, no encaja bien en la dinámica propia del proceso penal. En efecto, si un Juez de Instrucción comienza con la investigación de un delito y más tarde se demuestra que el hecho punible se ha perpetrado en otra circunscripción, dicho juez debe inhibirse en favor del «*forum delicti commissi*»; o si un Juzgado Central de Instrucción está llevando un sumario y aparece implicada una persona aforada —Diputado, Senador, miembro del Gobierno, etc.— debe necesariamente operarse una «*mutatio iudicii*» en favor del TS. Como vemos, los hechos descubiertos tras el comienzo del proceso no es que puedan, sino que «deben» tener incidencia en la determinación definiti-

[13] En el pasado, bien es cierto que sin profundizar en las especialidades de la predeterminación del juez en el proceso penal, nos habíamos mostrado más proclives a considerar que la predeterminación se refería al inicio del proceso. Ahora lo vemos más claro, y pensamos que la «anterioridad» de la norma se predica, solo en el proceso penal, de los hechos que se han de enjuiciar. *Vid*. Chozas Alonso, José Manuel, *La «perpetuatio iurisdictionis», un efecto procesal de la litispendencia,* Granada, Comares, 1995, p. 147.

[14] Díez-Picazo Giménez, Ignacio, *ibidem*.

[15] *Vid*. Chiovenda, Giuseppe, «Sobre la *perpetuatio iurisdictionis*», en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea,1949, Vol. II (trad. Sentís Melendo), p. 33.

va del órgano competente. Por el contrario, la «perpetuatio penal» no puede ser considerada como un efecto de la litispendencia, sino como un efecto directo de la predeterminación legal del juez, que se produce en un momento anterior al inicio del proceso penal (interposición de la querella o de denuncia nominativa, siempre que de lugar a la incoación del sumario, diligencias previas, etc). Por así decirlo, en el proceso civil hay una perpetuación de la jurisdicción desde el momento en el que efectivamente comienza el proceso, mientras que la perpetuación de la competencia penal se produce desde el mismo momento en el que, en abstracto, podría comenzar el proceso, esto es desde el «*dies commissi delicti*».

d) *Infracciones en las que han participado personas aforadas y personas no aforadas.* En estos casos, como señala la jurisprudencia mayoritaria, el órgano competente para el aforamiento debe extender su conocimiento sobre los sujetos no aforados, cuando separar los procesos conlleve una *división de la continencia de la causa*, que entrañe el riesgo de sentencias contradictorias y dificulte la investigación y el enjuiciamiento de una realidad fáctica compleja que debería acometerse de forma conjunta (con apoyo en el art. 272, párrafo tercero, LECRIM, conforme al cual la querella ha de presentarse ante el órgano competente para el aforamiento «*cuando fueren varios los querellados por un mismo delito o por o dos más conexos, y alguno de aquéllos estuviese sometido excepcionalmente a un Tribunal que no fuere el llamado a conocer por regla general del delito*»; así como en el ya de derogado art. 300 LECRIM, que establecía que: «*Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso*»[16]). A este respecto, no obstante, debemos tener en cuenta el carácter restrictivo de la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, que ha variado las reglas de conexidad para evitar el automatismo que se venía produciendo con la acumulación de causas en lo que se conoce como *macroprocesos*. La regla seguirá siendo que cada delito dará lugar a la formación de una única causa, pero la acumulación por conexión solo será posible si concurren circunstancias tasadas y cuando el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable. Y una de las causas que siguen imponiendo la conexión es que le infracción se haya cometido «por dos o más personas reunidas» (art. 17.2.1º LECRIM)[17].

[16] El derogado art. 300 LECRIM ha pasado, en su esencia, al nuevo art. 17.1 LECRIM: «No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso».

[17] Para salvaguardar el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley respecto de los no aforados, que quedaría bajo la jurisdicción de un órgano que no era el previsto, en princi-

En definitiva, por razones históricas —las distintas Constituciones siempre han considerado que la predeterminación del Juez se refiere al momento en el que se comete el delito—, y por imposición constitucional (art. 71.3, en relación con los arts. 14, 9.3 y, fundamentalmente, el art. 24.2 CE, que incorporan, respectivamente, los principios de igualdad ante la ley, de seguridad jurídica y la predeterminación judicial), la perpetuación de la competencia de los tribunales que deben conocer de las causas especiales de los aforados debe ser absoluta: una vez que se ha determinado la competencia con arreglo a la norma *predeterminante*, ésta ya no admite derogación alguna —ni por hechos, ni por normas sobrevenidas—, de tal manera que ya no se puede sustraer el conocimiento del tribunal especial si el delito fue cometido por un «aforado». *Sensu contrario*, si la infracción fue cometida «antes» de la adquisición de la condición de aforado, la posterior investidura no debiera afectar a la competencia objetiva predeterminada, por lo que debería enjuiciar el Juez «ordinario» y no el especial. Cuestión distinta, en este último supuesto, es que sea siempre necesario solicitar el suplicatorio a la

---

pio, para ellos, se exige que se precise con mucho cuidado y fundamento la inescindibilidad de la causa, remitiendo al órgano «ordinario» lo que sí se pueda separar. *Vid*. Cubillo López, Ignacio, «La determinación del órgano competente en el orden penal…*cit*., p. 150, con importante aparato jurisprudencial.

Esta nueva doctrina jurisprudencial, surgida no de un Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional, sino mediante doctrina contenida en Autos y Sentencias de la Sala II en los últimos tiempos, no ha dejado de estar presente en la más importante de todas ellas, como es la STS (2ª) nº 459/2019, de 14 de octubre, CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017 (Procés): «16 (1.2.) […] El rígido entendimiento histórico de la conexión ha dejado paso, a raíz de la reforma de 2015, a una desconexión procesal alentada por el legislador siempre que ello contribuya a un enjuiciamiento más ágil y sin dilaciones. La previsible duración de la causa especial que nos ocupa, la continuada presencia de los procesados durante las prolongadas sesiones del juicio oral y, en fin, el obligado desplazamiento de quienes solo van a responder del delito de desobediencia,sugieren a la Sala desgajar esa secuencia fáctica para su enjuiciamiento en Barcelona. Esta decisión no implica, desde luego, cuestionar la inescindibilidad del hecho que, hasta ahora, ha venido siendo apreciada por el Excmo. Sr. Magistrado instructor, por la Sala de Recursos, por el Fiscal y por el resto de las acusaciones. Sucede, sin embargo, que el renovado mandato del art. 17.1 de la LECrim matiza la inescindibilidad del hecho, atribuyéndole ahora un marcado carácter funcional que antepone, frente a una visión causal del enlace apreciable entre los hechos, razones de operatividad ligadas a la previsible complejidad y duración del juicio. Para llegar a esta conclusión, la Sala toma en consideración elementos aportados por los escritos de calificación que, hasta ahora, no habían podido ser valorados. Desde esta perspectiva, prescindiendo de una selección interesada de fragmentos de una u otra de las resoluciones dictadas por esta Sala, puede entenderse el tratamiento jurídico diferenciado que ha dispensado esta Sala a hechos no equiparables en el momento de definir la competencia judicial para su enjuiciamiento. Es así como cobra pleno sentido el razonamiento que incluíamos en el auto de 25 de mayo de 2016, causa especial núm. 20249/2016, cuando indicábamos, para justificar la exclusiva asunción de la competencia para el enjuiciamiento del Sr. Mauricio que «... la extensión de la competencia a hechos cometidos por personas no aforadas ante el Tribunal Supremo solamente será procedente cuando se aprecie una conexión material inescindible con los investigados a las personas aforadas, lo que, en el caso de autos, no sucede, dado que la actuación del aforado puede ser investigada con autonomía y sustantividad propia».

Cámara correspondiente, por conducto de la Sala 2ª del TS, si de un Diputado o Senador se trata.

Los principios básicos relativos a la predeterminación y la garantía al Juez legal no pueden soslayarse, ni en España, ni en México, ni en ningún lugar del mundo: debe ser nulo cualquier proceso, cualquier actuación de las partes, cualquier inhibición, etc. que contravenga la competencia objetiva *predeterminada por la ley* antes de la comisión del hecho delictivo. Trabajo tienen nuestros tribunales, si nos quieren oír, para, como diría el inmortal Don Quijote, «*desfacer agravios y enderezar entuertos*».

Bibliografía

Cubillo López, Ignacio, «La determinación del órgano competente en el orden penal: algunos problemas pendientes», en *Los sujetos protagonistas del proceso penal* (Coord. Chozas Alonso, J.M.), Madrid, Dykinson, 2015.

Chiovenda, Giuseppe, «Sobre la *perpetuatio iurisdictionis*», en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, EJEA,1949, Vol. II (trad. Sentís Melendo).

Chozas Alonso, José Manuel, *La «perpetuatio iurisdictionis», un efecto procesal de la litispendencia,* Granada, Comares, 1995.

Díez-Picazo Giménez, Ignacio, «El Derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, núm. 31, Enero-Abril, 1991

Fix-Zamudio, Héctor, «Comentario del art. 14 de la Constitución Política de 1917», en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 1985.

EL AMPARO DIGITAL: REFLEXIONES PROVISIONALES DEL MUNDO DEL MAÑANA

Gerardo Eto Cruz
Exmagistrado del Tribunal Constitucional del Perú

1. Marco introductorio

El proceso de amparo, independientemente de los diversos *nomen juris* con el que se le denomine en los aproximadamente 31 países a nivel internacional, tiene ya, en la línea del tiempo, tres siglos, si reparamos su origen mexicano en el Siglo XIX (Constitución del Estado de Yucatán de fecha 31 de mayo de 1841)[1]; y pese a su solera y antigüedad no deja de manifestar importantes vetas inexploradas; por lo que sigue sorprendiendo este instituto cuya esencia y naturaleza no se agota en ser simplemente un instrumento procesal que pretende concretizar la defensa de los derechos fundamentales; hoy merece enfocar su actual reconfiguración en los actuales tiempos de la posmodernidad; o más específicamente, en el contexto de la Cuarta Revolución Industrial que atraviesa la evolución de la civilización humana a nivel planetario con la presencia de las tecnologías, redes sociales y *ciber sociedades* que vienen replanteando nuevas formas de manifestación política[2], ya se empieza hablar del fin de muchos trabajos, el fin de las cosas, del dinero, de las tiendas, del petróleo; o de muchas ideas que se acaban como el fin de la conversación, de la privacidad, de la globalización, de los idiomas, de la muerte[3]; pero sobre todo, pese a que en el mundo jurídico se proclama pletóricamente en las constituciones las libertades y derechos fundamentales; así como sus correspondientes instrumentos procesales de tutela, en la realidad y a nivel planetario la

[1] González Oropeza, Manuel: *Los amparos primigenios* (1848-1865), Porrúa, México, 2012

[2] Galán Díez, Ilia: *Homo o cyborg politicus: Nueva e-Política (Evolución de las tecnodemocracias en la cuarta revolución*, Dykinson, Madrid 2018, pp. 49 y ss.

[3] Garcia Aller, Marta: *El fin del mundo. Tal y como lo conocemos*. Planeta, Barcelona, 2019.

mayor desigualdad se expresa en la individualidad de cada persona, los hechos de violencia siguen siendo la cartografía de ruta en la cultura individual de las relaciones humanas cotidianas y a nivel internacionales, la reciente invasión de Rusia a Ucrania no hace más que confirmar la repetición de la historia, y todo discurso político, concepción filosófica llevan a ser simplemente profecías no cumplidas desde que Kant afirmara para la humanidad una paz eterna[4], el mundo con una población que en breve llegará a 8.000.000.000 y que sigue la carrera hacia *un mundo no feliz* como planteó Aldous Huxley la utópica e irónica novela *Un mundo feliz* donde la reproducción humana se vuelve totalmente extrauterina y los humanos se dividen en castas. La pobreza y la guerra han sido desterradas y la gente presuntamente es feliz, pero a costa de haberse erradicado la familia, la diversidad y la autenticidad cultural, las artes, la ciencia, la literatura, la religión, la filosofía y el amor[5]; bien cabe legítimamente preguntarse si el mundo acaso no viene haciendo una marcha triunfal hacia su colapso.

Es evidente que la aparición de esta llamada Cuarta Revolución Industrial (4RI), no sólo tiene impacto en la economía y en el mundo de la producción empresarial; con sus complejas tecnologías y megamáquinas que el ser humano viene inventando y descubriendo, sino que esta revolución viene generando nuevos desafíos y paradigmas en la propia sociedad, y en la conducta cotidiana de los seres humanos. Y es que como anota José Antonio Marina «Cada sociedad, en cada momento histórico, ofrece a sus miembros más o menos recursos, una cultura más o menos rica»[6] hoy ya se habla, en el contexto de las disrupciones e innovaciones aceleradas, de la presencia de una quinta revolución industrial con todo lo que supone un mundo automatizado, con nuevas interacciones en un entorno robótico, fábricas, empresas, instituciones estatales; y, no cabe duda, los sistemas de justicia conectados bajo las nuevas relaciones digitales[7].

El amparo digital que aquí proponemos se ubica en los marcos de esta 4RI y para ello, se necesita explicar algunos aspectos, a fin de acercarnos, sin pretensiones de futurología, de lo que va a ser, en un futuro cierto y no muy lejano, este proceso que hoy de hecho ya está siendo utilizado, dada la necesidad que ha impuesto y que lo ha acelerado la Pandemia del Covid-19. Subyace en el amparo digital una conexión con otros derechos que ha entrado en lo disruptivo: la presencia de un nuevo

---

[4] Kant, Immanuel: *Hacia la paz perpetua. Un esbozo filosófico.* Introducción, traducción y notas de Jacobo Muñoz, Edit. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 81 y ss.

[5] Sartori, Giovanni: *La carrera hacia ningún lugar. Diez lecciones sobre nuestra sociedad en peligro.* Traducción de Núria Petit, Taurus, Madrid, 2016.

[6] Marina, José Antonio: *Biografía de la Inhumanidad. Historia de la crueldad, la sinrazón y la insensibilidad humanas*. Barcelona, 2021, p. 17),

[7] Vidal, Marc: *La era de la humanidad. Hacia la quinta revolución industrial*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2019, p. 347

derecho fundamental con autonomía propia: *el derecho fundamental de acceso a internet,* del cual ya ha sido acogida en la ONU. Así, tanto la Relatoría Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatoría Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) han emitido una Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. Allí en dicha *Declaración* se reconoce el *derecho de acceso a la internet* como un derecho humano; por lo que se exhorta a los Estados a promover su acceso universal a Internet para que las personas puedan disfrutar de otros conglomerados de derechos[8]. Es pues, un derecho fundamental de *naturaleza poliédrica* que surge como consecuencia de estos tiempos que desencadena la era digital.

Entre las profundas consecuencias que está generando la 4RI fuera del mundo económico, empresarial, político, social y cultural, tanto como del propio ecosistema de vida, es el impacto en el mundo del derecho y de sus correspondientes sistemas jurídicos. Hoy ya se observa que los procesos judiciales se han digitalizado a través de las grandes plataformas de internet y está obligando a enfrentar nuevos retos a los órganos de justicia, a establecer un conjunto de directivas y pautas para el acceso de los escritos y de las resoluciones judiciales.

El amparo digital es por tanto, una *consecuencia* y una necesidad que hoy obliga a los operadores del derecho y a las partes en las disputas constitucionales, que sean resuelta en la forma más rápida, y se lleguen a armonizar los principios procesales constitucionales que nutren este tipo de procesos en el marco de la actual era digital. Y es que nos encontramos ante un trascendental cambio en todos los ámbitos y el mundo jurídico no se encuentra desprevenido, empieza ya a verse el impacto en el abogado del mañana; para ello se habla de las *tecnologías sostenibles* y *tecnologías disruptivas*. Las primeras apoyan y mejoran lo que ya existe, sea como empresa, mercado, o en nuestro caso un sistema jurídico; las segundas desafían y cambian radicalmente el funcionamiento de dicha empresa, mercado o el sistema jurídico de un país. No cabe duda que los estudios, los bufetes, van a tener que engancharse y, a la postre, se atalaya, según afirman algunos, un mejor beneficio a partir de las tecnologías jurídicas disruptivas[9].

Iniciamos aquí, brevemente, un conjunto de aspectos que rodean este proceso constitucional del amparo digital y que, para los efectos de esta breve reflexión,

---

[8] Barrio Andrés, Moisés: *Fundamentos del Derecho de Internet*. Prólogo de Tomás de la Quadra Salcedo Fernández del Castillo, CEPC, Madrid, 2017, pp. 267 y s.; hay segunda edición ampliada, Madrid, 2020, pp. 412 y ss.

[9] Susskind, Richard*: El abogado del mañana. Una Introducción a Tu Futuro.* La Ley, Madrid, 2017, pp. 78-80

se extiende a todos los procesos constitucionales que integran la *jurisdicción constitucional de la libertad:* el *habeas corpus*, el *habeas data*, entre otros.

2. Los nuevos paradigmas en los tiempos de la posmodernidad

Lyotard a mediados de los años setenta[10] publica un célebre libro en que acuña el término posmodernidad. El filósofo francés sostenía que la posmodernidad era una crítica a la modernidad que se ha venido sustentando en grandes *metarrelatos* y que, al fin y al cabo, eran profecías no cumplidas. Hoy, filósofos y sociólogos de la posmodernidad han escrito ríos de tinta para entender los tiempos en que vive la sociedad contemporánea. Klaus Schwab, fundador y director general del Foro Económico Mundial ha calificado los tiempos actuales que son fruto de la presencia de la Cuarta Revolución Industrial. Y sostiene este economista que «Estamos evidenciando cambios profundos en todas las industrias, marcados por la aparición de nuevos modelos de negocio, la irrupción de operadores y la remodelación de los sistemas de producción, consumo, transporte y entrega. En el ámbito social, se está dando un cambio de paradigma sobre cómo trabajamos y nos comunicamos, al igual que en cómo nos expresamos, nos informamos y nos entretenemos. Asimismo, los gobiernos y las instituciones se están reinventando, como también lo están haciendo los sistemas de educación, salud y transporte, entre muchos otros. Las nuevas formas de utilizar la tecnología para cambiar el comportamiento y nuestros sistemas de producción y consumo también ofrecen la posibilidad de apoyar la regeneración y preservación de entornos naturales, en lugar de creas costos ocultos en forma de externalidades»[11]. Es evidente que esta llamada así Cuarta revolución industrial está cambiando la propia concepción del mundo, de nuestras vidas individuales y colectivas, así como el impacto que supondrá en las generaciones futuras a las que ya se les viene identificando como una cercana *transhumanización* a partir de la era de la Inteligencia Artificial (IA). En realidad, esta revolución es la que en algún momento Giambattista Vico hace más de cuatro siglos atalayaba en su «Ciencia nueva» que en el ciclo de la evolución del humano, hay un doble progreso de la humanidad: hacia el bien y hacia el mal, pues los cambios son tan profundos que jamás se ha visto una presencia radicalmente antropocéntrica que esta revolución que, según Schwab, ya está en marcha. Un deslinde de esta actual revolución con las ante-

[10] La posmodernidad fue acuñada por Jean-François Lyotard en su obra *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*. Traducción de Mariano Antolín Rato, Edit. Cátedra, Madrid, 2016.

[11] Schwab, Klaus: *La cuarta revolución industrial*. Prólogo de Ana Patricia Botín., Debate, México, 2017, p. 14.

riores revoluciones industriales lo explica Klaus Schwab[12] que aquí lo tomamos en versión libre:

a) *Velocidad*: A despecho de las anteriores revoluciones industriales, en la actual hay una evolución a un ritmo exponencial, más que lineal. Y esto se debe al mundo contemporáneo polifacético y de una interconexión que vive la humanidad; a ello se suma la heurística e inventiva tecnológica que crea nuevas tecnologías más potentes y eficaces, complejas megamáquinas bajo la IA que responde y resuelve en fracciones de segundos lo que el humano le es imposible.
b) *Amplitud y profundidad*: La actual revolución se sustenta en la revolución digital, y ella permite combinar diversas tecnologías que generan, a su vez, cambios de paradigmas en diversas áreas: economía, negocio, sociedad, personas. Enfatiza Schwab que no solo está cambiando el «qué» y el «cómo» hacer las cosas, sino el «quiénes somos». Es decir, el mundo actual ha dejado de ser en tan pocos años, un mundo de una ralentización de una vida más pacífica, por una aceleración que impone la tecnología. Y con ello los desafíos a los Estados no se dejan esperar; retos como en el mundo de los sistemas jurídicos que el *tsunami* de la información trae consigo en todos los campos.
c) *Impacto de los sistemas*: La actual revolución significa la transformación de sistemas complejos entre (y dentro de) los países, las empresas, las industrias y la sociedad en su conjunto. Desde luego no faltan voces que ya alertan que la 4RI junto con la agenda pública en sus desafíos normativos, cuenta también con una *agenda oculta* de problemas y que se ha venido ignorando por tanto tiempo y que responde a unas de las ideas más ingenuas de la posmodernidad, a la que Bauman califica como la *maldad líquida*[13] y otros especulan siniestros proyectos[14]; más allá de estas especulaciones, todo lo que supone la revolución industrial significa desafíos en todo orden de cosas, pero no se requiere mayor reflexión que la idea de que cualquier revolución sea industrial o política, la humanidad quiere que todo ser viviente le sea respetado su vida y deje vivir a los

[12] Schwab, Klaus: *La cuarta revolución industrial*, *op. cit.,* p. 15.

[13] Bauman, Zygmunt y Donskis, Leonidas: *Maldad líquida,* Barcelona, 2019; lo propio y complemento es uno de sus últimos libros: *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Paidós, Barcelona, 2013.

[14] Bellver Soroa, José: «La cuarta revolución industrial ante la crisis ecológica», en: VV.AA.*: La cuarta revolución industrial desde una mirada ecosocial.* Prólogo de Florent Marcellesi, Clave Intelectual, Madrid, 2018, pp. 26 y ss.

demás; Foucault le denominó a ello la «biolegitimidad»; Walter Benjamín defendió el «simple hecho de vivir»[15].

3. De la estructura de las revoluciones científicas a las revoluciones industriales y los cambios de paradigmas

Hace exactamente 60 años, (1962) Thomas S. Kuhn publicó la primera versión en inglés de su obra «*La estructura de las revoluciones científicas*» que habría de constituir la gran cartografía de ruta que tienen la comunidad de científicos para entender las crisis que se producen en las ciencias y cómo deben afrontarla, lo que significa el surgimiento de un nuevo paradigma que sustituye al anterior. A fin de ubicar el pensamiento de Kuhn este científico utilizó el término paradigma en *La estructura*. Se trata de una voz griega de los términos *para*: cercano o aproximado y *deigma*: muestra. Lo que significa que se trata de un ejemplo-tipo. Así por ejemplo Mick Jagger es un paradigma del rock and roll; y si nos preguntamos quienes son los principales paradigmas del boom latinoamericano, diremos que son el argentino Julio Cortázar, el colombiano Gabriel García Márquez, el mexicano Carlos Fuentes y el peruano Mario Vargas Llosa. Cuando publica la obra *La estructura,* lamentablemente recibió una ola de críticas por intelectuales escépticos que ponían en tela de juicio el término paradigma por ser excesivamente vago y equívoco. Kuhn, acepta estas objeciones y propone en la segunda edición agregar un Epílogo a sugerencia de su antiguo alumno y viejo amigo Shigeru Nakayama de la Universidad de Tokio y que aparece fechado en 1969 donde sustituye el término paradigma por *matriz disciplinaria* y trata de precisar sus componentes. Kuhn sostiene que pudo haberlo sustituido por el término «teoría», pero por su excesivo uso, evitó deliberadamente utilizarlo[16].

Bien sea el término paradigma o matriz disciplinaria, se trata de una suerte de visión del mundo. Igualmente alude a la idea conceptual ligada a una comunidad de científicos. Y refiere que un paradigma es algo que lo comparten los miembros de una comunidad científica. Kuhn explica que la *ciencia normal* es aquella donde los científicos desarrollan sus investigaciones a partir de los logros pasados que tienen y que constituyen el fundamento de sus prácticas ulteriores.[17]

---

[15] Fassin, Didier: *Por una repolitización del mundo. Las vidas descartables como desafíos del siglo XXI.* Edición al cuidado de María Inés Fernández Álvarez, trad. de Horacio Pons, Siglo Veintiuno Editores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2018, p. 35.

[16] Kuhn, Thomas S.: *La estructura de las revoluciones científicas*. Ensayo preliminar de Ian Hacking. Traducción e introducción de Carlos Solís, FCE, 4ta edición, México, 2015.

[17] Kuhn, Thomas S., *op. cit.,* p. 114.

En el Epílogo de su obra *La estructura*, Kuhn sostiene que «Un paradigma es lo que comparten los miembros de una comunidad científica y, a la inversa, una comunidad científica consta de personas que comparten un paradigma»[18]. Los paradigmas se encuentran conformado por cuatro componentes: i) *generalizaciones simbólicas*: llamados también *principios-guía*, constituyen enunciados muy genéricos despojados de elementos empíricos. Se tratan de principios con pretensiones axiomáticas, por tanto de por sí irrefutable y sólo, en caso de una revolución científica opera un cambio de paradigma, por lo que es abandonado el anterior y sustituido por el nuevo. Normalmente, en períodos de estabilidad, permanencia (*ciencia normal*), no se cuestionan ni se ponen en duda los principios-guías; pero cuando la comunidad de científicos empieza a perder la confianza en su cartografía de ruta que mantenían como paradigma empiezan a producirse precisamente las revoluciones científicas, lo que significa el abandono de dichos principios-guías. ii) *Modelo*s: el paradigma es precisamente un modelo que es la interpretación intuitiva o la visualización del dominio del fenómeno que es materia de la investigación. Kuhn distingue dos modelos: los *modelos heurísticos* y que no significa una representación fiel de la realidad; sino acaso una fuente de inspiración; y los *modelos ontológicos* que sí representan fielmente la realidad materia de estudio; iii) *valores normativos:* en este caso, se trata de los criterios axiológicos que utilizan los investigadores a fin de evaluar sus propuestas planteadas o sus resultados obtenidos. Estos valores, en rigor constituyen el sustento del paradigma y están implícitamente en el *constructo* de los científicos; pero dejan de estarlo si se produce un período de crisis, allí el paradigma ya no se comparte, ya no hay un compromiso de defenderlo, no hay consenso y deviene por tanto, fruto de esta crisis en nuevos paradigmas y allí ya se habla entonces de la presencia de una revolución científica cuya discusión gira explícitamente en crear nuevas cartografías de ruta del entendimiento humano; y finalmente, Kuhn plantea el cuarto componente: iv) *ejemplares:* este componente es la esencia del paradigma, dado que se trata de la aplicación de las leyes que desempeñan el marco y patrón de conducta de los científicos. Y es en esencia, la idea luminaria que concibió Kuhn y que a 60 años de su propuesta, merece nuevamente rescatarla en su concepción que propuso a la segunda edición de su obra[19].

En el ciclo histórico del conocimiento humano, muchas cosas pasan por períodos de normalidad, sin sobresaltos; pero otras veces ocurrente que se presentan problemas que constituyen un rompecabezas para los científicos y no pueden dar con la solución sobre la base de estos principios-guías. Una revolución científica

[18] *Idem Ibid,* p. 348

[19] *Vid*. igualmente a Moulines, C. Ulises: *Popper y Kuhn. Dos gigantes de la filosofía de la ciencia del siglo XX*, Edit. Bonalletra, Madrid, 2015, pp. 75 y ss.

ocurre cuando en una comunidad científica se presentan precisamente crisis donde el paradigma deja de funcionar, los principios-guías empiezan a ser cuestionados por los científicos; y, sobre todo, cuando las anomalías en una vertiente disciplinaria se van sumando una a otra, y permanecen en el «cajón de los olvidos». Sólo y tan sólo cuando los científicos empiezan a estar insatisfechos de su paradigma empleado, se puede decir que su «modelo» ha entrado en seria crisis, lo que no significa que debe ser abandonado; pero cuando ya el paradigma no resuelve los problemas que se presentan en el desarrollo de una ciencia, estamos ya ante una revolución científica, que es «un tipo especial de cambio que entraña una especie de reconstrucción de los compromisos de grupo, pero no hace falta que sea un cambio grande, ni tiene por qué parecer revolucionario a los de fuera de una única comunidad compuesta tal vez por no menos de veinticinco personas»[20]. Aquí, una minoría de científicos e investigadores, deciden cambiar el paradigma, lo abandonan el que existe y se configuras nuevos principios-guías para solucionar las anomalías.

Pasamos ahora a ver las revoluciones industriales, para luego ya ubicar en este contexto, la presencia que involucra este breve trabajo: los procesos constitucionales digitales, en especial el amparo.

4. Las revoluciones industriales

Normalmente cuando se habla de revoluciones, se suelen vincular a las políticas, lo que significa un cambio estructural de un sistema político a otro, o el paso de un tipo de estado a otro. Ello ha ocurrido con dos grandes revoluciones del siglo XVIII: la Revolución de los Estados Unidos de América[21] y la Revolución Francesa[22]; en el Siglo XX la Revolución rusa y la mexicana entre otras. Estas revoluciones, siempre han estado vinculadas con guerras; o dicho en otras palabras, guerra y revolución expresan una reciprocidad y una mutua dependencia, como muy bien lo analiza con profundidad Hannah Arendt[23]. Se atribuye a Immanuel Kant, quien extiende la noción de revolución al campo de las ciencias conforme se aprecia en el Prólogo a la segunda edición de su Crítica de la razón pura[24]. Ambas

[20] Moulines, C. Ulises, *op. cit.,* p. 355.

[21] *Vid*. a Trevelyan, George O.: *Las grandes revoluciones de la historia. La Revolución Norteamericana.* Condensación de los dos volúmenes por Richard B. Morris. Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1968.

[22] Soboul, Albert: *La Revolución Francesa,* Ediciones Orbis, Barcelona, 1981; Andress, David: *El Terror. Los años de la guillotina*, Edhasa, Barcelona, 2011.

[23] Arendt, Hannah: *Sobre la revolución*, traducción de Pedro Bravo, Alianza editorial, Madrid, 2016, p. 23.

[24] Kant, Immanuel: *Crítica de la razón pura*. Edición bilingüe alemán-español; trad. Estudio preliminar y notas de Mario Caimi, FCE. UAM. UNAM, México, 2009, P15-19 (B-IX al B-XV).

acepciones de revolución, una en el campo político y el otro en el científico, luego ha sido trasladado con bastante naturalidad al campo de la economía y la industria, como son las denominadas revoluciones industriales que se inician desde el Siglo XVIII hasta lo que hoy es el siglo XXI.

La idea de una revolución industrial es que se trata un complejo proceso de cambios que desencadenan las nuevas reglas en las relaciones del poder y de la riqueza generando nuevas conductas a nivel individual y de grupos; ello surge con la presencia de nuevas tecnologías que generan cambios sociales y una forma sustancial en la redistribución de la riqueza y de la economía. Los cambios se producen en la tecnología, la riqueza y en la sociedad, en ellas se entrelazan en el tiempo. En los últimos tres siglos se han visto tres revoluciones industriales y tecnológicas; y la que actualmente ha sido calificada como la cuarta, apenas si tiene poco más de una década y lo que se viene a pasos acelerados, no sólo despierta optimismo y curiosidad, sino también temor por las consecuencias en la propia humanidad.

La Primera Revolución Industrial se ubica a inicios del siglo XVIII, (1760-1830)[25] por entonces hay una transición entre dos grandes ciclos evolutivos en la historia de la humanidad: una caracterizada por la economía y sociedades agrarias, tradicionales provenientes del mundo feudal, y la otra, por una economía y sociedad industriales, modernas y desarrolladas. Los grandes inventos de la época era la máquina de vapor creada por el ingeniero británico James Watt, su aplicación fue en diversos campos de los procesos industriales, como el sector textil y metalúrgico. En este período igualmente se inician las grandes construcciones ferroviarias, bajo el impulso del carbón; surgen los telégrafos, y un ejército de obreros movilizan las fábricas e industrias, producciones masivas de mercancías son transportadas por buques de vapor; el éxodo del campo a la ciudad y la generación de una clase proletaria, identifican este periodo que se mantendría hasta la segunda mitad del siglo XIX. En el campo social, empiezan a superarse las epidemias, hay un desarrollo sustantivo en la medicina, igualmente la *revolución agrícola* permite mejoras en la alimentación por su propia comercialización masiva, empiezan grandes mejoras en *políticas públicas* en salubridad como la higiene en la construcción de redes de alcantarillado; agua potable entre otros aspectos. La experiencia de esta Revolución Industrial significaba el principio de un futuro distinto al anteriormente existente.

La Segunda Revolución Industrial surge como consecuencia de la generación de la corriente eléctrica y su aplicación no sólo en el ámbito industrial, sino en el transporte y en la vida doméstica donde empieza una progresiva era del consumo de electrodomésticos que hasta entonces sólo podían adquirirlo determinados sec-

[25] Ashton, Thomas: *La revolución industrial 1760-1830.* Traducción de Francisco Cuevas Cancino, FCE, México, 2020.

tores económicos. Es en esta etapa donde Henry Ford empieza a producir en forma masiva los automóviles. La era del carbón empieza a ser sustituido por el petróleo y la electricidad. Igualmente el teléfono sustituye al telégrafo y las comunicaciones empiezan a acortarse y con ello la expansión del crecimiento del siglo xx generan mejoras en el sector de los trabajadores y obreros, lo que implicó igualmente el surgimiento de los sindicatos y los movimientos obreros por mejoras salariales. Este ciclo de la segunda era industrial la aceleración de la producción genera una mayor competitividad en el mercado. La 2RI se empieza a cerrar progresivamente a mediados de la década de los setenta, donde se presenta la crisis del petróleo de 1973 y 1977. Surgía así, la Tercera Revolución Industrial.

Aunque no existe consenso en la fecha de inicio y de su fin (algunos plantean el inicio en 1970) la Tercera Revolución Industrial (TRI) se ubica a mediados del siglo xx y fueron liderados por Estados Unidos, Japón y la Unión Europea. Se atribuye a Jeremy Rifkin, economista norteamericano, haber acuñado este concepto también conocido como *Revolución de la Inteligencia*, concepción que fue aprobada por el Parlamento Europeo en 2007. Las grandes bases de esta TRI se sustentan en las tecnologías de la información y la comunicación inalámbrica y las energías renovables. El 24 de mayo de 2011, presentó el plan económico de los cinco pilares de la TRI en una conferencia del cincuenta aniversario de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en París. Jeremy Rifkin precisa que existen cinco pilares de esta revolución:

a)La transformación o la transición hacia las energías renovables, b) la utilización de los edificios de cada continente en microcentales eléctricas para generar *in situ* la energía renovable, c) expandir la tecnología del hidrógeno y otras tecnologías de almacenamiento energético en cada edificio, así como en toda la infraestructura para acumular energía, d) utilizar la tecnología de Internet para transformar la red eléctrica a nivel mundial en una red de energía compartida que actúe igual como la conexión de internet; y e) la transición de los vehículos que utilizan combustibles fósiles hacia los vehículos de motor eléctrico con alimentación de red[26]. Esta revolución, plantea una era poscarbónica sostenible y así evitar los cambios climáticos de niveles catastróficos. Sostiene Rifkin que el mundo dispone de los conocimientos científicos, de la tecnología y del plan de acción para que eso ocurra, es decir, una esperanza de una era poscarbónica[27]; con todo, los retos individuales y colectivos en las que se han tenido que enfrentar y asumir las empresas y las personas, es un recambio de paradigmas en diversos sectores, tanto en el laboral, como en el impacto político de los gobiernos, y lo propio en lo cultural.

[26] Rifkin, Heremy: *La Tercera Revolución Industrial,* trad. de Albiuno Santos Mosquera, Barcelona, 20ll.

[27] Rifkin, Heremy, *op. cit.,* p. 19.

Pero se viene vislumbrando una mayor desigualdad, pese a la prédica del paradigma de una sociedad de la información y del conocimiento. En esta TRI destacan los grandes inventos como la creación de la fibra óptica, las innovaciones en la nanotecnología y la fibra de vidrio.

Finalmente, la 4RI ya la estamos viviendo y no escapa a la percepción de los humanos, sea a favor o en contra. De hecho, se está presenciando una brecha digital a la que no sólo se trata del derecho de acceso a la internet; sino que tiene una serie de variables que están en juego. Hoy llegamos a la era de la Inteligencia Artificial, y el escenario que ya empieza a asomarse en el día de hoy es el futuro cercano de la *poshumanidad* expresada en la simbiosis de la tecnología de interfaz neural; es decir introducir microchips en el cerebro de las personas; la revolución de los viajes Inter espaciales que se les conoce como *«NewSpace*, a través de un creciente número de empresarios que tienen como meta la carrera espacial, como los multimillonarios Elon Musk, Jeff Bezos y Richard Branson entre otros.

Las grandes megatendencias de esta 4RI son, por ejemplo, en el **campo de la física**: vehículos autónomos, impresión 3D, robótica avanzada y nuevos materiales. Así en el primero, existirán automóviles sin conductor, claro ejemplo: los drones; la Impresión 3D llamada manufactura por adición permite imprimir un objeto físico a través de la adición de material en capa por capa; y lo increíble es que puede utilizarse desde materiales como hormigón hasta tejidos vivos; y ya se habla de 4D para crear una nueva generación de productos relacionados con la salud, como implantes para el cuerpo humano[28]. La robótica avanzada es otro escenario donde los robots cumplen trabajos en diversos escenarios en colaboración con el humano. Y respecto a los nuevos materiales, se trata de materiales inteligentes «que se autorreparan o se limpian a sí mismo»[29].

En el campo digital es probablemente la gran revolución copernicana que ha creado la humanidad a través de las aplicaciones digitales en el internet de las cosas (Io T, por sus siglas en inglés), llamada también *internet de todas las cosas*. Se trata de que hoy la humanidad se encuentra conectada con las cosas: productos, servicios, lugares, etc. mediante tecnologías y plataformas varias. Las megatendecias siguen en el ámbito Biológico, a través de las innovaciones, en particular la genética. Hoy, apunta Schwab lo que duró más de diez años en completar el Proyecto Genoma Humano, hoy se puede secuenciar en pocas horas por un costo de mil dólares a través de los avances de la ingeniería y la biología, sobre todo para el tratamiento de las enfermedades. Hoy se cuenta con la biología sintética, la capacidad de alterar la biología en cualquier célula. En futuros cercanos, las tecnologías se van a fundir mutuamente, bajo la fabricación 3D con la edición genética de

[28] Schwab, Klaus: *La cuarta revolución industrial*, *op. cit.,* p. 31.

[29] Schwab, Klaus, *op. cit.,* p. 33.

producir tejidos vivos a través de una bioimpresión; lo que podrá regenerar piel, hueso, corazón y tejido vascular[30].

En buena cuenta, el impacto de esta última revolución no sólo lo es en la economía a través de la productividad y el empleo, tópico de preocupación por su aceleración y velocidad; por lo que las nuevas tecnologías cambiarán la naturaleza del trabajo en todos los sectores y ocupaciones. Probablemente, los seres humanos ya no tendrán una sola ocupación, sino mucha; puesto que la disrupción y la automatización que desencadena la tecnología va a sustituir al trabajador. La esperanza que depositan, tanto Klaus Schawb como Harari es que el hombre se adaptará a nuevos escenarios[31] y que el futuro de las personas ya no será mantener toda la vida un solo trabajo.

Es todo este complejo entramado de la actual civilización de la humanidad, donde el campo de la justicia y el derecho no está alejado de los impactos que vienen produciendo la presencia de esta era digital; y es precisamente este contexto que lleva a reflexionar, de modo provisional, la posibilidad de ir ya observando que se viene delineando ya un conjunto de procesos constitucionales digitales, entre los que destaca el amparo virtual.

5. La onomaturgia de nuevos términos en el derecho, el metaverso y la era digital

La era digital ha generado una avalancha de términos que empiezan a formar parte del bosque cognitivo y que constituyen los primeros pasos de las exploraciones que desencadenan las nuevas tecnologías; vinculado por ejemplo al campo jurídico, Javier Puyol[32] nos pasa revista de una serie de términos y nuevas categorías conceptuales que seguramente irán consolidándose en los sistemas jurídicos de la era virtual, temas como las políticas de privacidad y las políticas de uso, el principio de la rendición de cuentas o «*accountability*» y la protección de los datos: ¿cómo quedará registrada la *información sensible* de las partes en el proceso en las plataformas digitales?, los procesos del Big Data en el mercado, el Bitcoin que empieza a ser la monedad virtual y que, seguramente no escapará a la ciberdelincuencia expresada en los *botnets* o los robots, el uso que ahora exigen las empresas a sus trabajadores de la técnica *byod* («*bring your own device*»), el fenómeno del

[30] *Loc. cit.,* p. 39.

[31] Noah, Harari, Yuval: *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Traducción de Joandoménec Ros, Debate, Barcelona 2018, pp. 443 y ss.; igualmente 21 lecciones para el siglo xxi. Traducción de Joandoménec Ros, Debate, Lima, 2021, pp. 52 y ss.

[32] Puyol Montero, Javier: *Una aproximación a los aspectos legales de las nuevas tecnologías,* Editorial Jurídica sepín, Madrid, 2017.

ciberbullying o acoso escolar en la red y este fenómeno que seguramente se expandirá a través del Bullying de la «justicia digital del espectáculo», la ciberseguridad, el *cloud computing* y sus riesgos y garantías, el «*community manager*» y su responsabilidad, las *cookies* y el *marketing* relacional, la defensa jurídica en la crisis reputacional on-line, el derecho al olvido, la protección de datos personales (EIPD/PIAS), los nuevos fraudes tecnológicos: la obsolescencia programada, las técnicas de investigación criminal basadas en las nuevas tecnologías, la igualdad ante internet, la imagen como derecho y como dato de carácter personal, la inteligencia artificial, la libertad de prensa, el derecho al olvido y el desarrollo tecnológico, la educación en el uso responsable de internet, internet de las cosas y los problemas regulatorios, el concepto de neutralidad tecnológica, el *phishing*, los nuevos conceptos que integran la privacidad, la privacidad en el riesgo o el riesgo en la privacidad, la privacidad: preservar el derecho de no frenar el futuro, la privacidad responsable o la privacidad por el diseño, la protección de los menores en internet, el concepto jurídico de las redes sociales, el *sexting*: un fenómeno de nuestro tiempo, el spam, el testamento en la red, los *wearables*: moda o tecnología, ¿Qué es WhatsApp? En realidad, toda esta compleja terminología que aborda con penetrante destreza Puyol, ya es de uso progresivo y sin duda alguna, son los retos jurídicos de la sociedad digital y del cual está surgiendo un nicho cognitivo: los fundamentos del derecho de Internet como agudamente ha reflexionado Moisés Barrio Andrés[33]. El metaverso que hoy auspician las grandes empresas digitales, está llevando a un futuro avatar y ello significará una profunda reflexión de los pro y contra de esta sociedad digital[34] es probable que el rol de la Inteligencia Artificial en un futuro más cercano empiece a formar parte de una justicia axiomatizada[35]; no sabemos si atrás quedará la reflexión de los actuales pensamientos jurídicos pues el porvenir empieza ya a vislumbrarse desde las notificaciones electrónicas, las pruebas electrónicas, la decisión automatizada del conflicto, las premisas de la inteligencia artificial vinculada a los precedentes judiciales, la teoría de los algoritmos, entre otros aspectos[36]. A ello se suman recientes noticias de la existencia de un *procesador cuántico* diseñado por Google bajo el liderazgo de John Martinis que en 200 segundos ha resuelto un problema que a un superordenador clásico le habría llevado 10,000 años[37]; lo que significará, que este tipo de ordenadores cuán-

[33] *Vid. supra,* cita 10).

[34] García Ferrando, Manuel (Coordinador): *Pensar nuestra sociedad digital y global. Una invitación a la sociología,* Tirant lo blanch, Valencia 2021, pp. 19 y ss.);

[35] Llano Alonso, Fernando y Garrido Martín, Joaquín (Editores*): Inteligencia artificial y derecho. El jurista ante los retos de la era digital.* Thomson Reuter. Aranzadi, Pamplona, 2021. pp. 51 y ss.

[36] Pérez Daudí, Vicente: *De la justicia a la ciberjusticia.* Atelier, Barcelona, 2022, pp. 91 y ss. 127 y ss.

[37] López, Juan Carlos: «El procesador cuántico fotónico Borealis ha alcanzado la supremacía cuántica. Y ha hecho morder el polvo a los demás», en: *Xataka*, 3 Junio 2022.

ticos resolverán problemas en un brevísimo tiempo, frente a los clásicos ordenadores modernos. Más allá de estos pasos de gigantes, en el mundo futuro de la justicia, se podrá especular y hacer muchas conjeturas, pero sí cabe afirmar axiomáticamente que la justicia, más pronto que lejos, apelará a la IA, para resolver las controversias de los seres humanos; aunque ello puede significar ocultas manipulaciones, todo dependerá del rumbo tecnológico que el propio humano le dé a este progreso de la Inteligencia Artificial y ello significará la *responsabilidad*, pues el uso de las tecnologías va a tener profundas consecuencias como el de sustituir al humano por la máquina[38].

6. El amparo digital

6.1. Una aproximación conceptual

Un primer aspecto es deslindar si cabe al proceso de amparo consignarle el adjetivo «digital», aunque otros podrían utilizarlo como «virtual». Si bien el término «digital» deriva de «*digitalis*», es el adjetivo que significa «del grosor de un dedo»; a su vez deriva de «*digitatus*»: provisto de dedos; «*digitus*»: dedo[39]. En consecuencia, la RAE le asigna, entre otras acepciones el término digital lo perteneciente o relativo a los dedos; pero también aluda a la acepción de aquello «que se realiza o transmite por medios digitales».

Hablamos del amparo digital como una *tipología* específica de los procesos constitucionales[40], con la especial característica que responde a los actuales tiempos; es decir es una manifestación concreta de los *procesos judiciales electrónicos* en la era de las revoluciones industriales contemporáneas que han desencadenado las actuales tecnologías digitales que suministra internet a nivel planetario. Es evidente que, para que existan estos procesos constitucionales digitales, se requiere de determinados presupuestos en los Estados contemporáneos. Así, la justicia digital exige que en cada país se implementen en los sistemas de justicia la instalación de complejos programas de conexión virtual a partir de sistemas de acceso a internet, y que, particularmente, la estructura de los órganos de justicia, *prima facie*, cuenten idóneamente con los sistemas de acceso a la justicia virtual, con sus programas respectivos. La era digital contemporánea, tiene en los procesos como el amparo digital, pros y contra que pasamos brevemente a resumir.

---

[38] De Asís, Rafael: *Derecho y tecnologías.* Dykinson, Madrid, 2022, pp. 79 y ss.)

[39] Segura Munguía, Santiago: *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas*. 4ta. Edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010, p. 219.

[40] En su momento, propusimos una tipología de amparo, *vid.* nuestro trabajo*: Tratado del proceso constitucional de amparo*, segunda edic, Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima 2014, pp. 393 y ss.

a) Aspectos positivos de los procesos constitucionales digitales

i) Permitirá afirmar una justicia rápida y eficaz en los justiciables, dado que la despapelización del proceso será virtual, y por tanto, el acervo documental se encuentra digitalizado y no materializado; con ello, la legislación procesal constitucional debe adecuar su clásica legislación: demanda y contestación electrónica, casilla electrónica, notificación de las resoluciones judiciales en sus correspondientes casillas de las partes en disputa; en fin, asistimos a un declive del ritualismo clásico y hoy enfrentamos nuevos retos que impone la justicia digital;

ii) El *principio de inmediación*, ya no requerirá que las partes y el juez se encuentren en físico, sino que el lente inquisidor de la justicia personalizado en el juez, será a través de una simple pantalla del ordenador, este rito procesal, tendrá por tanto que ser redimensionado en su reflexión de superar la presencialidad para afirmar la virtualidad del proceso; esto trae como característica que el material probatorio del acto lesivo de quien pide tutela del derecho fundamental afectado por la parte emplazada; o de ésta que replica y niega la existencia del acto lesivo del proceso de amparo, deberá ser en términos perentorios, recabado en el postulatorio de la demanda y el emplazado en la contestación de la misma; en otras palabras, el ofrecimiento de los medios probatorios, y la valoración todo será bajo el plasma de la pantalla virtual que deben suministrar las partes;

iii) Los abogados de las partes en conflicto en la justicia digital, en especial de los procesos de amparos, podrán ejercer el derecho de defensa, desde el lugar en que se encuentren; ya no se necesitará de la presencialidad en una audiencia tribunalicia de los jueces constitucionales; ni mucho menos en las instancias finales de las Altas Cortes constitucionales;

iv) Es probable que en la jurisdicción constitucional de la libertad, que comprende los procesos constitucionales clásicos como el amparo, el *habeas corpus*, el *habeas data* etc., deben contar en su estructura procesal con un régimen de *audiencia única virtual* —un paso progresivo de la audiencia presencial a la virtual no afecta en nada y sí se gana mucho— y allí los jueces pueden formular preguntas, desde el lugar en que se encuentren sin necesidad de que se reúnan colegiadamente en la sede del juzgado respectivo; esto es igual que los abogados patrocinantes de los procesos respectivos que harán sus informes desde cualquier lugar donde se encuentren;

v) Si bien puede emitirse fallos en la propia audiencia única, según las característica del amparo digital o del *habeas corpus* o *habeas data*; dado

que una mora en el proceso, puede convertir en irreparable la agresión, lo óptimo es que el juez constitucional, se tome un tiempo razonable en el estudio y luego emita en términos céleres el fallo estimatorio, salvo que el acto lesivo ha sido tan manifiesto que, cuando se realizó la contestación el presunto agresor no puede refutar ni contradecir lo postulado en la demanda; a contrario sensu, si se ha admitido un proceso de amparo, el juez aprecia que se trata de un acto absolutamente improcedente; o que no tiene ninguna relevancia constitucional a discutir, o que no está probado el acto lesivo que en la narrativa de la demanda se postula; sumado a que, cuando se contesta la demanda, se confirma la idea ya formada en el juez constitucional, lo propio en dicha audiencia única puede emitir el fallo desestimativo; aunque lo prudente y aconsejable es que, si va a ver una fallo restrictivo de los derechos fundamentales, la exigencia de una «*motivación cualificada*» le debe significar al juez, un tiempo razonable para que estructure su fallo y no que adolezca de las patologías de las *indebidas motivaciones*, que constituyen el pan del día de sendos procesos de amparo contra resoluciones judiciales a nivel comparado;

vi) En líneas generales, como balance de estos procesos digitales, la era de la conectividad de esta 4RI se nos presenta en forma dinámica de afirmar los principios procesales como la dirección judicial, la economía, inmediación, socialización y gratuidad de los procesos constitucionales de la libertad; se superará lo que aún existe en el *constructo* de muchos jueces en américa latina de imponer ciertas formalidad; la justicia digital, desde luego, empezará a derribar muchos lastres del procesalismo clásico, pero igual, debe obligar a los teóricos como a las autoridades a través de sus políticas públicas, a un *aggiornamento* de las jurisdicciones constitucionales, a fin de estar enganchadas con los tiempos que hoy impone la posmodernidad; lo que supone, asumir nuevos paradigmas en la mentalidad no sólo de los jueces constitucionales, sino de los abogados que deben marchar, no sólo con el conocimiento teórico del derecho sino con el tecnológico. Es de suponer que con las TIC se afirmará más expeditivamente el derecho de acceso a la justicia (tutela judicial efectiva), si bien en América Latina viene progresivamente desarrollándose frente a países como Estados Unidos y Europa. La justicia electrónica ya es parte de esta realidad, y debe irse consolidando[41].

[41] Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles: «Una visión latinoamericana de la justicia en la era digital & los medios electrónicos», en *Revista electrónica Amicus curiae*. Universidad Macional Autónoma de México, 2018, vol. 1, núm. 9, pp. 6-21.

vii) En lo posible, la legislación procesal constitucional comparada, debe empezar a reformar aspoectos vinculados

b) *Aspectos negativos de los procesos constitucionales digitales:*

i) *Los* riesgos *cibernéticos*: La aplicación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) si bien dinamizará la justicia constitucional que brindan estas plataformas virtuales, no está exenta de riesgos. Uno de ellos es la afectación a la ciberseguridad frente a los riesgos cibernéticos que pueden presentar diversos escenarios: a)alteración de la información cuando se realizan cambios en el contenido de una base de datos; b)ataques avanzados de amenazas persistentes y ataques a inyección de códigos; c) fallos en la seguridad de la información; d) fallos en los intercambios de información; d) hackeo de las sesiones de videoconferencias para el sabotaje; e) *phishing*: utilizar la ingeniería social para solicitar información personal de los usuarios; f) *Ransomware* infecta al *software* y bloquea el acceso de una entidad a sus datos, entre otros aspectos[42].

ii) *La sociedad de la transparencia* puede igualmente afectar procesos constitucionales de la libertad, como los *habeas data* o procesos de amparo, cuando están vinculados a la intimidad personal y familiar, lo propio a la *información sensible*, dado que los expedientes judiciales electrónicos, van a estar «colgados» en las plataformas de los sistemas de justicia, con el acceso al proceso de terceros;

iii) En la misma línea ya señalada, se presentan conflictos entre derechos fundamentales, como el derecho de acceso a la información de las reparticiones públicas, donde puede calificarse como tal a los procesos judiciales; y el derecho a la reserva de la información judicial vinculado, como ya se tiene dicho a la intimidad y a la información sensible;

iv) El derecho de defensa que tienen las partes, no sólo comprende los escritos judiciales, o el derecho al informe oral a nivel tribunalicio; sino que los actuales sistemas aun no funcionan idóneamente una «ventanilla virtual» para que los abogados puedan realizar entrevistas a los que deciden la justicia; y esto no debe significar que resulta nociva esta práctica; muy por el contrario, las entrevistas quedan registradas y grabadas;

v) Uno de los problemas que aún no está del todo definido, es el relacionado a las pruebas vinculadas a demostrar un acto lesivo, presupuesto

[42] Rodríguez-Márquez, Maribel Patricia: «Ciberseguridad en la justicia digital: recomendaciones para el caso colombiano», en *Revista IUS Ingenierías*, vol. 20, num. 3, 2021, pp. 19-46.

sustantivo y procesal para la procedencia estimatoria de un proceso de amparo, sea clásico o ahora digital; por ahora pervive un sistema probatorio «físico» y «documental»; y si bien ya se viene hablando de un sistema probatorio digital, la justicia sea ordinaria o constitucional aun exigen las pruebas tangibles como con las pruebas físicas; pero ya empieza a vislumbrarse un replanteamiento hermenéutico en torno a la prueba digital, las que deben contar con ciertos presupuestos: *integralidad de la información*, lo que significa que la información que se transfiere debe llegar al receptor en forma íntegra y no mutilada; *inalterabilidad*, que el documento probatorio no sea transformado; *rastreabilidad* que la base de datos permita ir a la fuente de su producción original; *recuperabilidad*, que permita acceder a posteriores consultas; *conservación* que significa que la prueba perdure en el tiempo[43].

vi) La justicia digital no se encuentra exenta de estar «conectada» y hasta «hiperconectados»[44] con las redes sociales, y este poder social puede afectar grandes decisiones jurisdiccionales; pues así como actualmente la prensa influye en el sistema de justicia, la era digital igualmente va a estar influenciada ya no tanto por la prensa clásica, sino por las redes sociales[45]; donde predomina como parte de la *maldad líquida*[46] de nuestro tiempo, el *Bullygin cibernético;* o las falsas noticias[47] esto probablemente formará parte de la *sociedad del riesgo* que reflexionaba Ulrich Beck[48] y que tendrá impacto en el campo de la impartición de justicia. Adicional a ello, ya se habla desde la reflexión filosófica que estos tiempos de competitividad está generando una sociedad cansada y deprimida[49]; y otros que el estrés competitivo, en la economía virtual está generando una fábrica de infelicidad a través del trabajo digital[50]; a ello se suma que en estos tiempos hipermodernos, la Inteligencia Artificial

[43] Solís Ordoñez H., Velásquez Grisales J. & García Vargas M: «Los medios de prueba digitales». Working Paper FSCC, volumen I Bogotá, 2020

[44] Christakis, Nicholas A. y Fowler, James H.: *Conectados. El sorprendente poder de las redes sociales y como nos afectan.* Taurus, Madrid 2010, pp. 263 y ss.

[45] Abajo Suárez, María y Hernández, Santiago: *Domina las redes sociales*, Prólogo de Juan Merodio, Ediciones CEG, Madrid, 2021.

[46] Bauman, Zigmunt y Donskis, Leonidas: *Maldad líquida*, Paidós, Barcelona, 2019.

[47] Alandete, David: *Fake News*: *La nueva arma de destrucción masiva.* Editorial Planeta, Barcelona 2019

[48] Beck, Ulrich: La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Taurus, Barcelona 2002

[49] Han, Byung-Chul: *La sociedad del cansancio.* Traducción de Arantzazu Saratxaga Arregi, Barcelona, Herder 2012, pp. 71 y ss.

[50] Berardi Bifo, Franco: *La fábrica de la infelicidad. Nuevas formas de trabajo y movimiento global.* Traducción y notas: Manuel Aguilar Hendrickson y Patricia Amigot Leaxtxe, Traficantes de Sueños edit., Madrid, 2015, pp. 12 y ss. y 64 y ss.

previsiblemente genera grandes estructuras de desempleo; por lo que entre las sumas y restas, los escenarios no son del todo pacíficos ni halagüeños. Con todo, es de apostar siempre por el camino de la humanidad, hacia retos que hoy presentan los procesos judiciales en esta era virtual, y en especial, un proceso excepcional de tutela de los derechos fundamentales como es y será el amparo digital.

Madrid, 9 de marzo de 2022

LA EFECTIVIDAD DEL JUICIO DE AMPARO PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

María Elisa Franco Martín del Campo
Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

I. Introducción

Este estudio fue presentado en la mesa «Amparo Constitucional» que se desarrolló en el marco del *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, con el eje temático «La garantía jurisdiccional de la Constitución. A 100 años del TC de Austria y 40 del TC de España»*. Este espacio académico representó una maravillosa oportunidad de diálogo, y también de mucho aprendizaje, en torno al Derecho Constitucional, especialmente sobre el amparo, que es mi línea principal de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ).

El tener la oportunidad de presentar algunos resultados de la investigación que llevo a cabo sobre la efectividad del juicio de amparo en México y entablar un diálogo con juristas que se han dedicado a su estudio y aplicación, fue muy provechoso para enriquecer y fortalecer mi trabajo. Agradezco profundamente a las instituciones convocantes del Encuentro: la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el Centro de Estudios Político y Constitucionales, el IIJ, mi casa académica, y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Así como a todas y todos los colegas que participaron, el diálogo fue inspirador y fructífero. De manera especial quiero agradecer al Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot por su generosidad en este espacio académico y de quien siempre aprendo; así como al Dr. Pedro Salazar Ugarte por la invitación para presentar resultados de la investigación que realizo sobre el juicio de amparo.

La ponencia que presenté tuvo como eje articulador la siguiente pregunta: ¿el amparo en México es efectivo para la garantía de los derechos humanos? El análi-

sis fue realizado desde el estándar de efectividad de la protección judicial desarrollado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Para responder a la pregunta propuesta es indispensable referir a los principales criterios del Comité de Derechos Humanos (CCPR) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o Corte IDH) sobre el estándar de efectividad de la protección judicial. En la ponencia retomé la sistematización sobre este estándar que desarrollé en estudios previos.

A partir del marco que otorga el DIDH respecto a lo que debe entenderse por efectividad en la protección judicial, he construido una serie de indicadores de estructura, proceso y resultado siguiendo la metodología de indicadores en materia de derechos humanos propuesta por la Oficina de la Alta Comisionada de los Derechos Humano de Naciones Unidas (OACNUDH);[1] para responder desde el análisis estadístico si el juicio de amparo es un mecanismo efectivo para la garantía de los derechos humanos.

Los indicadores presentados en la ponencia y que son retomados en este estudio fueron trabajados en mi investigación de Doctorado sobre *La efectividad del amparo en México*[2] (con límite temporal de análisis del 2014 al 2016) y actualizados al año 2020 con el trabajo que realizo en el IIJ en las líneas de investigación *Estudios Empíricos del Derecho*[3] y *Estructuras Judiciales*.[4]

El análisis de la efectividad del juicio de amparo presentado en este estudio se divide de acuerdo con la tipología propuesta por Héctor Fix-Zamudio a partir de las formas de procedimiento, en amparo indirecto (dos instancias) y amparo directo (una instancia).[5]

---

[1] Nota metodológica: los indicadores de estructura utilizados son el número promedio de Juzgados de Distrito (para amparo indirecto) y de Tribunales Colegiados (para amparo directo) en cada circuito; los indicadores de proceso son el número de ingresos de amparo, la existencia inicial de amparos y la carga de trabajo; los indicadores de resultado son el número de amparos que son resueltos mediante auto inicial del titular o presidente del órgano jurisdiccional, el número de sentencias de amparo y la existencia final de amparo. En el número de sentencias de amparo se analizan tres indicadores: 1) número de sentencias que amparan, 2) número de sentencias que niegan el amparo, y 3) número de sentencias que sobreseen.

[2] Franco Martín del Campo, María Elisa, *La efectividad del amparo en México,* 2019, localizable en http://oreon.dgbiblio.unam.mx

[3] Se invita a las personas lectoras a conocer el trabajo que realizamos las y los integrantes de la línea de investigación Estudios Empíricos del Derecho https://eed.juridicas.unam.mx

[4] Se invita a las personas lectoras a conocer el trabajo que realizamos las y los integrantes de la línea de investigación Estructuras Judiciales https://estructurasjudiciales.juridicas.unam.mx/

[5] Fix-Zamudio, H., «El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos» en *Garantías jurisdiccionales de los derechos humanos en Iberoamérica,* UNAM, México, 1992, p. 263.

II. El estándar de efectividad[6]

De acuerdo con el DIDH la protección judicial debe cumplir con determinadas características, dentro de las que destaca la efectividad. Esta, como elemento que debe caracterizar a la protección judicial se encuentra reconocida en diversos instrumentos internacionales, tanto del Sistema Universal de Derechos Humanos como de los sistemas regionales.

En este sentido, en el Sistema Universal encontramos que la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), instrumento internacional especialmente importante para el reconocimiento de los derechos humanos y que actualmente se considera costumbre internacional, establece en su artículo 8 que «[t]oda persona tiene derecho a un *recurso efectivo*, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley» (cursivas añadidas).

Asimismo, en los siguientes tratados internacionales del Sistema Universal se establece que la protección judicial debe ser efectiva: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),[7] Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,[8] Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas[9] y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.[10]

Por lo que respecta a los sistemas regionales de derechos humanos, en tratados internacionales de los sistemas interamericano y europeo encontramos expresa-

---

[6] Este apartado fue publicado previamente en Franco Martín del Campo, M. E., «La efectividad del amparo directo como garantía de derechos humanos» en: Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. y Rentería Barragán, L., (coords.), *El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2021, pp. 514-520.

[7] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2.3 a) reconoce que «[to]da persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un *recurso efectivo* (…)» (cursivas añadidas).

[8] El artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece la obligación para todos los Estados Parte de garantizar a todas las personas «protección y *recursos efectivos,* ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial (…)» (cursivas añadidas).

[9] La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas reconoce en su artículo 20.2 «(…) el derecho a un *recurso judicial rápido y efectivo* (…)» (cursivas añadidas).

[10] El artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece lo siguiente «(…) asegurar que las personas con discapacidad tengan *acceso efectivo a la justicia*, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia (…)» cursivas añadidas).

mente el reconocimiento de que la protección judicial debe ser efectiva.[11] A continuación profundizaremos sobre el reconocimiento de la protección judicial efectiva en el Sistema Interamericano por ser el que le corresponde a México.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce en su artículo 25.1 que «[t]oda 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 (…)» (cursivas añadidas). En otros tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos también se reconoce que la protección judicial debe ser efectiva, como en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[12] y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.[13]

De esta manera, en el DIDH encontramos un amplio marco de instrumentos internacionales que reconocen como característica de la protección judicial la efectividad, por lo que no cabe duda que los Estados deben garantizar a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción una protección judicial efectiva. Sin embargo, ¿qué debemos entender por efectividad? Los instrumentos internacionales señalados en los párrafos anteriores no otorgan los elementos suficientes para responder a esta pregunta, por lo que resulta indispensable señalar lo que los órganos creados para su interpretación y aplicación han desarrollado sobre el tema. Para efectos de nuestro análisis acudiremos al CCPR en lo que respecta al Sistema Universal, y a la jurisprudencia de la Corte IDH, para el caso del Sistema Interamericano.

El CCPR ha analizado el alcance del derecho a un recurso efectivo reconocido en el artículo 2.3 del PIDCP. Respecto a la efectividad ha señalado que implica para los Estados Parte garantizar que «una autoridad judicial, administrativa o legislativa competente determine el derecho a tal recurso, garantía que no tendría valor alguno si no estuviera disponible en los casos en que aún no se haya demostrado la violación».[14] En este estándar encontramos un primer elemento para es-

[11] El contenido del artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos es el siguiente: «[t]oda 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» (cursivas añadidas).

[12] El artículo X de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas señala que «(…) el derecho a procedimientos o *recursos judiciales* rápidos *eficaces* se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva» (cursivas añadidas).

[13] El artículo 3 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores señala como principio general aplicable a la Convención la protección judicial efectiva.

[14] Comité de Derechos Humanos, *Diego Sastre Rodríguez y Juan Diego Sastre Sánchez vs. España*, 22 de mayo de 2007, párr. 6.6.

tablecer en que consiste la característica de efectividad e implica como punto de partida que la autoridad competente conozca del recurso interpuesto. Lo anterior conlleva, por lo menos la realización de los siguientes tres supuestos: *i)* que los recursos judiciales se encuentren disponibles, *ii)* que las personas que consideran que han sido víctimas de una violación a sus derechos humanos puedan interponerlos, y *iii)* que la autoridad competente determine lo conducente.

Además, respecto a la efectividad de los recursos judiciales el Comité también ha establecido que «la efectividad de un recurso también depende del carácter de la supuesta violación. En otras palabras, si el supuesto delito es especialmente grave, como en el caso de violaciones de derechos humanos básicos, en especial del derecho a la vida, los recursos de índole puramente administrativa y disciplinaria no pueden considerarse adecuados y efectivos».[15] Por lo tanto, para que un recurso judicial sea efectivo debe permitir que en la práctica se garantice el derecho humano que pretende tutelar.

Un importante estándar desarrollado por el CCPR respecto a la efectividad de la protección judicial es que la obligación de garantizar un recurso efectivo «implica que debe ofrecer una reparación integral a las personas cuyos derechos reconocidos en el Pacto hayan sido violados».[16] De esta manera, la efectividad de la protección judicial conlleva la reparación integral de las violaciones a derechos humanos, es decir, si se limitara a declarar la existencia o no de violaciones a derechos humanos, sin repararlas integralmente en el primero de los casos, nos encontraríamos frente a una protección judicial que no es efectiva en términos del Sistema Universal de Derechos Humanos.

Otro estándar relevante sobre la efectividad de la protección judicial desarrollado por el Comité es que no puede exigirse razonablemente a un Estado Parte que conozca del fondo de todos los procedimientos, ya que estos pueden carecer claramente de fundamento,[17] es decir, las causales de inadmisibilidad de los recursos judiciales no son *per se* contrarias al artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De este modo, en el Sistema Universal encontramos criterios que permiten entender el estándar de efectividad de la protección judicial. A partir de los desarrollos del CCPR podemos señalar que si un recurso judicial cumple, por lo me-

---

[15] Comité de Derechos Humanos, *Vicente y otros vs. Colombia*, 19 de agosto de 1997, párr. 5.2.

[16] Comité de Derechos Humanos, *Bakar Japalali y Carmen Baloyo-Japalali vs. Filipinas*, 30 de mayo de 2019, párr. 9; Comité de Derechos Humanos, *Fulmati Nyaya vs. Nepal*, 11 de junio de 2019, párr. 9.

[17] *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, *Kazantzis vs. Chipre*, 7 de agosto de 2003, párr. 6.6; Comité de Derechos Humanos, *Tim Anderson vs. Australia*, 15 de noviembre de 2006, párr. 7.6; Comité de Derechos Humanos, *Diego Sastre Rodríguez y Juan Diego Sastre Sánchez vs. España*, 22 de mayo de 2007, párr. 6.6.

nos, con los siguientes elementos puede ser calificado como efectivo: a) que la autoridad competente conozca del recurso interpuesto, b) que en la práctica pueda garantizar el derecho humano que pretende tutelar, y c) que ofrezca una reparación integral.

En el Sistema Interamericano encontramos un amplio desarrollo sobre el estándar de efectividad de la protección judicial. No es el objeto de este apartado brindar un relato profundo y pormenorizado de dicho desarrollo,[18] sino establecer elementos suficientes que permitan fijar que se entiende por protección judicial efectiva en la jurisprudencia interamericana.

A partir de un análisis acucioso del desarrollo de la jurisprudencia interamericana sobre efectividad de la protección judicial consideramos que es posible sintetizar el alcance y contenido del estándar de efectividad en tres componentes: eficacia, accesibilidad y conformidad con las reglas del debido proceso.[19]

La Corte IDH ha señalado desde su primera sentencia de fondo que los Estados Parte de la Convención Americana no cumplen con las obligaciones derivadas del artículo 25 con la mera existencia de recursos judiciales, sino que estos deben ser efectivos;[20] y ha entendido por recurso efectivo el que es «capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido»,[21] por lo tanto un recurso judicial es efectivo si en la práctica puede cumplir con el propósito para el que fue creado, es decir, si es eficaz.

Asimismo, la Corte ha precisado que la efectividad de la protección judicial implica, además de ser capaz de producir el resultado para el que fue concebido, que una autoridad competente conozca del procedimiento y después de analizarlo determine si se violaron o no derechos humanos, y en caso de existir violaciones a derechos humanos ser capaz de proporcionar una reparación integral.[22]

---

[18] Para estos efectos se sugiere consultar Garro Vargas, A., *El derecho a la protección judicial. Análisis jurisprudencial del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* Tirant lo Blanch e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 2016 e Ibáñez, J., «Artículo 25. Protección Judicial» en Steiner, C. y Uribe, P. (ed.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Bolivia, 2014.

[19] Esta propuesta de síntesis del estándar de efectividad en tres componentes la realizamos en nuestra investigación de Doctorado, se sugiere consultar el capítulo 2 de Franco Martín del Campo, María Elisa, *La efectividad del amparo en México,* 2019, localizable en http://oreon.dgbiblio.unam.mx

[20] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. *Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 63.

[21] *Ibidem*, párr. 66.

[22] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 177; Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 118; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. *Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 261.

Dado lo anterior, es posible señalar que en la jurisprudencia interamericana se entiende por protección judicial efectiva aquella que es eficaz, es decir, la que cumple con los tres elementos señalados en el párrafo anterior y que se explican a continuación:

1. Sirve para cumplir con su objetivo, es decir, permite garantizar uno o diversos derechos humanos.
2. La autoridad judicial competente conoce del procedimiento y después de analizarlo, determina si en el caso concreto hay o no violaciones a derechos humanos. En este sentido, es importante señalar que el estándar de efectividad no alude a que deba concluirse la existencia de violaciones a derechos humanos, es decir, la efectividad no depende de que se le conceda la razón o no a la persona que interpuso el procedimiento, sino a que la autoridad judicial competente determine si existe o no la violación a derechos humanos; en otras palabras, a que conozca del fondo del asunto y se pronuncie sobre este.
3. Si la conclusión a la que llega la autoridad judicial competente después del análisis correspondiente es que en efecto existieron violaciones a derechos humanos, el recurso judicial debe ser capaz de proporcionar una reparación integral.

Además de establecer lo que se entiende por eficacia en los recursos judiciales, la Corte IDH ha señalado supuestos claros en los que se calificará a un recurso judicial como ineficaz, por ejemplo, si en la práctica el recurso judicial enfrenta formalismos que lo hacen inaplicable,[23] si no hay un examen sobre su validez por parte de la autoridad judicial competente,[24] o bien, si el recurso judicial tarda tanto en resolverse que hace imposible amparar a la persona frente a la violación a derechos humanos que reclama.[25]

Los párrafos anteriores permiten entender el contenido y alcance que la Corte IDH ha dado al componente de eficacia como parte del estándar de efectividad de la protección judicial. Sin embargo, la protección judicial para ser efectiva, no solamente debe ser eficaz; también debe ser accesible y cumplir con las reglas del debido proceso. Por ello, abordaremos los principales elementos que la jurisprudencia interamericana ha desarrollado respecto a la accesibilidad y a las reglas del debido proceso.

La accesibilidad se refiere a que las personas que consideran que alguno o algunos de sus derechos humanos han sido violentados puedan interponer un recur-

[23] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo, cit.,* párr. 66, 68 y 80.

[24] *Idem*.

[25] *Cfr.* Corte IDH. *Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 245.

so judicial que les permita garantizarlos.[26] A partir del estándar anterior, los Estados parte de la Convención Americana están obligados a proporcionar recursos judiciales que sean accesibles a todas las personas para la garantía de sus derechos humanos, esta obligación implica necesariamente garantizar que «toda persona que sea titular de dicho derecho debe tener la posibilidad real de interponerlo»,[27] por lo que no sería válido limitar u obstaculizar a un determinado grupo de personas el acceso al recurso judicial. De esta manera, de acuerdo con la jurisprudencia interamericana si un recurso judicial no es accesible no será efectivo en términos del artículo 25 de la CADH.

Las normas, medidas o prácticas que impiden o hacen más difícil para las personas interponer un recurso judicial para la garantía de sus derechos humanos representan una violación al acceso a la justicia,[28] ya que son contrarias al estándar de accesibilidad, y por lo tanto provocan que el recurso judicial del que se trate no sea efectivo. En este sentido, no debe confundirse con los criterios y presupuestos de admisibilidad de los recursos judiciales que sean necesarios y razonables para la correcta y funcional administración de la justicia, la seguridad jurídica y la efectiva protección de los derechos de las personas.[29]

El estándar de accesibilidad le ha permitido a la Corte IDH analizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, ya que en la práctica existen barreras que dificultan a las personas interponer recursos judiciales para la garantía de sus derechos humanos. Ejemplos de estas barreras u obstáculos son la pobreza, el género,[30] la edad,[31] la condi-

---

[26] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 93; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 184; Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. párr. 137.

[27] *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, *cit.*, párr. 106.

[28] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 52.

[29] *Cfr*. 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 No. 158, párr 126.

[30] Para conocer estándares desarrollados por la Corte Interamericana sobre acceso a la justicia para las mujeres se sugiere consultar, *inter alia,* Corte IDH, *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

[31] Para conocer estándares desarrollados por la Corte Interamericana sobre acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes se sugiere consultar, *inter alia,* Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02* de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17; Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

ción de migrante[32] o pertenecer a una comunidad indígena.[33] La Corte IDH ha señalado que «el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real (…) La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias».[34] En consecuencia, para que la protección judicial sea efectiva debe incorporar enfoques diferenciados de análisis que permitan garantizar plenamente tanto el derecho de acceso a la justicia como el de igualdad y no discriminación.

El tercer componente del estándar de efectividad de la protección judicial es que sea conforme con las reglas del debido proceso. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que «[p]ara que se preserve el derecho a un recurso efectivo, en los términos del artículo 25 de la Convención, es indispensable que dicho recurso se tramite conforme a las reglas del debido proceso».[35] En la jurisprudencia interamericana encontramos un profuso desarrollo sobre las reglas del debido proceso, que no es nuestro objetivo abordar en estas líneas;[36] sin embargo, señalaremos que las reglas del debido proceso que la Corte Interamericana ha vinculado directamente con la efectividad del recurso judicial son las siguientes: *i)* juez/a o tribunal competente, independiente e imparcial; *ii)* acceso a asistencia jurídica; *iii)* derecho de audiencia, y *iv)* plazo razonable.

Los estándares desarrollados por el CCPR y por la Corte IDH señalados en este apartado permiten tener claridad sobre lo que implica la efectividad de la protección judicial desde el DIDH.

Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277; Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281.

[32] Para conocer estándares desarrollados por la Corte Interamericana sobre acceso a la justicia para personas migrantes se sugiere consultar, *inter alia,* Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218; Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

[33] Para conocer estándares desarrollados por la Corte Interamericana sobre acceso a la justicia para personas indígenas se sugiere consultar*, inter alia,* Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros, cit.*; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, cit.*

[34] *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, cit.*, párr. 121.

[35] Corte IDH. *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, párr. 148

[36] Para un análisis profundo y claro sobre el tema se sugiere consultar García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012.

III. Amparo indirecto

El amparo indirecto es el mecanismo jurisdiccional que tenemos en México para la garantía de los derechos humanos frente a normas generales, actos u omisiones de autoridad. A continuación, se presentan los principales hallazgos estadísticos respecto a su efectividad como garantía de los derechos humanos.

Indicador de estructura

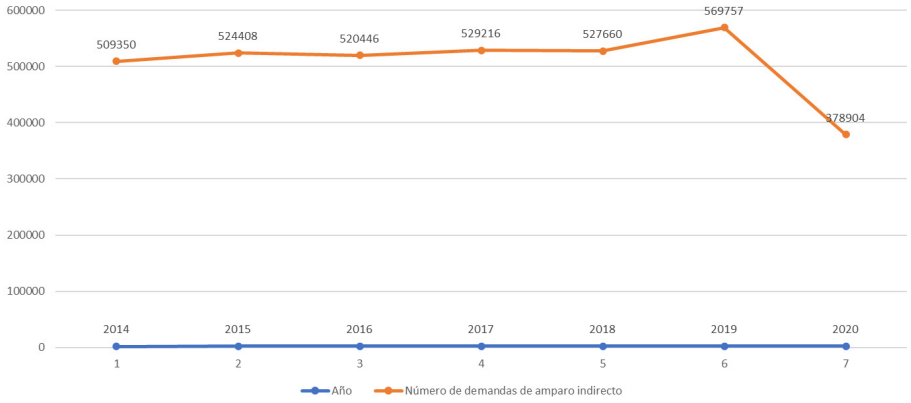
De 2014 a 2020, el número promedio de Juzgados de Distrito muestra un equilibrio respecto a la estructura y la carga de trabajo comparando las condiciones de los circuitos judiciales. Por ejemplo, *prima facie* podría parecer que el primer circuito (Ciudad de México) tiene una mayor saturación de demandas de amparo indirecto al concentrar el 17.86% de la carga de trabajo del país y que se encontraría en condiciones distintas al trigésimo primer circuito (Campeche) que es el que menos carga de trabajo tiene con un 0.66%; sin embargo, cuando analizamos que el primer circuito tiene el 18.70% de los Juzgados de Distrito frente al 0.51% del trigésimo primero podemos concluir que realmente no se encuentran en condiciones de estructura distintas para responder a su carga de trabajo en materia de amparo indirecto.

La estadística anterior no permite concluir que la carga de trabajo sea la adecuada en cada circuito judicial, lo que sí permite determinar es que existe un equilibrio entre carga de trabajo en materia de amparo indirecto y el número de Juzgados de Distrito para atenderla en el país, es decir, el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) ha logrado equilibrar la carga de trabajo con la estructura en los circuitos judiciales.

Indicadores de proceso

Del año 2014 al 2020, fueron presentadas en México 3,559,741 demandas de amparo indirecto.

En la gráfica se puede observar una clara disminución en la presentación de demandas de amparo indirecto en el año 2020, mientras que de 2014 a 2019 la tendencia fue el aumento en los ingresos. El año 2020 fue un año marcado por la pandemia por COVID 19, por lo que resulta necesario investigar sobre los efectos de la pandemia para el acceso a la justicia en materia de derechos humanos, especialmente en el amparo.

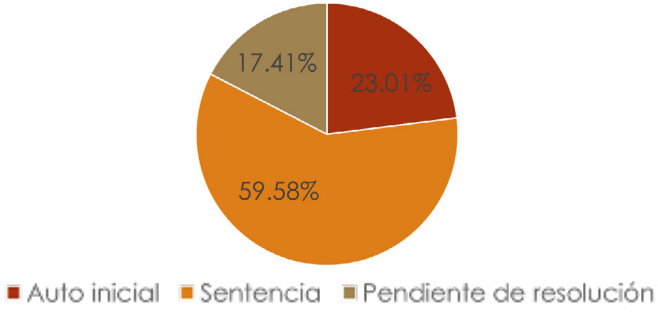


Gráfica 1. Número de ingresos de amparo indirecto 2014 a 2020.

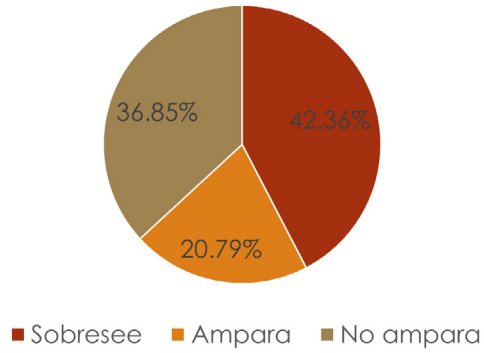
Respecto a la existencia inicial de amparos, para los años 2014 a 2020, los Juzgados de Distrito tenían 686,353 amparos pendientes de resolver. Así, al sumar los ingresos y la existencia inicial es posible conocer la carga de trabajo para estos años: 4,246,094 amparos.

Indicadores de resultado

Ahora, frente a esta carga de trabajo ¿qué es lo que pasa en los Juzgados de Distrito? Existe un 23.01% de probabilidades de que se resuelva mediante auto inicial, es decir, que no se conozca el fondo; existe un 17.41% de probabilidades de que quede pendiente de resolución en el Juzgado de Distrito, es decir, tampoco se conocería el fondo, por lo menos durante ese año. Finalmente, se tiene un 59.58% de probabilidades de que se dicte una sentencia, del cual en el 57.64% se conocerá del fondo, y en el 20.79% se amparará a la persona quejosa.



Gráfica 2. Amparos indirectos 2014 a 2020.



Gráfica 3. Sentido de las sentencias de amparo indirecto de 2016 a 2020.

De esta manera, a partir de la carga de trabajo en materia de amparo indirecto, las sentencias que fueron dictadas y el número de sentencias que cumplieron con el contenido del estándar de eficacia de generar que un órgano jurisdiccional conociera del fondo y determinara la existencia o no de violaciones a derechos humanos, el porcentaje de eficacia es del 30%.

IV. Amparo directo

El amparo directo es el «calificado como «amparo judicial», pero con mejor técnica como *amparo casación*, ya que resulta equivalente a un recurso de casación de carácter nacional».[37] A continuación, se presentan los principales hallazgos estadísticos respecto a su efectividad como garantía de los derechos humanos.

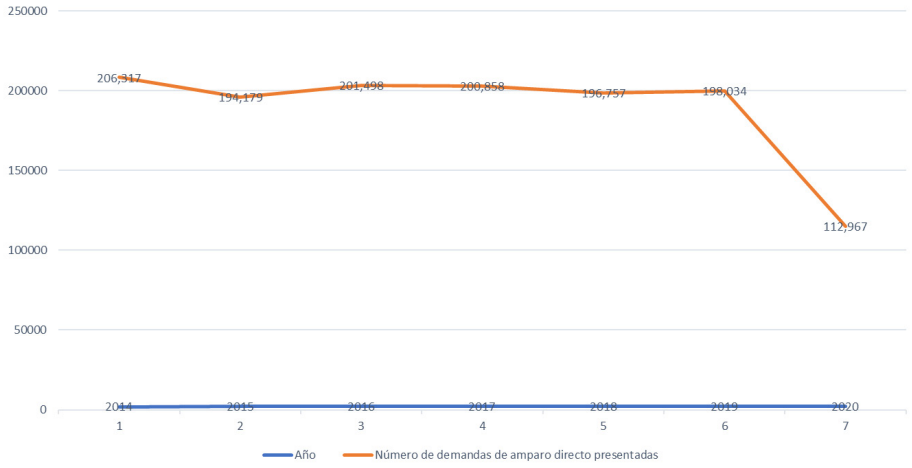
Indicador de estructura

De 2014 a 2020, el número promedio de Tribunales Colegiados fue de 232, de los cuales el 27.15% se encontró en el primer circuito (Ciudad de México), la carga de trabajo para este circuito en materia de amparo fue del 30.41%; en el tercer circuito (Jalisco) se encontró el 7.32% de los Tribunales Colegiados y el 6.89% de la carga de trabajo; el segundo circuito (Estado de México) contó con el 6.89% de los Tribunales Colegiados y con el 6.13% de la carga de trabajo. Por lo que, es posible advertir que existe un equilibrio entre el número de Tribunales y la carga de trabajo en materia de amparo directo en los circuitos judiciales, lo que no permite concluir si la carga de trabajo es adecuada, pero sí que el CJF ha logrado que en las entidades federativas exista un equilibrio entre el indicador de estructura y la carga de trabajo.

[37] Fix-Zamudio, H., «El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos» en *Garantías jurisdiccionales de los derechos humanos en Iberoamérica,* UNAM, México, 1992, p. 264.

Indicadores de proceso

Del año 2014 al 2020, fueron presentadas en México 1,310,610 demandas de amparo directo.



Gráfica 4. Número de ingresos de amparo directo 2014 a 2020.

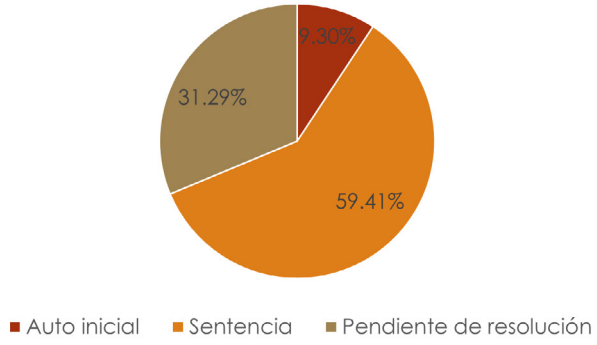
Como es posible observar en la gráfica, durante el 2020 (igual que como ocurrió en materia de amparo indirecto) se presentaron menos demandas de amparo directo, específicamente un 43% menos que los amparos directos presentados en 2019. Resulta apremiante identificar los impactos que estas estadísticas significan en términos de acceso a la justicia en México, particularmente en un contexto marcado por la pandemia de COVID 19 que significó un desafío enorme en muchos ámbitos, particularmente para los derechos humanos.

Respecto a la existencia inicial de amparos, para los años 2014 a 2020, los Tribunales Colegiados tenían 563,007 amparos directos pendientes de resolver. De esta manera, la carga de trabajo para estos años fue de 1,873,617 amparos.

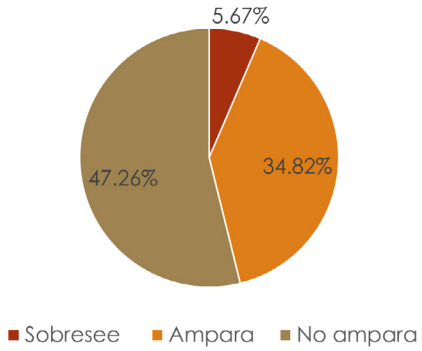
Indicadores de resultado

Ahora es momento de responder ¿qué pasa con una demanda de amparo directo? Existe un 9.3% de probabilidades de que se resuelva mediante auto inicial, es decir, que no se conozca el fondo; existe un 31.29% de probabilidades de que quede pendiente de resolución en el Tribunal Colegiado, es decir, tampoco se

conocería el fondo, por lo menos durante ese año. Finalmente, se tiene un 59.41% de probabilidades de que se dicte una sentencia, del cual en el 94% se conocerá del fondo, y en el 34.82% se amparará a la persona quejosa.



Gráfica 5. Amparos directos 2014 a 2020.



Gráfica 6. Sentido sentencias de amparo directo 2016 a 2020.

A partir de la carga de trabajo en materia de amparo directo, las sentencias que fueron dictadas y el número de sentencias que cumplieron con el contenido del estándar de eficacia de generar que un órgano jurisdiccional conociera del fondo y determinara la existencia o no de violaciones a derechos humanos, el porcentaje de eficacia es del 55.84%. En un 20.68% del total de la carga de trabajo en materia de amparo directo se amparó a la persona quejosa.

V. Conclusiones

El amparo en México representa la garantía más importante para los derechos humanos y es en palabras de *Héctor Fix-Zamudio «la máxima institución procesal»*,

por lo tanto, es indispensable conocer lo que pasa en los Juzgados y Tribunales en materia de amparo. Desde la sociología jurídica es posible generar insumos para conocer al juicio de amparo en la práctica y de esta manera abonar elementos sólidos para el análisis y reflexión que permita identificar y superar los desafíos que tiene el amparo mexicano para garantizar derechos humanos.

El aporte de la investigación que realizo en el IIJ en materia de amparo es generar análisis estadístico a través de indicadores que permitan medir la efectividad del juicio de amparo desde el DIDH; y de esta manera, estar en posibilidad de identificar con datos duros sus desafíos para garantizar los derechos humanos de las personas que solicitan el amparo y protección de la justicia federal. En este sentido, los indicadores muestran un tema preocupante en materia de amparo indirecto: el sobreseimiento.

Cerraré estas breves conclusiones señalando que resulta indispensable investigar y reflexionar sobre los efectos que la pandemia por COVID 19 ha tenido en el acceso a la justicia, especialmente para el amparo mexicano, y de esta manera para la garantía efectiva de los derechos humanos en un contexto especialmente desafiante.

VI. Referencias

Doctrina

Ferrer Mac-Gregor, E. y Sánchez Gil, R., *El nuevo juicio de amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la nueva Ley de Amparo,* UNAM, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014.

Fix-Zamudio, H., *El juicio de amparo,* Porrúa, México, 1964.

——, «El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos» en *Garantías jurisdiccionales de los derechos humanos en Iberoamérica,* UNAM, México, 1992.

——, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo,* Porrúa, México, 2003.

Franco Martín del Campo, M. E., *La efectividad del amparo en México,* 2019, localizable en http://oreon.dgbiblio.unam.mx

——, «La efectividad del amparo directo como garantía de derechos humanos» en: Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. y Rentería Barragán, L., (coords.), *El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2021, pp. 514-530.

García Ramírez, S., *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, Porrúa, México, 2012.

——, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

Garro Vargas, A., *El derecho a la protección judicial. Análisis jurisprudencial del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* Tirant lo Blanch e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México,2016.

Ibáñez, J., «Artículo 25. Protección Judicial» en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Bolivia, 2014.

Sistema Universal

Instrumentos Internacionales

Declaración Universal de Derechos Humanos

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Comité de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, *Vicente y otros vs. Colombia*, 19 de agosto de 1997.

Comité de Derechos Humanos, *Kazantzis vs. Chipre*, 7 de agosto de 2003.

Comité de Derechos Humanos, *Tim Anderson vs. Australia*, 15 de noviembre de 2006.

Comité de Derechos Humanos, *Diego Sastre Rodríguez y Juan Diego Sastre Sánchez vs. España*, 22 de mayo de 2007.

Comité de Derechos Humanos, *Bakar Japalali y Carmen Baloyo-Japalali vs. Filipinas*, 30 de mayo de 2019.

Comité de Derechos Humanos, *Fulmati Nyaya vs. Nepal*, 11 de junio de 2019.

Sistema Europeo

Tratados Internacionales

Convenio Europeo de Derechos.

Sistema Interamericano

Tratados Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02* de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. *Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4.
Corte IDH. *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.
Corte IDH. *Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.
Corte IDH. *Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
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 No. 158.
Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

Corte IDH, *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. *Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.

Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281.

EL AMPARO DIRECTO Y LOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS*

Luis Fernando Rentería Barragán
*Presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Sonora***

I. Amparo directo y federalismo judicial

La cuestión del amparo directo es un tema tradicional en el debate jurídico nacional. Desde el siglo xix, toda discusión sobre el federalismo judicial gravita en torno a esta institución. El amparo directo es una de las funciones más importantes de la jurisdicción federal,[1] y se refiere a la posibilidad de impugnar, a través de un procedimiento de una sola instancia, cualquier resolución judicial del país, sea del fuero local o federal, de cualquier materia, por indebida aplicación de disposiciones legislativas ordinarias. A esta modalidad del amparo mexicano también se le ha denominado «amparo casación»,[2] pues su naturaleza procesal es la de un recurso de

* Este trabajo es parte de una investigación auspiciada por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

** Doctor en Derechos Humanos por la Universidad de Palermo, Italia. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-CONACYT).

[1] *Cfr.* Consejo de la Judicatura Federal, *Prospectiva básica: cédula nacional,* México, 2011; y *Movimiento estadístico de amparo directo en los tribunales colegiados de circuito*, México, 2017.

[2] «La equivalencia entre el amparo y la casación otorga a nuestro juico constitucional, bajo uno de sus importantes aspectos, el carácter de recurso extraordinario de legalidad contra sentencias definitivas del orden civil o penal o contra laudos dictados por las Justas de Conciliación y Arbitraje, no sólo tiene un parentesco estrecho con la casación, sino que guarda con ésta una similitud indiscutible en sus rasgos fundamentales. La casación, creada por los doctrinarios de la Revolución Francesa, es un recurso de auténtica jurisdicción, o sea, de dicción del derecho en los casos concretos en que procese. Su finalidad esencial estriba en resolver cuestiones meramente jurídicas, de índole sustantiva o adjetiva, que se susciten en una controversia judicial civil o penal. Al tribunal de casación compete definir y solucionar tales cuestiones, diciendo el derecho en el conflicto particular de que se trate, esto es, fijar la interpretación de la ley de fondo o procesal que el recurrente estima contravenida por la sentencia recurrida, y apreciar ésta conforme a las consideraciones interpretativas que se formulen. No incumbe, pues, al

casación federal «de acuerdo con el modelo francés, es decir, con reenvío cuando se anula el fallo impugnado en cuanto al fondo».[3] En la actualidad, el conocimiento de dicho recurso reside en los tribunales colegiados de circuito, los cuales pueden ser considerados «como órganos jurisdiccionales de casación»[4] y cuyas contradicciones de criterios ocasionalmente pueden ser resueltas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en términos del artículo 107 constitucional vigente.[5]

Las transformaciones institucionales el país y la necesidad de fortalecer el sistema de impartición de justicia, históricamente, han hecho aparecer una y otra vez las discusiones que giran en torno a la configuración del amparo directo como instrumento de tutela. No es casual que la búsqueda del mejor destino para dicha institución haya sido un común denominador en foros tan relevantes como la Consulta Nacional para la Reforma Judicial, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia y la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, así

---

mencionado tribunal revisar los fallos atacados mediante la casación, desde el punto de vista de los hechos que constituyan la controversia, cuyo análisis queda sujeto al juzgador *ad quem*. Claro que éste, al cumplir el fallo casacional, debe, por propia jurisdicción, volver a ponderar los hechos controvertidos conforme a las apreciaciones jurídicas en él contenidas, sustentadas en torno a los puntos de derecho planteados en el recurso». Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002. p. 152.

[3] «El sector cuantitativamente más importante lo ocupa el amparo contra resoluciones judiciales por la indebida aplicación de disposiciones legislativas ordinarias, el que se ha denominado *amparo judicial* o *amparo casación*, ya que sin utilizarse este nombre debe considerarse como un recurso de casación federal (de acuerdo con el modelo francés, es decir, con reenvío cuando se anula el fallo impugnado en cuanto al fondo), por medio del cual pueden impugnarse todas las resoluciones judiciales del país, pronunciadas tanto por los jueces locales como por los federales, en las distintas materias, por conducto de un procedimiento de una sola instancia, ante los tribunales colegiados de circuito, que en la actualidad pueden considerarse como órganos jurisdiccionales de casación, pero con la posibilidad de que las Salas o el Pleno de la Suprema Corte puedan determinar el criterio obligatorio que debe imponerse cuando existan contradicciones de tesis sobre la misma cuestión entre los citados tribunales colegiados (artículo 107, fracción V, de la Constitución federal; 158, 159 y 160 de la Ley de Amparo)». Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo,* México, Porrúa, 1993, p. 269.

[4] *Idem*.

[5] «Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: / […] / XIII. Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito de la misma región sustenten criterios contradictorios en los juicios de amparo de su competencia, el o la Fiscal General de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así como los relacionados con el ámbito de sus funciones, los mencionados tribunales y sus integrantes, las y los Jueces de Distrito, las partes en los asuntos que los motivaron o el Ejecutivo Federal, por conducto de la o el Consejero Jurídico del Gobierno podrán denunciar la contradicción ante el Pleno Regional correspondiente, a fin de que decida el criterio que debe prevalecer como precedente. / Cuando los Plenos Regionales sustenten criterios contradictorios al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, según corresponda, las Ministras y los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los mismos Plenos Regionales, así como los órganos a que se refiere el párrafo anterior podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, con el objeto de que el Pleno o la Sala respectiva decida el criterio que deberá prevalecer.».

como en los debates a propósito de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y de amparo de 2011. Sin embargo, como se explicará un poco más adelante, las discusiones a propósito del amparo directo vinculadas a la necesidad de fortalecer la función de los tribunales locales y del federalismo judicial mismo, si bien han aparecido constantemente en estos foros, no han dado una respuesta clara a este problema toral del sistema de justicia en México, al punto de que pareció obviarse en la aludida reforma de 2011.

Por lo contrario, las reformas de los últimos años respecto al amparo directo se han limitado a descargar a la Suprema Corte de Justicia de la resolución de problemas de mera legalidad (primero, a través de la reforma de 1988[6] y, después, con la introducción de los plenos de circuito en 2011[7] (ahora plenos regionales desde 2021) y a fortalecer la función de los tribunales de circuito como una auténtica tercera instancia federal, particularmente, a través de la instrumentalización del amparo directo adhesivo.[8]

---

[6] «Con las reformas de 10 de agosto de 1987 de la Constitución, y de 5 de enero de 1988 de la Ley de Amparo y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, con la que se abrogó la anterior Ley Orgánica, se establecieron los primeros pasos para perfilar a la Corte como un tribunal especializado de naturaleza constitucional, como lo señala la exposición de motivos de dicha reforma. De esta forma, el control de mera legalidad que antes de la reforma conocía la Suprema Corte pasó a los tribunales colegiados de circuito. / Entre los aspectos fundamentales a destacar de esta reforma, se encuentran los relativos a la tendencia de conferir atribuciones originales de la Suprema Corte a los tribunales colegiados de circuito, al remitir a los tribunales colegiados aquellos asuntos que no se consideraran de importancia trascendente, en razón a la cuantía y posteriormente a la materia». Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «Artículo 94», en *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9ª ed., México, Porrúa, 2016.

[7] «Con la reforma al artículo 94 constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, se adicionó en el séptimo párrafo una facultad del Consejo de la Judicatura Federal para que, mediante la creación de acuerdos generales, estableciera plenos de circuito, atendiendo al número y especialización de los tribunales colegiados de circuito que pertenezcan al mismo circuito judicial. / […] / En esa lógica, existen dos mensajes objetivos es muy claros, por un lado, se reconoce el fortalecimiento de los tribunales colegiados de circuito y de sus integrantes como conformadores efectivos de los criterios de interpretación de la legalidad (dotándolos de autonomía relativa, para dar mayor homogeneidad, previsión y especificad a los criterios y precedentes que se generen en determinado circuito, sin que se extienda al resto) y, por otro lado, el fortaleciendo del papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional (esta y como órgano centrado en la resolución de los asuntos de importancia y trascendencia del ordenamiento jurídico nacional y del Estado mexicano en su conjunto, tendencia que, como se ha dicho, se advierte desde la reforma constitucional de 1987, y con mayor intensidad a partir de las reformas constitucionales de 1994, 1999 y 2011). / Sin embargo, es importante acotar que, al establecerse que la resolución de las contradicciones entre los propios plenos de circuito (que versan sobre cuestiones de mera legalidad) deben ser resueltas por la propia Corte, lo cual ciertamente continúa siendo una facultad extraña a un tribunal constitucional, además de la carga de trabajo significativa que ello implica, en virtud de la natural infinidad de criterios contradictorios que se actualizan bajo este supuesto». *Idem*.

[8] «Amparo adhesivo. Su caracterización a partir de la exposición de motivos de la reforma constitucional y su utilidad como sistema de depuración procesal. De la exposición

II. Problemas de legalidad bajo un manto de «constitucionalidad»

Tal vez donde aparecen los problemas más sensibles y difíciles de conciliar a la luz de la regulación actual del amparo directo es en la práctica centenaria mexicana de presentar problemas de mera legalidad bajo el manto de un supuesto problema constitucional, y el constante cuestionamiento a la independencia y técnica judiciales de los tribunales de los estados que cada sentencia de amparo directo significa. En efecto, en el ámbito del lenguaje del foro mexicano y en el de la academia misma, la cuestión del amparo directo se presenta como un problema constitucional cuando, como se verá a continuación, muy rara vez lo es: su procedencia se basa en la probable interpretación «inexacta» que realizó un órgano jurisdiccional que debiera ser terminal (generalmente, un tribunal de apelación) en la sentencia «definitiva» reclamada. Esta afirmación resulta tan contundente que la expresión típica (si no es que única) de un amparo directo concedido es que la autoridad responsable «violó la Constitución» y, más concretamente, que vulneró los derechos fundamentales del justiciable, cuando, en realidad, lo que ocurrió fue que el tribunal federal discrepó respecto a la interpretación con pretensiones de exactitud (cualquier cosa que ello signifique) que realizó el tribunal de apelación, respecto de normas jurídicas ordinarias.

---

de motivos de la reforma al artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su fracción III, inciso a), párrafo segundo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el seis de junio de dos mil once, se advierte que la intención del Constituyente Permanente al crear el amparo adhesivo, fue dar celeridad a las resoluciones jurisdiccionales emitidas en amparo y otorgar a la parte que haya obtenido sentencia favorable y a la que tenga interés en que subsista el acto, la posibilidad de promover amparo con el objeto de mejorar las consideraciones de la sentencia definitiva, laudo o resolución que pone fin al juicio que determinaron el resolutivo favorable a sus intereses. Esta situación impone al quejoso adherente la carga de invocar en su demanda, todas las violaciones procesales que, cometidas en el procedimiento de origen estime, puedan violar sus derechos, con el objeto de lograr que en un solo juicio queden resueltas las violaciones procesales que puedan aducirse respecto de la totalidad de un proceso y no a través de diversos amparos. Se trata de una grave carga procesal impuesta a la parte vencedora, quien debe promover el amparo adhesivo para preservar su derecho a impugnar las violaciones procesales que trascendieron o pudieran trascender en el resultado del asunto, pues la falta de promoción del amparo adhesivo hará que precluya su derecho para hacerlas valer posteriormente. En correlación a este derecho-obligación de la parte quejosa, se impuso a los Tribunales Colegiados la obligación de decidir integralmente la problemática del amparo, aspecto que incluye de manera destacada la determinación de las violaciones procesales que adviertan en suplencia de la deficiencia de la queja, en los supuestos previstos por el artículo 76 Bis de la Ley de Amparo. Así, el amparo adhesivo se erige como un sistema de depuración procesal, que concentra el análisis de todas las violaciones procesales en un solo fallo que allana el camino a un pronunciamiento posterior que en la medida de lo posible únicamente atenderá a cuestiones sustantivas, con lo que se logra una justicia completa y expedita». Tesis: I.3o.C.10 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XII, septiembre de 2012, t. 3, p. 1505.

Desde hace décadas, don Héctor Fix-Zamudio ha sido el jurista que más claramente ha exhibido esta circunstancia al afirmar que, cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelven las contradicciones de tesis sustentadas por los tribunales colegiados de circuito para determinar la que debe prevalecer con carácter obligatorio, no se trata de una función que tiene la finalidad de unificar jurisprudencia en cuestiones constitucionales, sino de la resolución de contradicciones en la interpretación de meras disposiciones legislativas ordinarias.[9]

También, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, al distinguir las consecuencias producidas respecto a la impugnación de una norma general reclamada (de forma principal) en amparo indirecto o (accesoriamente) en amparo directo, afirman explícitamente que, al menos en principio, en esta última vía, «no hay pronunciamiento jurisdiccional sobre la constitucionalidad de la norma», pues la instancia no se dirige contra ella, sino contra la resolución final del proceso, y la invalidez que produce la sentencia de amparo directo se limita a la resolución impugnada, «y a lo sumo produce sólo la inaplicación de la norma general en ella, de una manera similar al control difuso».[10]

---

[9] «Un aspecto de gran significado, pero que en estricto sentido no corresponde a un tribunal constitucional, sino a uno de carácter supremo o de casación (de manera similar a la facultad de atracción del Tribunal en pleno o de las salas), es la facultad que se atribuye a las referidas salas de la Suprema Corte para la resolución de *contradicciones entre las tesis sustentadas por los tribunales colegiados en los juicios de amparo y respecto de las materias que correspondan a cada una de ellas*, para determinar la tesis que debe prevalecer con carácter obligatorio, pero sin modificar los fallos correspondientes (artículos 197-A de la Ley de Amparo, y 21, inciso VIII de la Ley Orgánica). No se trata de decidir para el efecto de unificar los criterios de jurisprudencia, las tesis de los citados tribunales colegiados en cuestiones constitucionales, ya que, como se ha dicho anteriormente, cuando los citados tribunales deciden, o dejan de hacerlo, en los juicios de amparo en los cuales se plante la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas, entendidas en sentido material (leyes, reglamentos y tratados internacionales) o bien la interpretación directa de preceptos constitucionales, los fallos respectivos pueden impugnarse ante la Suprema Corte de Justicia (véase *supra*, párrafo 628). Por el contrario, la resolución de las contradicciones se refiere a la interpretación de las disposiciones legislativas ordinarias, tanto de carácter federal como local». Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.* 279.

[10] «En cambio, en el amparo directo la reclamación de una norma general es sólo accesoria, pues la instancia no se dirige contra ella sino contra la resolución final del proceso para el que se promueva, por lo que tampoco se cita al órgano que la emitió. La invalidez que produce la sentencia de amparo se limita a la resolución judicial impugnada, y a lo sumo produce sólo la inaplicación de la norma general en ella, de una manera similar al control difuso. Por tanto, en el amparo directo no hay pronunciamiento jurisdiccional sobre la constitucionalidad de la norma, porque nunca se integra un litigio a su respecto, en el cual se dé audiencia al órgano que emitió; por lo que su vigencia no puede sustraerse de la esfera jurídica del quejoso»

«Las razones anteriores explican por qué: 1) no constituyen jurisprudencia las resoluciones que dictan los Tribunales Colegiados de Circuito en amparo directo sobre la constitucionalidad de normas generales; 2) estas resoluciones no son aptas para que en función de ellas se emita una declaratoria general de inconstitucionalidad; y 3) en sus resolutivos no debe declararse si la norma se ajusta o no a la Constitución». Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional*, México, Porrúa, México, 2013, pp. 34 y 35.

Este discurso, a veces tan poco cuestionado en el foro y la judicatura local misma, y a veces incluso también asimilado sin más como una forma definitiva de articular la justicia en México, es mucho más que una imprecisión jurídica y lingüística notable, pues se convierte, sobre todo, en el punto de partida para construir toda estrategia de demanda y defensa en todo tipo de proceso jurisdiccional, en la que, desde un principio, lo importante no es convencer al juez de origen o al tribunal de alzada del caso (por cierto, con jurisdicción originaria sobre el asunto), sino, llegado el momento, convencer al tribunal federal de una interpretación legal inexacta o, no pocas veces, simplemente retrasar la ejecución del fallo definitivo a partir de un planteamiento en la vía de amparo directo.

Todo ello, se reitera, aunado al cuestionamiento a la independencia de esos jueces «de infama categoría», como los llamara el autor del tratado de amparo de mayor divulgación durante el siglo XX,[11] y, sobre todo, a sus capacidades técnicas en cada amparo directo concedido; el rezago y las cargas de trabajo de la jurisdicción federal siempre en aumento; y, lo más grave aún, la demora y la resolución real de los problemas en la esfera del justiciable.

III. La acción de amparo en el derecho comparado

Desde la década de 1960, el doctor Héctor Fix-Zamudio ha señalado que la acción de amparo en México no se trata de un único instrumento procesal,

[11] «Hemos asentado que el juicio de amparo tiene como objetivo connatural a su esencia tutelar un ordenamiento de derecho superior, o sea, la Constitución, de las posibles violaciones que cometan las autoridades del Estado, en las diversas hipótesis de procedencia establecidas en el artículo 103. La esencia teleológica del amparo radica, pues, en proteger o preservar el régimen constitucional, la cual deriva no solamente de su naturaleza misma, sino de sus antecedentes históricos, que, por lo demás, se suponen ya conocidos».

«Ahora bien, en nuestro régimen, dicha finalidad del juicio de amparo se ha ampliado palpablemente, ampliación que no es producto de una indebida práctica judicial ni de su torcido ejercicio, sino operada por preceptos constitucionales expresos».

«En efecto, uno de ellos, el artículo 14, en sus párrafos tercero y cuarto, indirectamente ha ensanchado la teleología del amparo al consagrar la garantía de la *legalidad en asuntos penales y civiles* (*lato sensu*), respecto de cuyas violaciones es procedente el ejercicio del medio de control, de conformidad con la fracción primera del artículo 103 de nuestra Ley Fundamental vigente. Por consiguiente, de esta manera el amparo no sólo tutela el régimen constitucional en los casos previstos por este último precepto, sino que su objeto preservador se extiende a los ordenamientos legales secundarios. De esta suerte, los Jueces de Distrito, los Tribunales Colegiados de Circuito y la Suprema Corte, al conocer de los juicios respectivos ensanchan su competencia hasta el grado de erigirse en revisores de los actos de todas las autoridades judiciales que no se hayan ajustado a las leyes aplicadas. Por eso no es extraño observar que los citados Tribunales y la Suprema Corte revisen las sentencias pronunciadas por jueces de ínfima categoría, que no se hayan apegado «a la letra o la interpretación de la ley» en materia civil». Burgoa, Orihuela, Ignacio, *El juico de amparo*, *cit.,* p. 145.

pues ha sufrido una evolución tan fuerte desde su origen, que actualmente representa, en realidad, una «federación de instrumentos procesales» que se articula, concretamente, a través del amparo para la tutela de la libertad personal (que normalmente en el resto de los ordenamientos del mundo se realiza a través del *habeas corpus*), el amparo contra leyes, el amparo contra actos administrativos, el amparo contra sentencias definitivas de los tribunales ordinarios (o amparo directo o casación) y el amparo agrario.[12] Esta compleja instrumentación actual del amparo, que, de hecho, tutela la totalidad del ordenamiento jurídico mexicano, no se ha trasladado tal cual al resto de los ordenamientos nacionales en los que el constitucionalismo mexicano ha ejercido influencia durante el siglo xx.

En efecto, el sector del amparo mexicano que se ha exportado al mundo se refiere a ese instrumento procesal que tutela la mayoría de los derechos fundamentales, con la salvedad de la libertad personal, a cuyo resguardo se establece normalmente el proceso de *habeas corpus* y, en algunos otros casos, también el *habeas data*, para la protección de datos personales, excluyendo, desde luego, la posibilidad de tutela de cuestiones de mera legalidad, como se realiza actualmente en nuestro país a través del amparo directo.

La mayoría de los países que han introducido dicha institución procesal a sus ordenamientos jurídicos, tal y como ha expresado Eduardo Ferrer Mac-Gregor, la han adoptado justo con esa misma denominación, como sucede en Argentina, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; aunque también hay otros ejemplos en los que se han decantado por una denominación diversa, como en Brasil (*mandado de segurança*), Chile (recurso de protección) y Colombia (acción de tutela), aun cuando se trata de la misma institución procesal. En Europa occidental, los dos supuestos típicos de este modelo de protección constitucional de los derechos son el

[12] «Por tanto, debemos concluir que, de acuerdo con la tendencia que se observa en el derecho de amparo mexicano, si bien todavía comprende de manera formal cinco procesos diversos, en realidad se dirige a conservar sólo tres en un futro próximo, o sea: a) *habeas corpus* o amparo de la libertad e integridad personales; b) amparo contra leyes, y c) amparo judicial o amparo casación. Por otra parte, el amparo en sentido estricto, es decir, aquel que en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas está dirigido a la protección de los derechos humanos de la persona, ya sea en su esfera individual o social, con exclusión de la tutela de la libertad e integridad personales encomendado al *habeas corpus* o exhibición personal, no está regulado por un procedimiento específico en la actual legislación de amparo, ya que está comprendido dentro de la impugnación de la conducta de cualquier autoridad, cuando la misma afecta de manera directo un derecho consagrado en la carta federal, por lo que consideramos conveniente establecer una tramitación especial, que podría integrar un proceso autónomo, porque de otra manera se presenta la paradoja que la Ley de Amparo no regula específicamente al derecho de amparo estrictamente considerado». Este estudio se publicó por primera vez en 1964, en la Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM y, después, en Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo, cit.* pp. 272 y 273.

amparo español[13] y su equivalente en Alemania (*Verfassunngsbeschwerde*),[14] mientras que en Europa del Este, como bien afirma José Julio Fernández Rodríguez, si bien «la previsión de un proceso de este tipo no es generalizada», se encuentra contemplado en la mitad de los países de esa parte del continente, «como en Albania (sólo para garantizar el derecho al proceso debido), Croacia, República Checa, Eslovaquia (frente a decisiones ejecutorias de la administración estatal y local, salvo si la protección del derecho vulnerado es competencia de otro tribunal), Eslovenia, Hungría, Macedonia (donde se presta especial atención a las libertades de expresión, conciencia, ideológica y asociación, además de las discriminaciones), Montenegro, Polonia, Rusia y Serbia».[15]

Esta particularidad del amparo mexicano respecto a cualquiera de sus versiones en los diversos ordenamientos del mundo, consistente en un amparo omnicomprensivo que tutela todas la libertades (incluyendo la integridad personal, así como la protección de datos), resulta, en realidad, menor frente a esa todavía más extraña particularidad de una acción amparo que tutela cuestiones de mera legalidad y centraliza el ejercicio jurisdiccional en un contexto de un Estado de organización federal. Se ha escrito mucho sobre el itinerario histórico que transformó tan significativamente un amparo mexicano que, en origen, fue muy similar a todos los que existen actualmente en el orbe, esto es, un instrumento procesal destinado a la tutela de las libertades constitucionales, para pasar a convertirse también en un amparo con posibilidades de articularse como un auténtico recurso de casación federal, pero la solución, más de 150 años después, no parece estar ni siquiera a la vista.

IV. La reforma judicial, el Libro Blanco y la ausencia actual del debate

El 17 de noviembre de 1999, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación invitó a la comunidad jurídica nacional y a la sociedad civil en general

[13] «Por su parte, el recurso de amparo español no es esgrimible frente a leyes sino sólo contra actos administrativos o judiciales que lesionen ciertos derechos fundamentales (los recogidos en los arts. 14 a 30 de la Constitución), una vez agotadas las vías de recurso ordinarias». *Ibidem*, pp. 80 y 81.

[14] «[Esta institución] procede, una vez agotadas las vías de recurso ordinarias, contra todo acto legislativo, administrativo o judicial que suponga un atentado personal, actual e inmediato a los derechos de un individuo. El mayor número de recursos que llegan por esta vía se refieren a sentencias de tribunales federales, lo que, en cierto sentido, coloca al Tribunal Constitucional en la posición de un órgano judicial supremo que uniformiza la jurisprudencia de las altas instancias judiciales». Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª ed., Madrid, Tecno, 2014, p. 80.

[15] *Ibidem*, p. 81.

a la creación de una nueva Ley de Amparo.[16] Una vez recibidas todas las propuestas, se elaboró un anteproyecto por una comisión integrada por los juristas Juan Silva Meza, Humberto Román Palacios, Héctor Fix-Zamudio, José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, César Esquinca Muñoa, Manuel Ernesto Saloma Vera y Javier Quijano Baz.[17] Este anteproyecto se discutió en el Congreso Nacional de Juristas celebrado del 6 al 8 de noviembre de 2000 en Mérida, Yucatán, cuna del juicio de amparo. [18] La citada comisión analizó las propuestas presentadas en dicho congreso y, a la luz de éstas y el anteproyecto aludido, se elaboró uno final que se entregó al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una vez que éste fue revisado por el alto tribunal, se puso a disposición de los órganos que, en términos del artículo 71 constitucional, cuentan con la facultad de iniciativa legislativa.

Desde luego, entonces estuvo presente la tensión entre quienes avalaban el proyecto de la nueva Ley de Amparo propuesto por la Corte y quienes se manifestaron en contra, si bien en ambos casos se reconocía la necesidad urgente de superar diversos problemas que permitiera concretar una defensa de los derechos de las personas de forma más apropiada.

El fondo de esta tensión residía en dos escuelas del pensamiento jurídico en México discrepantes: la del maestro Ignacio Burgoa Orihuela,[19] quien, influido particularmente por Miguel Lanz Durent,[20]siempre mantuvo «una visión nacionalista para el desarrollo del juicio de garantías, basada en la tradición de nuestros juristas y un conocimiento jurídico clásico de mediados del siglo»; y la del maestro Héctor Fix-Zamudio, quien «abrió el estudio de nuestra institución procesal —y de muchos otros temas— al derecho comparado, particularmente a la doctrina procesal moderna en su tiempo, debido a la impronta del procesalismo científico que estudió desde muy temprano por el influjo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo».[21]

---

[16] «Cuando el 17 de noviembre de 1999 el entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro Genaro David Góngora Pimentel, invitó a la comunidad jurídica nacional y a la sociedad civil en general a la elaboración de una nueva Ley de Amparo, nadie se mantuvo impasible. Ese fue el momento en que se pusieron de manifiesto todas las inquietudes sobre la necesidad de que el juicio de amparo evolucionara en distintos derroteros, muchas de ellas gestadas durante décadas». Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo…, cit.,* p. 19.

[17] *Idem.*

[18] *Idem.*

[19] *Cfr*. Burgoa Orihuela, Ignacio, ¿Una nueva Ley de Amparo o la renovación de la vigente?, México, Porrúa, 2001.

[20] Lanz Durent, Migel, *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, 2ª ed., México, 1933, pp. 343-344; Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo…, cit.,* prólogo del autor y nota 12, p. 76., citados por Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo…, cit.,* p. 11, cita 24.

[21] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo…, cit.*, p. 11.

No obstante las naturales discrepancias que se presentaron desde estas dos ópticas del derecho de amparo en México, existió una convergencia esencial de opiniones en ciertos temas de particular importancia: «la formula Otero y sus implicaciones, la protección de los intereses difusos, el cambio al tercer interesado, *y el amparo directo y su extenuante prolongación de las controversias*».[22]

En esta misma línea de apertura, en agosto de 2003, la Suprema Corte de Justicia convocó a una diversa Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano, «un proceso incluyente de interlocución con la sociedad mexicana para que ella le manifestara las deficiencias y problemas que percibía en el sistema de impartición de justicia».[23] La respuesta de la ciudadanía excedió, por mucho, las expectativas, «en el número de propuestas recibidas, en la variedad de los temas abordados, en la diversidad de enfoques adoptados y en la pluralidad de opciones aportadas».[24]

En una primera etapa, se celebraron 40 foros, se recibieron 5,844 trabajos, los cuales fueron clasificados en 28 temas y, luego de su análisis, se identificaron más de 11,000 propuestas. Después de que se procesó esta información, en una segunda etapa, estos temas fueron discutidos y analizados por grupos de expertos y especialistas. Finalmente, en una tercera etapa, los resultados obtenidos fueron compartidos con los poderes judiciales del país; y, durante los días 30 de noviembre y 1 y 2 de diciembre de 2005, en la ex Hacienda Jurica, en Querétaro, se reunieron, por primera vez, los impartidores de justicia de todo el territorio nacional, sin distinción de fueros ni materias, para acordar y emitir la Declaración de Jurica, en la que se comprometieron «a participar activamente en la definición de la agenda judicial para el país y a ensayar vías de colaboración hasta el momento inéditas».[25]

Así, tres años después de «un proceso sereno, sin prisa, donde hubo tiempo para recibir, dialogar y procesar una enorme cantidad de información»,[26] se publicó el Libro Blanco de la Reforma Judicial, en el que se propuso, como primer eje temático, la reforma del juicio de amparo y, como acción concreta principal para lograr el objetivo de esta reforma, retomar el proyecto de nueva Ley de Amparo elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2001.

En dicha obra, se reconoce como un tema central de la reforma judicial la repercusión del amparo directo en la configuración del federalismo judicial en México. Se cita ahí que, de la consulta nacional realizada, se desprende que existen

---

[22] *Ibidem*, p. 20.

[23] Caballero Juárez, José Antonio, López Ayllón, Sergio, Oñate Laborde, Alfonso, *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 14.

[24] *Idem*.

[25] *Ibidem*, pp. 23 y 24.

[26] *Ibidem*, p. 22.

sectores que pugnan desde la supresión de dicha institución procesal hasta aquellos que estiman que debe prevalecer en su estado actual, así como la de quienes, en una posición intermedia, se encuentran convencidos de la necesidad de limitarlo, [27] y que, incluso, uno de los aspectos que genera mayor coincidencia es la necesidad de restringir la procedencia del amparo directo «como una deferencia hacia la justicia local».[28] También, en esta línea ajena tanto a desaparecer el amparo directo como a mantenerlo en su configuración actual, apareció la propuesta de «desaparecer el amparo para efectos», para obligar a los tribunales de circuito a resolver todas las violaciones procesales que surgieren desde un primer momento. Sin embargo, en la misma obra se reconoce que, si bien esto último tendría un efecto positivo para «acabar con los reenvíos», dicha figura «puede terminar por convertir al amparo [directo] en una auténtica tercera instancia federal».[29]

Si bien en la citada publicación se reconoce que existe un sector que sostiene que el amparo directo tiene un impacto favorable en la imparcialidad de la justicia local, se reconoce también que dicha cuestión tiene su origen en una «polémica decimonónica» y que, por tanto, es «necesario volver a evaluar la manera en la que el amparo directo contribuye a asegurar que los usuarios de la justicia pueden tener un servicio efectivamente imparcial»,[30] y se establece, como propósito explí-

---

[27] «Tema central del debate en torno a cómo deberá ahondarse el proceso de reforma judicial lo constituye el del amparo directo, sobre todo por sus repercusiones para la configuración del federalismo judicial. En los extremos del debate se encuentran quienes en forma radical sugieren la supresión, y aquellos que estiman que debe prevalecer en su forma actual. En el sector medio del espectro se encuentra una masa crítica convencida de la necesidad de limitarlo, y para este efecto surgen diversas opciones, ya que mientras algunos apoyan una reforma a la Ley de Amparo para restringir su procedencia, otros sugieren armonizar las legislaciones adjetivas locales con el amparo directo y limitar éste mediante acciones reglamentarias al interior del Poder Judicial de la Federación». *Ibidem*, p. 90.

[28] «Uno de los aspectos que concitan mayor coincidencia es el de acotar las resoluciones para efectos en el amparo casación, sea mediante la explicitación de sus efectos o su restricción como una deferencia hacia la justicia local. Incluso hay quienes propugnan por su eliminación». *Ibidem*. p. 90.

[29] «Otra alternativa es desaparecer el amparo para efectos, obligando a los tribunales colegiados a resolver los asuntos en donde se estime que existen violaciones. A pesar de las ventajas que dicha alternativa parece tener para acabar con los reenvíos que suelen presentarse con motivo del empleo del amparo para efectos, dicha figura puede terminar por convertir al amparo en una auténtica tercera instancia federal». *Ibidem,* p. 133.

[30] «El argumento sobre el impacto favorable del amparo en la construcción de una justicia local más imparcial tiene sus raíces en los debates del Constituyente de 1917. Aunque, en realidad, la cuestión se remonta a la polémica decimonónica sobre el amparo judicial. En todo caso, hoy en día parece necesario volver a evaluar la manera en la que el amparo directo contribuye a asegurar que los usuarios de la justicia puedan tener un servicio efectivamente imparcial. En el marco de la Consulta se presentaron planteamientos en los que se subrayó la importancia del amparo directo y la necesidad de su subsistencia. Al efecto, se expresaron cuestionamientos sobre la disparidad de la calidad del servicio prestado por los órganos impartidores de justicia existentes en el país. Asimismo, se advirtió sobre la importancia del amparo directo como un medio de control constitucional y no solamente de legalidad». *Ibidem*, p. 131.

cito, «[r]ealizar un diagnóstico sobre el impacto del amparo directo en la administración de justicia. En particular revisar si garantiza que la impartición de justicia sea imparcial».

Por otra parte, desde la perspectiva de los órganos que imparten justicia, se señaló que el amparo directo «tiene un impacto que fue identificado como desfavorable en la Consulta», en particular, por impedir la consolidación de la justicia local, al no permitirle conducirse como órganos de última instancia en las materias de su competencia, lo cual, a su vez, reduce la confianza de los justiciables y restringe la generación de una jurisprudencia local: «detrás del problema del amparo directo hay una especie de circulo vicioso en donde se alimenta la desconfianza a la justicia ordinaria pero, al mismo tiempo, no se le da espacio para probar su capacidad».[31]

También, esta obra da cuenta de que la Consulta arrojó afirmaciones respecto a que los tribunales colegiados de circuito se muestran excesivamente formalistas en sus resoluciones, que dicho formalismo «reduce drásticamente los márgenes de discrecionalidad de los juzgadores locales» y que, en ocasiones, las resoluciones de amparo no tienen «relación precisa con el tipo de problemas planteados originalmente en los litigios», con lo cual pareciera que el objetivo del amparo directo es «despachar expedientes más que solucionar conflictos»;[32] amén de que, incluso, en ocasiones se presentan casos en donde las resoluciones de amparo «rebasan el

[31] «Desde la perspectiva de los órganos que imparten justicia, el amparo directo tiene un impacto que fue identificado como desfavorable en la Consulta. En particular, destaca la problemática relacionada con la consolidación de los órganos de impartición de justicia. Entre los argumentos esgrimidos se sostiene que el amparo directo ocasiona que los tribunales superiores de justicia y otras autoridades jurisdiccionales que debieran ser órganos de última instancia, en realidad no lo son. Esta circunstancia tiene múltiples repercusiones. Por una parte, reduce la confianza en la justicia local toda vez que sus resoluciones pueden ser revisadas y modificadas por la justicia federal. Por otra parte, dificulta la generación de jurisprudencia local. En efecto, los ejercicios de generación de jurisprudencia local siempre están expuestos a una eventual confirmación por los tribunales federales. En tercer lugar, incide sobre el tiempo de resolución de los procesos. En realidad, detrás del problema del amparo directo hay una especie de círculo vicioso en donde se alimenta la desconfianza a la justicia ordinaria pero, al mismo tiempo, no se le da espacio para probar su capacidad». *Ibidem*, pp. 131 y 132.

[32] «Adicionalmente los señalamientos formulados durante la Consulta indican que hay tribunales colegiados de circuito que se muestran excesivamente formalistas en la construcción de sus resoluciones. El formalismo reduce drásticamente los márgenes de discrecionalidad de los juzgadores locales y en ocasiones provoca que los resultados de las controversias no tengan una relación precisa con el tipo de problemas planteados originalmente en los litigios. De esta manera, la labor de algunos tribunales colegiados de circuito parece realizarse sin atender a las consecuencias de las resoluciones, sino tomando en consideración exclusivamente criterios estrictamente formales que parecieran obedecer al objetivo de despachar expedientes más que a solucionar conflictos. Dicha tendencia genera resultados poco satisfactorios para un adecuado funcionamiento de la justicia y afecta en forma negativa a todo el sistema de impartición de justicia». *Ibidem*, p. 132.

ámbito de la casación para emitir prácticamente lineamientos que indican el sentido que las resoluciones impugnadas deben tener».[33]

En síntesis, la propuesta del Libro Blanco de la Reforma Judicial es concreta y explícita en cuanto al tema que aquí ocupa: «Regular la procedencia del amparo directo. Admitir su procedencia en asuntos que involucren un debate constitucional. En cuestiones de legalidad, establecer criterios rígidos para su procedencia y para determinar los efectos del recurso en caso de encontrar violaciones».[34] Pero en 2004, un año después de la publicación del Libro Blanco, el proyecto original para una nueva Ley de Amparo fue formalmente convertido en iniciativa de ley por el Senado de la República, sin agregar modificación alguna respecto a los problemas de federalismo judicial que el amparo directo ocasiona.

En 2009, se retomó de nuevo el proyecto como iniciativa de reforma constitucional en la misma cámara y, después del debate legislativo correspondiente, el 6 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se modificaron los artículos 94, 103, 104 y 107 constitucionales en materia de amparo, y el 2 de abril de 2013 se publicó en el mismo medio la nueva Ley de Amparo, que recoge la mayor parte de las propuestas del proyecto original de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La cuestión del amparo directo, pues, en tanto problema de federalismo judicial, no se atendió en la reforma y, lo que resulta aún más preocupante, de la lista de posibilidades de reforma al amparo directo que impactan en el desarrollo de la justicia local, se eligió la más desfavorable para este ámbito de la justicia mexicana: la consolidación del amparo directo como una auténtica tercera instancia federal a través de la instauración del amparo directo adhesivo.

En efecto, la materia de la reforma más importante a propósito del amparo directo la constituye el amparo adhesivo. Con el propósito de resolver los problemas claros de impartición de justicia en un plazo razonable, de «dar celeridad a la resoluciones jurisdiccionales emitidas en amparo» y que los tribunales puedan «decidir integralmente la problemática del amparo», el amparo adhesivo aparece como «un sistema de depuración procesal» que, al «concentrar el análisis de todas las violaciones procesales en un solo fallo», evita un pronunciamiento poste-

[33] «Algunos aspectos que deben ser tomados en cuenta por dicha evaluación tienen que ver con la calidad de las ejecutorias de amparo y los alcances de las resoluciones. En el primer caso, hay planteamientos que destacan las dificultades enfrentadas por los tribunales ordinarios, en su calidad de autoridades responsables, para descifrar los alcances de las ejecutorias en donde se conceden los amparos. Por lo que respecta a los alcances de las ejecutorias, en ocasiones se presentan casos en donde las resoluciones rebasan el ámbito de la casación para emitir prácticamente lineamientos que indican el sentido que las resoluciones impugnadas debe tener. Evidentemente, dichas aproximaciones críticas también deben ser contrastadas con situaciones en donde el amparo cumple satisfactoriamente con su función de velar por la aplicación tanto de reglas sustantivas como de las adjetivas». *Ibidem*, p. 172.

[34] *Ibidem,* p. 133.

rior.[35] Tanto en el amparo directo principal, como en el adhesivo, se vincula a las partes a que impugnen todas las violaciones procesales que les agravien, ya que, de lo contrario, su futura impugnación será inoperante.[36]

---

[35] «Amparo adhesivo. Su caracterización a partir de la exposición de motivos de la reforma constitucional y su utilidad como sistema de depuración procesal. De la exposición de motivos de la reforma al artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su fracción III, inciso a), párrafo segundo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el seis de junio de dos mil once, se advierte que la intención del Constituyente Permanente al crear el amparo adhesivo, fue dar celeridad a las resoluciones jurisdiccionales emitidas en amparo y otorgar a la parte que haya obtenido sentencia favorable y a la que tenga interés en que subsista el acto, la posibilidad de promover amparo con el objeto de mejorar las consideraciones de la sentencia definitiva, laudo o resolución que pone fin al juicio que determinaron el resolutivo favorable a sus intereses. Esta situación impone al quejoso adherente la carga de invocar en su demanda, todas las violaciones procesales que, cometidas en el procedimiento de origen estime, puedan violar sus derechos, con el objeto de lograr que en un solo juicio queden resueltas las violaciones procesales que puedan aducirse respecto de la totalidad de un proceso y no a través de diversos amparos. Se trata de una grave carga procesal impuesta a la parte vencedora, quien debe promover el amparo adhesivo para preservar su derecho a impugnar las violaciones procesales que trascendieron o pudieran trascender en el resultado del asunto, pues la falta de promoción del amparo adhesivo hará que precluya su derecho para hacerlas valer posteriormente. En correlación a este derecho-obligación de la parte quejosa, se impuso a los Tribunales Colegiados la obligación de decidir integralmente la problemática del amparo, aspecto que incluye de manera destacada la determinación de las violaciones procesales que adviertan en suplencia de la deficiencia de la queja, en los supuestos previstos por el artículo 76 Bis de la Ley de Amparo. Así, el amparo adhesivo se erige como un sistema de depuración procesal, que concentra el análisis de todas las violaciones procesales en un solo fallo que allana el camino a un pronunciamiento posterior que en la medida de lo posible únicamente atenderá a cuestiones sustantivas, con lo que se logra una justicia completa y expedita». Tesis asilada I.3o.C.10 K (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XII, septiembre de 2012, t. 3, p. 1505.

[36] «Conceptos de violación. Son inoperantes cuando las violaciones alegadas en un segundo o ulterior juicio de amparo, se cometieron en un laudo anterior, y no fueron impugnadas oportunamente, aunque no se hubiera suplido la queja deficiente. Son inoperantes los conceptos de violación encaminados a combatir actos u omisiones de la autoridad responsable, cuando de autos se aprecia que se produjeron en un laudo contra el cual se promovió en su oportunidad juicio de amparo, sin haberse impugnado; por lo que debe entenderse que fueron consentidos y, por ende, el derecho a reclamarlos en amparos posteriores se encuentra precluido, ya que las cuestiones que no formaron parte de la litis constitucional, habrán quedado firmes sin posibilidad de una impugnación posterior, derivado precisamente de ese consentimiento, máxime que dichas violaciones, por virtud de la vinculación de la ejecutoria de amparo, deberán ser reiteradas por la autoridad responsable como cuestiones firmes en ese juicio de origen. Sin que sea óbice a lo anterior, el hecho de que el Tribunal Colegiado de Circuito no hubiera advertido deficiencia que diera lugar a la suplencia de la queja para estudiar cuestiones diversas de las planteadas por el quejoso, pues ello no puede ser causa para alterar los principios jurídicos respecto de las violaciones consentidas o los efectos protectores del fallo constitucional, ya que redundaría en perjuicio de la seguridad jurídica de las partes, así como de la firmeza de las determinaciones judiciales». Tesis jurisprudencial 2a./J. 57/2003, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVIII, julio de 2003, p. 196.

«Conceptos de violación inoperantes. Lo son aquellos en los que se hacen valer argumentos que no se hicieron en un amparo anterior. Es inoperante el concepto de violación en el que el quejoso hace valer argumentos que debió controvertir en un juicio de amparo promovido ante-

En el mismo tenor de las reformas a propósito del amparo directo, se introdujo la figura del pleno de circuito, cuya función es resolver las contradicciones de tesis que se presenten entre los tribunales colegiados de una misma demarcación territorial, para descargar así a la Suprema Corte de Justicia de esta labor, y que, de tal manera, dicho tribunal pueda dedicarse más a decidir cuestiones propiamente constitucionales, lo cual, sin embargo, en modo alguno termina de resolver el problema, particularmente respecto a la resolución de las contradicciones de tesis que se presenten entre tribunales de diferentes circuitos.[37] Esta poca funcionalidad de los plenos de circuito quedó evidenciada además con la reforma constitucional de 2021, que sustituyó dichos órganos por los plenos regionales, que se encargarán de resolver contradicciones de criterios que se presenten en una región determinada, y cuyas contradicciones, en términos del artículo 107, fracción XIII, segundo párrafo, de la Constitución vigente, también tendrá que resolver en un momento dado el alto tribunal.

En todo caso, resulta inquietante cómo se obvia una y otra vez el problema de fondo de la regulación actual del amparo directo. En la presentación del proyecto para una nueva Ley de Amparo publicado en 2001, se estableció que uno de los temas más recurrentes durante la consulta iniciada en 1999 fue el relativo a «limitar la procedencia del juicio de amparo directo», pero esto no transcendió a

---

riormente, porque si no lo hizo, es obvio que aun cuando pudiera tener razón en lo que aduce, ya no es permitido en atención a la técnica del juicio de garantías que lo haga hasta ahora, pues se trata de un aspecto que, por falta de impugnación oportuna, ya no puede ser materia de estudio». Tesis jurisprudencial VI.2o.C. J/172, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, junio de 1999, p. 864.

[37] «Artículo 94. / […] / El Consejo de la Judicatura Federal […] mediante acuerdos generales establecerá Plenos de Circuito, atendiendo al número y especialización de los Tribunales Colegiados que pertenezcan a cada Circuito. Las leyes determinarán su integración y funcionamiento. […] La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución».

«Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: / […] / XIII. Cuando los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Fiscal General de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así como los relacionados con el ámbito de sus funciones, los mencionados tribunales y sus integrantes, los Jueces de Distrito, las partes en los asuntos que los motivaron o el Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrán denunciar la contradicción ante el Pleno del Circuito correspondiente, a fin de que decida la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia. / Cuando los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito o los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito con diferente especialización sustenten tesis contradictorias al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, según corresponda, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los mismos Plenos de Circuito, así como los órganos a que se refiere el párrafo anterior, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, con el objeto de que el Pleno o la Sala respectiva, decida la tesis que deberá prevalecer».

ninguno de los artículos del citado proyecto de ley. De igual modo, en el Libro Blanco de la Reforma Judicial y la consulta que le dio origen, se hizo referencia explícita tanto a la inconformidad social como a los perjuicios de mantener indefinidamente este modelo de federalismo judicial, pero el proyecto de ley permaneció otra vez indiferente, como indiferentes permanecieron la reforma constitucional que finalmente se concretó en 2011 y la nueva Ley de Amparo de 2013.

La particularidad de esta aparente forma de evadir una cuestión tan importante no deja de aparecer en tiempos más recientes, pues, por ejemplo, en el *Informe y recomendaciones en materia de justicia cotidiana* que el presidente de la República encomendó realizar al Centro de Investigación y Docencia Económicas y al Centro Público de Investigación del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, se afirma que «a pesar de los cambios que se han dado en la justicia local, no se ha logrado una modificación sustantiva en su operación y persiste, entre muchos actores, una gran desconfianza sobre la calidad e independencia de los tribunales locales, situación que genera un número significativo de amparos que se resuelven en tribunales federales»,[38] pero este comentario, que aparece precisamente en el marco de un estudio a propósito del ámbito más importante de la justicia local, la justicia cotidiana, y con sustento en esos «muchos actores», entraña en realidad la generalización de 32 contextos necesariamente distintos, generalización que difícilmente se sostendría a partir de un estudio empírico que atendiera precisamente esos grados de «gran desconfianza» sobre la calidad e independencia de la justicia local que ha servido precisamente como base para legitimar la procedencia ilimitada y actual del amparo directo en México.

Al amparo directo, en tanto problema de federalismo judicial, no pareciera valer la pena conceder consecuencia institucional alguna, no obstante que, planteado en esas dimensiones, la atención tendría que ser intensa y prioritaria.

V. Federalismo y diálogo judiciales

La regulación actual del amparo directo aparece, además, como un problema claro de diálogo judicial[39] entre los tribunales de la federación y los locales, pues

[38] López Ayllón, Sergio y Oñate Laborde, Alfonso, *Síntesis del informe de las recomendaciones en materia de justicia cotidiana*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, 2015, p. 9.

[39] «El diálogo se caracteriza por relaciones no jerárquicas de respeto mutuo, basadas en la interdependencia y reciprocidad entre cortes nacionales y la corte regional, en la que ésta última asume un papel de *primus inter pares*. Por lo tanto, las interacciones entre las cortes del sistema pueden producirse en múltiples direcciones; un diálogo puede comenzar como una interacción entre dos cortes nacionales que puede luego derivar en una interacción con la Corte Interamericana; o una interacción entre la Corte Interamericana y una corte nacional puede recibir también influencias de otras cortes nacio-

las relaciones entre ambas esferas se reducen a un mero ejercicio vertical, jerárquico, en el que el tribunal que debió resolver en definitiva la causa planteada debe cumplir a plenitud lo determinado por la autoridad judicial federal, so pena de destitución del cargo y otras sanciones relevantes que poco tienen que ver con el flujo e intercambio de criterios, de razonabilidad y persuasión, que el momento actual exige a todo ejercicio jurisdiccional, pues ello, naturalmente, impacta en las posibilidades y alcances del derecho humano de acceso a la justicia. No se desconoce aquí que las relaciones entre tribunales internos en un sistema de justicia federal es distinta a la que se presenta entre una corte suprema y un tribunal internacional en el marco de un sistema regional de protección de derechos, pero ello no implica que el primer supuesto deba mantenerse al margen de las bondades que el diálogo significa para el fortalecimiento del acceso a la justicia, particularmente, porque se trata de tribunales que, en el ámbito de sus respectivas competencias, en principio, deben tener la última palabra respecto a las cuestiones que les son planteadas por los justiciables.

Este modelo de revisión federal de la justicia local en México reduce los alcances del derecho humano de acceso a la justicia de las personas en la medida en que cancela las posibilidades de construcción y desarrollo de una jurisprudencia local que, eventualmente, pudiera contrastarse con la federal a la luz del principio pro persona, tal como vincula el artículo primero constitucional, y no de supuestos de mera jerarquía que, en el mejor de los casos, pueden justificarse a la luz de problemas propios del siglo XIX.

Importa el desarrollo de la jurisprudencia local porque es ésta la jurisdicción que tiene el conocimiento primero y directo de los problemas de las personas en sede judicial, y la posibilidad de que cualquier sentencia definitiva de conocimiento primero y directo pueda ser anulada, a veces, por un mero formalismo que desconoce el pulso del juez de origen, veda las posibilidades reales de tutela de la mayoría de los tribunales del país, convirtiendo, por lo demás, a la jurisdicción local en «tribunales de paso».

Sin embargo, la desaparición del amparo directo no es la reforma inmediata más conveniente para una práctica forense que depende de la intervención federal desde hace más de un siglo y medio. Por otro lado, mantener el sistema vigente no

---

nales. Bajo este modelo de relacionamiento entre cortes del sistema, resulta significativo emplear una tipología que distinga el alcance y efectos del diálogo; esto es, si se trata solamente de una interacción bilateral con efectos limitados a las partes involucradas, o si genera una respuesta multilateral que pueda considerarse como una deliberación de alcance regional con efectos convergentes o divergentes predicables frente al conjunto». Góngora Mera, Manuel Eduardo, «Diálogo policéntrico», en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de Derecho procesal constitucional y convencional*, tomo I, México, Consejo de la Judicatura Federal-IIJ-UNAM, 2014, pp. 586-589.

está exento de dificultades. Los estudios empíricos sugieren que la multiplicación progresiva de tribunales colegiados de circuito no es la solución al problema del rezago y, aun si lo fuera, los costos en recursos materiales y humanos de esta estructura son insostenibles al largo plazo. Frente a esta problemática, como ya se citó, la Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo (1999-2001) recomendó establecer la obligación del quejoso y del tercero perjudicado de demandar todas las violaciones procesales simultáneamente para evitar que sean materia de análisis en otro amparo. Esta reforma, asumida en la nueva Ley de Amparo de 2013 con la introducción del llamado amparo directo adhesivo, resuelve hasta cierto punto los problemas de economía procesal derivados del ejercicio indebido del amparo directo, pero no los del federalismo judicial en sentido estricto, pues consolida dicha institución procesal como una auténtica tercera instancia federal y fortalece la constitución de *facto* de los tribunales colegiados de circuito como superiores jerárquicos de los poderes judiciales de los estados.

El escenario que motivó la crítica a la calidad e independencia de la justicia local en el constituyente de Querétaro de 1917 no es el mismo. Por eso, el dilema actual sobre el destino del amparo directo no debe radicar en la afirmación de una superioridad técnica y profesional de los tribunales federales sobre los locales, lo cual se suele sostener a veces como un lugar común, sin la evidencia empírica que una afirmación de esta dimensión amerita. Si fuera posible probar, en la actualidad, que la justicia local no está ni estará en posibilidades de ofrecer un servicio de impartición de justicia independiente e imparcial equivalente al del fuero federal, habría que pensar seriamente en transitar hacia un modelo en el que se federalice formalmente toda la justicia ordinaria, lo cual significaría, al menos, un uso de los recursos públicos más responsable.

Lo cierto es que difícilmente aparecerá un estudio capaz de descartar la posibilidad de una justicia local independiente y con solvencia técnica equivalente a la del fuero federal y, al margen de ello, el federalismo, como decisión política fundamental de la Constitución mexicana, no es una fantasía institucional, sino una consecuencia necesaria de una historia e identidad constitucionales a la que habría que dar todas sus consecuencias en el ámbito judicial.

Por tanto, si se está en disposición real de asumir las consecuencias mínimas de un sistema de doble jurisdicción (esto es, de un sistema verdaderamente federal), la reforma debe consistir necesariamente en restringir paulatinamente la procedencia del amparo directo y garantizar así una esfera de asuntos propios en la jurisdicción de los estados que permita transitar hacia un sistema de impartición de justicia más apropiado para los desafíos que presenta nuestra realidad.

CAPÍTULO IX
ÓRGANOS Y SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EUROPA Y AMÉRICA

OPORTUNIDADES CONSTITUCIONALES Y MAGISTRATURA

Karina Ansolabehere
Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Introducción

El último medio siglo se ha caracterizado por el desarrollo de la justicia constitucional. Específicamente la creación de tribunales constitucionales y la extensión de las facultades de control jurisdiccional de constitucionalidad. Como resultado de ello un interés creciente emergió acerca de la influencia de estas instituciones en los procesos políticos y sociales. Menor atención se ha prestado a la manera en que los cambios constitucionales relacionados con la jurisdicción son incorporados por sus destinatarios. En este marco el interrogante que dio lugar a este trabajo es ¿cómo adoptan los tribunales constitucionales las reformas a la constitución vinculadas con su jurisdicción?

Con este interrogante como guía, el foco de este estudio es el desarrollo de una propuesta para analizar la capacidad de los tribunales para aprovechar oportunidades constitucionales para desarrollar y consolidar un discurso judicial relacionado con el cambio. A fin de probar la viabilidad y pertinencia de la propuesta se la utilizará para el análisis de la Suprema Corte de Justicia Mexicana ante la reforma constitucional relacionada con derechos humanos en 2011.

Para reflexionar acerca del tema de interés el ángulo propuesto es el de la construcción del discurso judicial acerca de la jurisdicción. Específicamente, la manera en que las reformas constitucionales vinculadas con la jurisdicción afectan el discurso judicial. Esto así porque las primeras son el marco en que se inserta la interpretación de los tribunales; pero sin desconocer que la manera en que estos cambios se articulan en el discurso judicial es una arena con lógicas propias que pueden tener distintos desenlaces: la minimización, la reproducción o la amplificación. Lo cual supone que, si bien los cambios constitucionales no son indiferen-

tes a la instancia judicial, la manera en que impactan en el desarrollo del discurso judicial tiene varios niveles. Estos son los niveles que se van a indagar.

Este trabajo se inserta en forma crítica en el cuerpo de literatura que ha reflexionado sobre la manera en que la facilidad o dificultad de realizar cambios constitucionales impactan el comportamiento de los tribunales constitucionales. En su versión clásica esta literatura sostiene que a mayor dificultad para realizar reformas constitucionales menor constreñimiento de las cortes respecto de dichas reformas y a la inversa, por el miedo de estas instancias para ejercer control de constitucionalidad y que sus decisiones sean revocadas. El supuesto del miedo a los otros es el que guía esta perspectiva. Las cortes constitucionales evitarán que sus decisiones sean dejadas sin efecto por los otros poderes. Sin embargo, la respuesta del miedo no toma en cuenta la dimensión ideacional y simbólica interna al poder judicial, y las diferentes motivaciones de los actores judiciales específicos. Esta es la dimensión que busca destacar este trabajo.

En este contexto la pregunta que se busca responder en este trabajo es: ¿qué elementos debe contener una propuesta analítica sobre la relación entre cambios constitucionales vinculados con la función judicial y el desarrollo del discurso judicial sobre ellos?

De acuerdo con el institucionalismo discursivo entendemos al discurso judicial sobre la jurisdicción como *la representación de las ideas sobre la jurisdicción constitucional, transmitidas por diferentes vías, dirigidas a diferentes audiencias*. Por su parte las ideas son definidas como marcos de referencias sobre temas expresadas por actores específicos y que pueden identificarse tanto en forma concreta como abstractas acerca las filosofías o los metadiscursos sobre la institución de interés.

A fin de responder a la pregunta planteada en lo que sigue el trabajo se organiza de la manera siguiente. En primer lugar, se presenta una discusión acerca de la importancia de analizar los diferentes niveles de manifestación del discurso sobre la jurisdicción en contextos de cambio constitucional. En segundo lugar, se presenta la aproximación metodológica seleccionada para responder a la pregunta. En tercer lugar, se presentan los resultados del análisis y en cuarto se realiza una discusión de ellos.

El discurso judicial sobre la jurisdicción

Existe consenso acerca de que se produjo una extensión de la justicia constitucional en el mundo desde el final de la segunda guerra mundial reforzado por la tercera y cuarta ola de democratización. Esta extensión se expresó en un mosaico de diseños institucionales. Tribunales constitucionales autónomos separados de los

poderes judiciales o cortes supremas con funciones de control de constitucionalidad; control jurisdiccional de constitucionalidad difuso o concentrado; acceso amplio o restringido a la jurisdicción constitucional; facultades orientadas a resolver conflictos entre poderes o a garantizar derechos son algunas de las diferencias que se han documentado.

Ante la extensión de la jurisdicción constitucional en el mundo, nuevas líneas de investigación surgieron con interrogantes y debates acerca de las consecuencias de su protagonismo político y su capacidad para generar cambio social favorable a los grupos más desventajados. El debate se enfocó en qué tan deferentes con el poder político democrático deberían ser los tribunales constitucionales y qué tan activistas respecto de los derechos de los sectores más desventajados.

La atención en los procesos de decisión de estos tribunales, en sus configuraciones respecto del poder político y judicial, la influencia de sus ideologías profesionales, entre otros aspectos visibilizó la densidad de las arenas judiciales y la diversidad de dimensiones que las componen. Si bien a esta altura de la reflexión sobre el tema puede parecer de sentido común, no está demás destacar el consenso existente acerca de que el marco jurídico es el sustrato fundamental para los tribunales, pero otros aspectos también importan en los procesos de interpretación y aprovechamiento de las oportunidades constitucionales. Por ejemplo: la composición del tribunal, la ideología profesional de la institución, las redes de relaciones de estas instituciones, entre otras.

Desde el reconocimiento de la densidad de las arenas judiciales aquí queremos enfocarnos en la manera en que en el marco de esa densidad se procesan los cambios constitucionales vinculados con la jurisdicción.

La relación entre los cambios constitucionales y el comportamiento judicial ha sido problematizada y la perspectiva predominante es la que aquí llamamos del miedo. La mayor o menor restricción de las cortes por los cambios constitucionales estarán determinadas por lo probabilidad de que su decisión se deje sin efecto ante un nuevo cambio constitucional. El supuesto detrás de esta teoría es que una corte que prevé poco factible un cambio constitucional será menos deferente con el cambio, que una corte que prevea muy factible el cambio. Desde este punto de vista el cambio es función del diseño institucional del cambio constitucional y de la distribución del poder político para poder llevarlo a cabo.

Lo que aquí hemos llamado densidad de la arena judicial queda fuera de esta explicación. Motivaciones diferentes al miedo, como por ejemplo el prestigio, la legitimidad del tribunal, o el impulso de ideas que se consideran adecuadas, no tienen cabida.

Aquí buscamos desarrollar una perspectiva analítica que no pase por alto esta densidad y sostenemos que el contenido del discurso relacionado con estas ideas es una buena aproximación a las particularidades de esta arena.

La puerta de entrada para el desarrollo de la propuesta analítica es el institucionalismo discursivo. El principal interés de esta perspectiva, preocupada por la comprensión de los resultados políticos y sociales de las instituciones, es el análisis de las ideas y los discursos en las instituciones políticas. En nuestro caso el foco son las ideas y discursos de los tribunales constitucionales como una aproximación a los procesos de cambio que tienen lugar en su seno. La manera en que se analizará el tipo de adopción del cambio constitucional será a través del discurso judicial construido acerca de ellos.

Entonces nuestra categoría analítica fundamental es el discurso judicial sobre la jurisdicción constitucional. Entendemos al discurso como el proceso de representación de las ideas sobre la jurisdicción constitucional que se transmiten por diferentes vías: discursos públicos, documentos oficiales, programas institucionales, precedentes. Ideas que están dirigidas a diferentes audiencias.

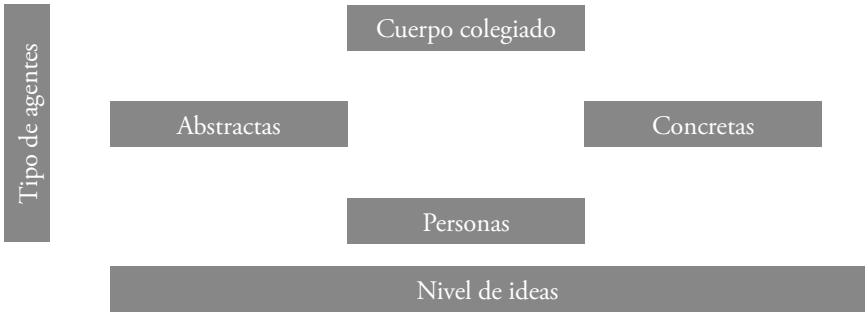
Las ideas son los ladrillos del discurso; los marcos de referencia sobre diferentes cuestiones. Estas ideas son impulsadas por agentes específicos. Estas se construyen en diferentes niveles: concreto, de definiciones y soluciones, cómo se resuelve una cosa; programático que remite al paradigma que subyace en el discurso, y finalmente las filosofías en que están las marcas de los meta —discursos acerca de los principios rectores o ideas sobre los apropiado.

Las características del discurso judicial será la combinación de estos tres niveles de ideas impulsadas por agentes distintos. Por ejemplo, un ministro o un cuerpo colegiado, a través de diferentes vías desde canales internos a formas de comunicación social y dirigidas a distintas audiencias: por ejemplo especializadas o no especializadas, internas a la institución o externas a la institución.

Aceptado lo anterior es importante subrayar algunos de los supuestos en los que se asienta la propuesta analítica. En primer lugar, que la lógica de las reformas constitucionales (la manera en que se reforman las constituciones, el discurso alrededor de ellas, los agentes y los resultados) son una arena diferente a aquella que se ve afectada por y adopta estas reformas. Estas otras arenas, en nuestro caso la arena judicial, tiene una densidad específica dada por la multiplicidad de actores, ideas previas, agentes emprendedores de las ideas, audiencias a las que se dirigen. Esta densidad se puede rastrear en el discurso judicial. El que ambas arenas, la de la reforma constitucional y la judicial sean diferentes, implica que no existe una traducción mecánica de los contenidos de la reforma a la arena judicial sino que en esta última puede ser adoptada de diferente manera: de forma integral incorporando los diferentes niveles de ideas, o parcial, donde se modifica un nivel de ideas pero no otro; de manera polifónica es decir en que diferentes agentes son los encargados de la comunicación o de manera monofónica, dirigido a una audiencia interna o externa, experta o no experta.

Es decir, la adopción, expresada en las características del discurso puede tener las siguientes características:

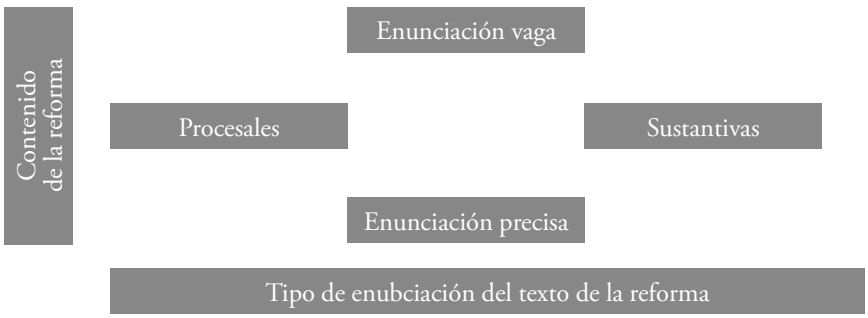
Dimensiones del discurso judicial



La combinación entre estos componentes es lo que permitirá caracterizar el tipo de adopción. En el plano de las ideas podemos tener una adopción integral vinculada con los tres niveles o bien una adopción que solo se enfoca en alguno de ellos. Por ejemplo, pueden ser ideas abstractas sobre lo adecuado, sobre la democracia constitucional, pero que no se expresan en forma concreta o a la inversa. Por su parte en términos de agentes emprendedores de estas ideas puede haber una persona o un grupo de personas que las promueve. Es decir, podemos encontrar adopciones más integrales y otras menos.

Desde el punto de vista de las reformas constitucionales, nuestro punto de interés son las vinculadas con la jurisdicción constitucional. Las reformas pueden clasificarse de diferente manera, de acuerdo con sus objetivos, de acuerdo con la parte de la constitución que a la que van dirigidas (orgánica o dogmática), contenidos de las reglas y/o principios incluidos en la medida en que sean contenidos procedimentales o materiales, o bien la precisión del contenido de la reforma según sea más difuso o preciso. Estas últimas dos dimensiones son las que se tomarán en cuenta. El siguiente esquema ilustra las posibilidades.

Tipos de reformas



Lo que podemos esperar es que las reformas materiales poco precisas generen mayores cambios en el discurso en la medida en que abren un amplio espacio para la interpretación siempre y cuando haya personas emprendedoras de estas ideas. En tanto las reformas procesales precisas se vincularán con cambios en el discurso más orientados a ideas concretas.

Para aplicar este marco al caso de México a continuación se presenta la metodología utilizada.

Metodología

En esta sección se desarrollan los criterios para analizar la plausibilidad de las categorías propuestas en el caso de la reforma constitucional en materia de derechos humanos que tuvo lugar en México en el mes de junio de 2011.[1] Entre otros aspectos, mediante esta se le otorga rango constitucional a los tratados internacionales que contengan derechos humanos de los que México sea parte y también se establece que el principio hermenéutico pro-persona guiará la actuación de las autoridades.

Se seleccionó esta reforma porque está profundamente vinculada con los alcances de la jurisdicción constitucional y la manera de ejercerla por parte del Poder Judicial Federal en general y el máximo tribunal en particular.

Para proceder al análisis de datos se utilizarán técnicas de análisis de contenido a fin de identificar los tipos de ideas predominantes en la adopción del cambio constitucional, así como las instancias que comunican y las audiencias a las que van dirigidas. También para caracterizar las reformas constitucionales.

Además, a fin de revisar las ideas concretas emergentes, se construyó una base de datos de tesis de jurisprudencia y aisladas emitidas entre 1999 y 2018 vinculadas con los temas: derechos humanos, tratados internacionales, control de convencionalidad, control difuso de convencionalidad, entre otros. La base de datos cuenta con 310 registros (tesis) y 8 columnas (año de emisión, órgano, identificador de la tesis, texto de la tesis, síntesis del criterio, tema, sentido de la resolución, votos disidentes, sentido de la tesis respecto de la reforma constitucional)

De acuerdo con el desarrollo anterior las dimensiones de análisis relacionadas con el discurso del máximo tribunal son las siguientes:

[1] DOF 10/06/2011: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011#gsc.tab=0

Ideas	Dimensiones	Evidencia	Fuentes
Marcos de referencia sobre diferentes cuestiones que pueden tener diferentes niveles de abstracción.	Diferentes niveles de generalidad Filosofías Operativas Concretas	Filosofías: visiones generales sobre su lugar como tribunal constitucional vinculadas con la reforma Operativas: Referencia explícita a las reformas sus ideas fundamentales y sus artífices en materia de control de constitucionalidad Concretas: criterios jurisprudenciales desarrollados sobre el control de constitucionalidad	Informes anuales del presidente del máximo tribunal Criterios jurisprudenciales del Pleno de la Suprema Corte de Justicia y sus salas
Agentes: actores individuales o colectivos emprendedores de las ideas	Los agentes pueden ser de diferente tipo: individuales, o colectivos. Ministras/as, salas, tribunal en pleno o presidencia del tribunal	Los agentes se identificarán a partir de quién presenta los diferentes tipos de ideas antes desarrolladas al interior de la institución.	Autores de informes Instancia emisora de los criterios

Fuente: elaboración propia.

Sin embargo, en el marco analítico propuesto se busca vincular el discurso judicial relacionado con la reforma constitucional con el contenido de la reforma constitucional. Para el análisis de las características de la reforma las categorías propuestas se sintetizan en la siguiente tabla.

Reforma	Dimensiones	Evidencia	Fuentes
Tipo de reformas realizadas	El contenido de la reforma se analizará según se orienta a establecer procesos, cómo se hacen las cosas o bien contenidos sustantivos en que se establece aquello que busca protegerse a través de la norma constitucional o se otorgan las facultades para hacerlo.	Contenido procesal: disposiciones acerca de cómo se hacen las cosas. Contenido sustantivas: contenidos vinculados con qué se protege. Qué debe proteger la jurisdicción constitucional por ejemplo.	Texto de las reformas constitucionales.
Tipo de enunciación	Refiera a la manera en que se enuncian las reglas y principios relacionados con la jurisdicción constitucional. Si son vagas es decir que establecen principios generales que guían la actuación, o bien pautas precisas que establecen responsabilidades de hacer.	Vaga: cuando las normas que establecen disposiciones generales sin especificar responsabilidades concretas. Precisa: cuando las normas de la reforma establecen pautas concisas acerca de las responsabilidades del tribunal constitucional.	Texto de las reformas constitucionales.

Fuente: elaboración propia.

A continuación, se aplicará la propuesta analítica al caso de interés.

Reforma constitucional en el discurso judicial

La reforma constitucional que nos interesa se trata de una reforma constitucional vaga, ubicada en la parte dogmática de la constitución, con estipulaciones fundamentalmente sustantivas. De acuerdo con el marco propuesto entonces es esperable que ante la existencia de actores judiciales interpelados por estas normas aprovechen la oportunidad constitucional. De esta manera la recepción podrá esperarse en diferentes niveles, con disonancia en la interpretación, y falta de unanimidad en los actores que impulsan las ideas.

Los resultados que se muestran a continuación apuntan a que esta conjetura es plausible. En este sentido, se sugiere que la propuesta analítica podría utilizarse para analizar los procesos de difusión de reformas constitucionales en otros entornos.

Suprema Corte de Justicia en México y reforma de derechos humanos

El actor central en el proceso de adopción de la reforma fue el presidente de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo de la Judicatura en ese momento, el Ministro Juan Silva Meza.

A través de su intervención complementó la filosofía que subyacía a la función del tribunal constitucional, con una que incluía en el centro de la función jurisdiccional la de la defensa y promoción de los derechos. Este giro sutil supuso el paso de un énfasis en la relación entre el máximo tribunal y el poder político hacia un énfasis sobre la función del tribunal constitucional en la promoción de los derechos de las personas y el logro de transformaciones sociales a partir del enfoque internacional de derechos humanos.

Este extracto del Informe anual del Presidente de la Suprema Corte de 2013 ilustra esta perspectiva

> «El Poder Judicial de la Federación atraviesa por un momento histórico. Esta es una etapa fundacional de lo que será el futuro de la impartición de justicia en México. **Las reformas constitucionales de los últimos cinco años, han puesto en el centro de la actividad del Estado y de la labor jurisdiccional, el respeto irrestricto de los derechos de las personas**. Los debates sostenidos dentro del Alto Tribunal a lo largo del año 2013, han continuado generando criterios y precedentes jurisprudenciales, ya característicos de la Décima Época jurisprudencial.

> **En ese marco, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha comenzado a jugar el papel pedagógico que le corresponde por su ubicación constitucional, tratando de extrapolar los resultados de su labor jurisdiccional, a toda la sociedad, a través de una difusión clara y directa de su función**.» (p. 9)

La manera en que a juicio del Presidente se interpreta la reforma constitucional, sus ideas programáticas, es:

a) como un diálogo intenso con el sistema interamericano de derechos humanos:

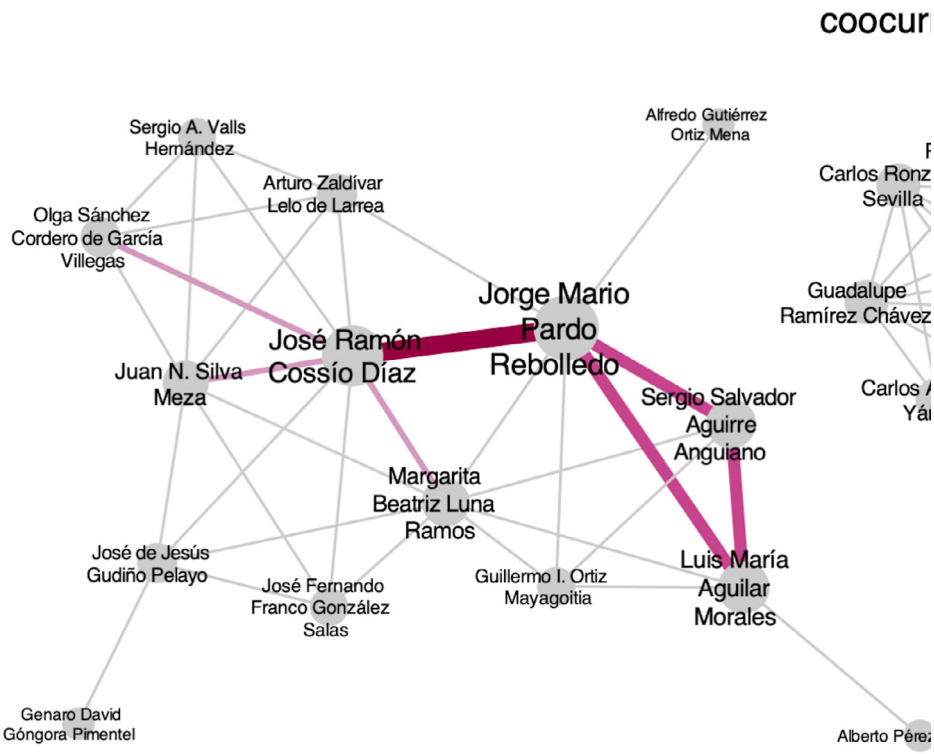
«A lo largo del año 2013, y como consecuencia de las resoluciones tomadas en relación con el caso Radilla, la Suprema Corte profundizó el diálogo jurisprudencial entablado con otros tribunales, en particular con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo han venido a complementar y catalizar el avance de la jurisprudencia de la Décima Época en México. También las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han sido utilizadas como un referente para los Órganos Jurisdiccionales de la región.» (p. 8)

b) A través de un proceso de sensibilización y socialización al interior de la institución a través de instancias de capacitación, y el diálogo de las personas juzgadoras.
c) A través de a función pedagógica de la jurisprudencia desarrollada.

Desde las ideas concretas esta reforma se plasmó en tres marcos fundamentales: la interpretación de la jerarquía de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del derecho, la obligatoriedad de las resoluciones de la corte interamericana de derechos humanos, y el control difuso de convencionalidad.

En estos ejes, se encontraron diferentes posiciones e interpretaciones. La gráfica siguiente sobre los votos disidentes en los asuntos que dieron lugar a tesis de jurisprudencia y aisladas en la materia expresan estas diferencias.

La gráfica anterior permite observar las diferencias en la adhesión de los ministros en los casos relacionados con los temas de interés. Es decir, la ausencia de unanimindad en la interpretación de los alcances de la reforma. El esquema ilustra que el Ministro Pardo opera como un ministro pivote en el tema en la medida en que coincide en disidencias con ministros que han manifestado posiciones más resistentes a la reforma y con otros que tienen posiciones menos resistentes.



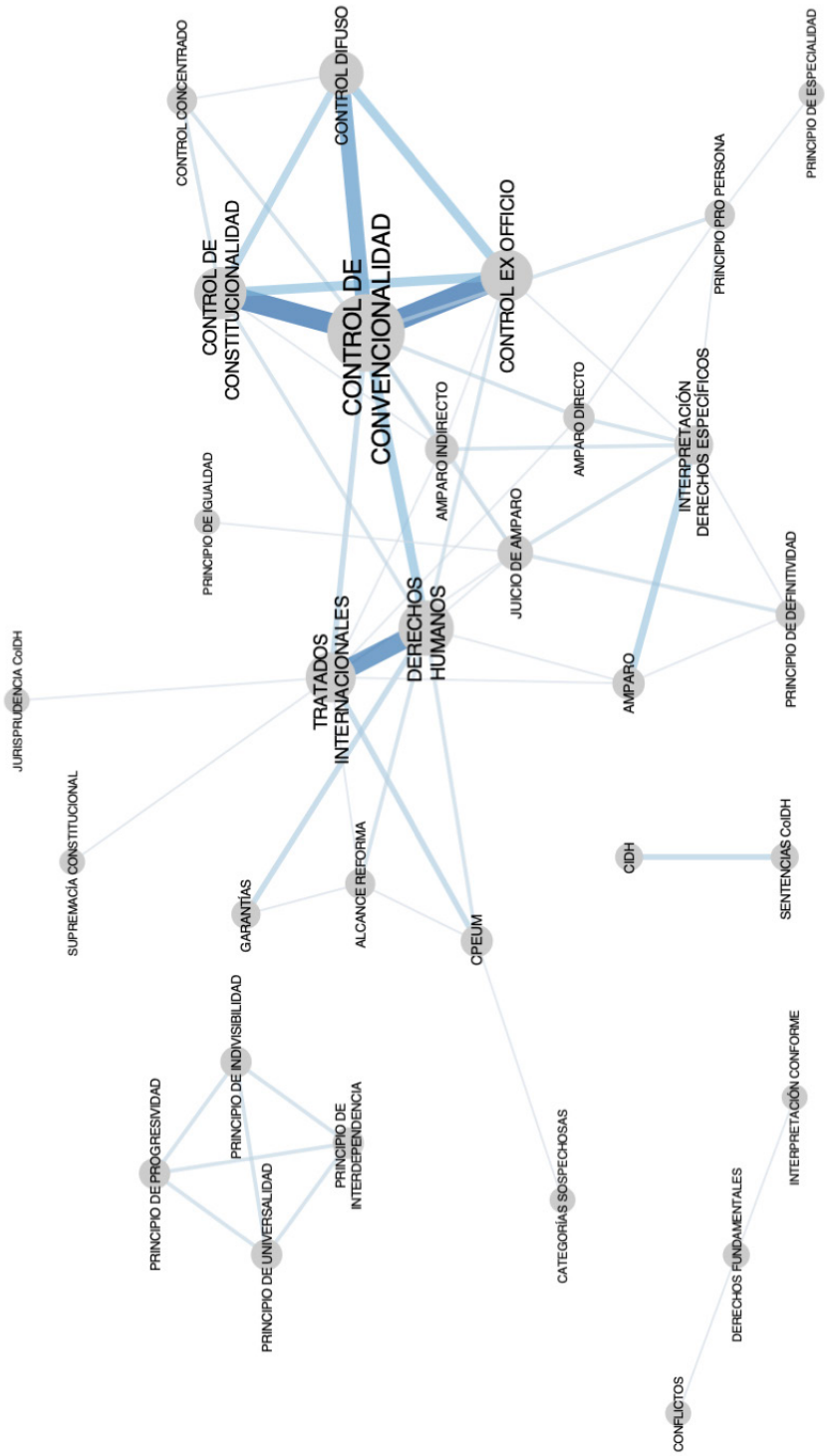
Fuente: elaboración propia a partir de base de datos de tesis de jurisprudencia y asladas en la materia 1999-2017

Una de las principales ideas que se oponen a la internacionalización del derecho constitucional es la de la supremacía constitucional frente a otras fuentes de derecho en casos en que la constitución establece límites explícitos. Esto se plasma en la jurisprudencia derivada de la contradicción 293/2012.

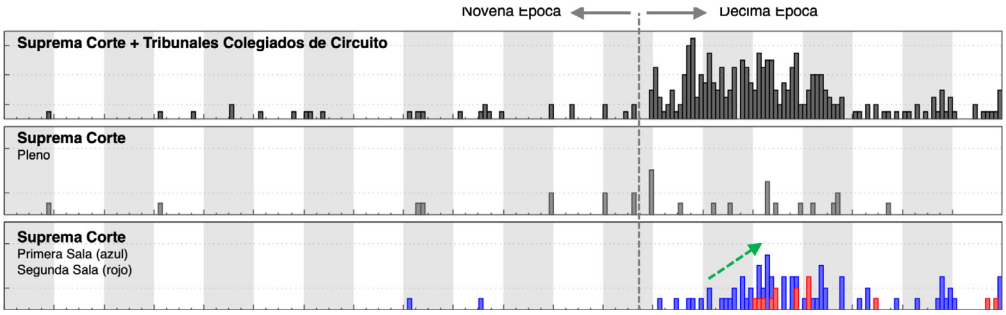
Las ideas centrales que estuvieron en el centro de la escena en el marco de la reforma fueron las relacionadas con el control de convencionalidad, el control difuso de convencionalidad y constitucionalidad y la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, así como la interpretación de derechos particulares. La gráfica siguiente ilustra esta particularidad.

Además de las diferentes posiciones de los ministros, se observa también un comportamiento diferente por parte de las salas del máximo tribunal. La primera sala a través de sus ideas es la que encabeza la interpretación más amplia de los principios de la reforma constitucional.

Sin embargo en esta empresa no solo participó la presidencia del máximo tribunal sino también un grupo de ministros cuyas redes de relaciones se presentan a continuación.

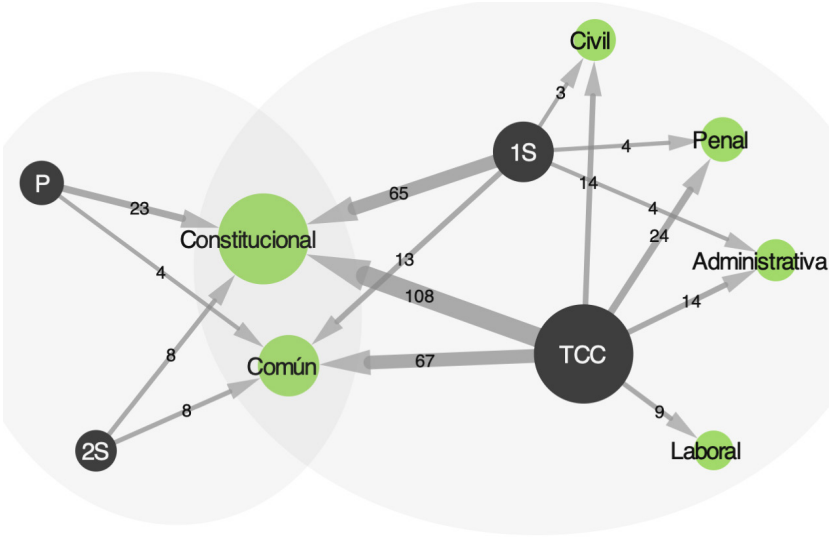


Fuente: elaboración propia.



La gráfica anterior, expresa estas diferencias: por una parte, puede identificarse que existe un antes y un después de 2011 en la generación de ideas de derechos humanos en el máximo tribunal. Y dentro de este es la primera sala fue la instancia más proactiva.

No solo la primera sala fue la instancia más proactiva, sino que sus criterios se centraron fundamentalmente en la materia constitucional, es decir en establecer pautas para la interpretación de la constitución de cara a la 10 época jurisprudencial.



Fuente: elaboración propia.

En pocas palabras, la promoción de las ideas vinculadas con esta reforma fue impulsadas por grupos, sobre todo la primera sala, y personas, el presidente del máximo tribunal. Sin embargo, fue un proceso en que visiones diferentes se expresaron y quedaron en evidencia diferencias no necesariamente sobre la filosofía de la reforma, pero sí sobre los alcances de esta.

En cuanto al nivel de abstracción de las ideas, en la medida en que la materia principal fue la constitucional se observa un nivel de abstracción alto en que predominan criterios relacionados con la utilización de las nuevas herramientas interpretativas como el principio pro-persona antes que aplicaciones concretas a situaciones particulares. Predominaron criterios metodológicos en que el máximo tribunal establece pautas para utilizar las nuevas herramientas interpretativas como por ejemplo el principio pro-persona.

Ahora bien. Analizada la recepción por parte del máximo tribunal de la reforma de derechos humanos, es momento de voltearnos a las características de la reforma constitucional que dio lugar al movimiento analizado.

Desde el punto de vista de las características de interés de la reforma esta es vaga y eminentemente sustantiva. El corazón de esta reforma, si bien involucra a varios artículos, se plasma en el artículo 1 de la constitución:

> «En los Estados Unidos Mexicanos **todas las personas gozarán de los derechos humanos** reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> **Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia**.
>
> **Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad**. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.
>
> Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.
>
> Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas» (CPEUM art.1)

La reforma no solo está en el parte dogmática de la constitución a través de la cual la resignifica, sino que también establece criterios interpretativos para las

normas vinculadas con los derechos humanos que ponen en pie de igualdad la constitución con las disposiciones de los tratados internacionales en la materia.

La enunciación difusa en este caso se relaciona con la referencia a las normas relativas a derechos humanos sin especificar cuáles son y por otra parte a la referencia a todas las autoridades sin especificar a cuáles se hace referencia.

Ante este marco constitucional, el margen de interpretación y recategorización de las ideas que supone al interior del tribunal constitucional es amplio. Esta amplitud es justamente la que da cuenta de la amplitud de la interpretación observada en el máximo tribunal.

Conclusiones

La pregunta que este trabajo buscó responder fue cómo podemos comprender la influencia de las reformas constitucionales en sede judicial partiendo de la base de que la interpretación de estas es un proceso diferente, al de la aprobación de las reformas constitucionales.

En este tener discutimos visiones aceptadas acerca de la implementación de las reformas constitucionales por los tribunales que enfatizan el miedo a que sus decisiones sean revertidas por los otros poderes. Sin descartar complemente el supuesto del miedo, en el análisis se enfatizó la importancia de las personas internas a la institución emprendedoras de las ideas plasmadas en la reforma que influyan en el discurso judicial sobre el tema.

En línea con esta perspectiva se propuso una aproximación analítica que relacionaba las características de las reformas constitucionales, específicamente su precisión o vaguedad y el tipo de normas que entrañan: procedimentales o sustantivas. El supuesto es que si las reformas son vagas y sustantantivas es probable que exista una adoptación no unánime y a distintos niveles por parte de los tribunales constitucionales dependiendo del tipo de emprendedores de ideas

El análisis de la reforma constitucional de derechos humanos en México, dio cuenta de que esta propuesta es plausible. El presidente del máximo tribunal y la primera sala fueron los principales promotores de estas ideas y la adopción se dio tanto a nivel de la filosofía institucional como de los marcos programáticos, y los criterios concretos.

Bibliografía

Ansolabehere, Karina. «Legal institutions as arenas for promoting human rights.» En *Handbook of Law and Society in Latin America*. New York: Routledge, 2019.

Botero, Sandra, Sandra. *Courts that matter: Judges, Litigants and the Politics of Rights Enforcement in Latin America*. Notre Dame, 2015.

Brinks, Daniel M., y Varun Gauri. «The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights». *PERSPECTIVES ON POLITICS* 12, núm. 2 (2014): 375-93.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. «Derecho Procesal Constitucional». En *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional*, 462-65. CDMX, México: IIJ UNAM, 2014.

Ginsburg, Tom. *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. Book, Whole. Cambridge University Press, 2003.

Navia, Patricio, y Julio Ríos-Figueroa. «The constitutional adjudication mosaic of Latin America». *Comparative Political Studies* 38, núm. 2 (2005): 189-217.

Negretto, Gabriel L. «Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America». *Law & Society Review* 46, núm. 4 (2012): 749-79. https://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2012.00516.x.

Pou Jimenez, Francisca. «Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice». En *Routledge Handbook of Law and Society In Latin America*. Nueva York: Routledge, 2019.

Pozas-Loyo, Andrea, y Julio Ríos-Figueroa. «Politics of Amendment Processes: Supreme Court Influence in the Design of Judicial Councils, The». *Tex. L. Rev.* 89 (2010): 1807.

Schmidt, Vivien A. «Analyzing Ideas and Tracing Discursive Interactions in Institutional Change: From Historical Institutionalism to Discursive Institutionalism». *APSA 2010 Washington*, 1 de enero de 2010. https://www.academia.edu/68967680/Analyzing_Ideas_and_Tracing_Discursive_Interactions_in_Institutional_Change_From_Historical_Institutionalism_to_Discursive_Institutionalism.

Schmidt, Vivien A. «Discursive institutionalism: The explanatory power of ideas and discourse». *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11 (2008): 303-26.

Shapiro, Martin M., y Alec Stone Sweet. *On law, politics, and judicialization*. Book, Whole. Oxford ; New York: Oxford ; New York : Oxford University Press, 2002.

Staton, Jeffrey K, y Georg Vanberg. «The value of vagueness: delegation, defiance, and judicial opinions». *American Journal of Political Science* 52, núm. 3 (2008): 504-19.

Yamin, Alicia Ely, y Siri Gloppen. *Litigating health rights : can courts bring more justice to health*. Book, Whole. Cambridge, MA: Cambridge, MA : Human Rights Program, Harvard Law School : Harvard University Press, 2011.

CONSIDERACIONES COMPARATIVAS ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VIGENTE Y SOBRE LA CORTE CONSTITUCIONAL POSTULADA EN EL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN

Humberto Nogueira Alcalá
Profesor de la Universidad de Talca

Introducción

La defensa de la Constitución exige que se respeten las competencias de los órganos y los procedimientos para la generación de nuevos enunciados normativos, como asimismo la resolución de conflictos entre los órganos constitucionales y el respeto, aseguramiento, garantía y promoción de los derechos fundamentales asegurados en la Carta Fundamental por el órgano constituyente, como asimismo, que se respete, asegure, garantice y promueva los derechos fundamentales[1], con la finalidad de prevenir y eventualmente reprimir su vulneración, restableciendo en su caso la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución.

La defensa de la Constitución se realiza a través de la jurisdicción constitucional, lo que explicita que «*el poder del gobierno está limitado por normas constitucionales y que se han creado procedimientos e instituciones para hacer cumplir esta limitación*»[2], *como asimismo, precisa la existencia de un 'nuevo tipo de normas, institucionales y procedimientos constitucionales en un intento de limitar y controlar con ellos el poder político*»[3], como señala Mauro Cappelleti.

La instauración de un sistema de jurisdicción constitucional y su eficacia frente a órganos estatales y a particulares determinan la fuerza normativa de la Constitución, lo que es una de las columnas básicas del Estado Constitucional contemporáneo, que lo diferencia del Estado Legal de Derecho.

---

[1] Ver Schmitt, Carl (1931). *La Defensa de la Constitución*. Ed. Labor, Barcelona.

[2] Capelletti, Mauro. (1986) ¿Renegar de Monstesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional*? Revista española de Derecho Constitucional,* núm. 17, p. 12-13.

[3] Capelletti, Mauro. (1986). Ob. cit. p. 13.

Existirá así *jurisdicción constitucional* cuando existan *tribunales* que ejercen la potestad para conocer y resolver, mediante un procedimiento preestablecido y con efecto de cosa juzgada, los conflictos constitucionales que se promueven dentro del Estado respecto de las materias o actos que la Constitución determine, garantizando la fuerza normativa de la Constitución.

Los órganos que realizan control jurisdiccional de constitucionalidad pueden ser los tribunales de justicia ordinarios a través de un control difuso o concentrado, o tribunales especializados como son las Cortes o Tribunales Constitucionales, asimismo, puede concretarse dicho control a través de modelos mixtos o híbridos que combinan en grados variables el control jurisdiccional ordinario y de tribunales constitucionales o el control difuso por tribunales ordinarios y el control concentrado en una Corte Suprema o una Sala especializada en materia constitucional de ella.

En el modelo de control concentrado de constitucionalidad lo *contencioso constitucional se distingue de lo contencioso ordinario*, pudiendo ser un control preventivo o a priori o un control represivo o reparador, *es competencia de un solo tribunal determinado constitucionalmente* con tal fin, el que *resuelve dichas controversias a iniciativa de determinadas autoridades u órganos estatales, a petición de las jurisdicciones ordinarias o de particulares, en base a razonamientos jurídicos, produciendo su sentencia efecto de cosa juzgada*

Chile desde la Constitución de 1925 se ha caracterizado por establecer un control concentrado de constitucionalidad sobre las leyes, el que se radicó en la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de carácter reparador y con efectos inter partes, y a partir de 1971, se estableció un doble control concentrado de constitucionalidad de los preceptos legales, uno de naturaleza preventiva que realizaba el Tribunal Constitucional y uno de carácter reparador o a posteriori que realizaba la Corte Suprema, este modelo opero durante la vigencia de dicha Constitución hasta el Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973. Este control se restablece en la Constitución de 1980, a partir del 11 de marzo de 1981 y rige hasta la reforma constitucional del 2005. En esta reforma se eliminó el control de constitucionalidad de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales con efecto inter partes que desarrollaba la Corte Suprema y se adopta por parte del poder constituyente instituido la decisión de la concentración de la jurisdicción constitucional en materia de preceptos legales únicamente en el Tribunal Constitucional, el cual desarrolla tanto un control preventivo obligatorio sobre proyectos de ley orgánicas Constitucionales y leyes interpretativas de la Constitución (Art. 93 Nº 1), un control preventivo facultativo sobre las reformas constitucionales, los demás tipos de leyes (Art. 93 Nº 3) y sobre tratados internacionales, como un control reparador abstracto sobre leyes vigentes con efectos generales o derogatorios, mediante acción popular o de oficio por el

Tribunal Constitucional con varios pre requisitos, y un control reparador concreto con efectos inter partes, mediante la acción de inaplicabilidad de preceptos legales cuya aplicación que se siga ante cualquier tribunal ordinario o especial, resulta contraria a la Constitución (Art. 93 Nº 7).

Debemos señalar que en Chile se concreta un control relativamente difuso en las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, teniendo estas últimas la jurisdicción en materia de las acciones de protección (amparo o tutela) y las acciones de amparo (habeas corpus en el derecho comparado), según dispone directamente los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República, como asimismo, la Corte Suprema, a través del recurso de nulidad en materia procesal penal, puede determinar la nulidad del proceso por violación de derechos fundamentales.

Así, en el caso chileno, son jueces constitucionales los magistrados que integran los tribunales superiores de justicia (las Cortes de Apelaciones cuando resuelven acciones constitucionales de amparo (Habeas Corpus) y de protección (Amparo o tutela en el derecho comparado latinoamericano); la Corte Suprema cuando resuelve apelaciones de dichas acciones de amparo y protección, como también cuando resuelve recurso de nulidad en materia procesal penal por violación de derechos fundamentales y acciones de reclamación de nacionalidad por privación o desconocimiento de la nacionalidad; los jueces laborales cuando resuelven amparos laborales, los jueces de letras cuando resuelven la acción de discriminación arbitraria, como el Tribunal Constitucional, en el ámbito de sus competencias tasadas.

Así podemos distinguir los jueces de jurisdicción ordinaria que ejercen, dentro de sus competencias, jurisdicción constitucional, de los jueces constitucionales especializados que son los magistrados de los tribunales o Cortes constitucionales.

Finalmente para cerrar esta introducción consideramos conveniente desarrollar un concepto de Corte o Tribunal Constitucional, que será el centro de nuestras reflexiones. Los tribunales o cortes constitucionales son *órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, independientes e imparciales, que tienen por función esencial y exclusiva la interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución, mediante razonamientos jurídicos, a través de procedimientos contenciosos constitucionales referentes como núcleo esencial a la constitucionalidad de normas infra constitucionales y la distribución vertical y horizontal del poder estatal, agregándose, generalmente, la protección extraordinaria de los derechos fundamentales, que actúan en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada, pudiendo expulsar del ordenamiento jurídico las normas consideradas inconstitucionales. Todo ello sin perjuicio de otras competencias vinculadas a la aplicación directa de la Constitución.*

1. Caracterización de la Corte Constitucional

En la Constitución vigente no existe una caracterización del Tribunal Constitucional a diferencia de lo que establece la propuesta de nueva Constitución.

En efecto, el artículo 377 de la propuesta de nueva Constitución determina que, «La Corte Constitucional es un órgano autónomo, técnico y profesional encargado de ejercer la justicia constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución de acurdo con los principios de deferencia al órgano legislativo, presunción de constitucionalidad de la ley y búsqueda de una interpretación conforme con la constitución. Sus resoluciones se fundan únicamente en razones de derecho».

2. El estatuto del Tribunal Constitucional vigente y de la propuesta de Corte Constitucional en el proyecto de nueva constitución[4]

La necesidad de dotar de independencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales al Tribunal o Corte Constitucional y de independencia e imparcialidad a los magistrados que lo integran, hacen necesario que el ordenamiento jurídico contemple ciertas exigencias que eviten la politización contingente de los jueces, además de una formación y experiencia jurídica sólida, lo que hace dirigir la mirada sobre el sistema y requisitos para ser nombrado juez del Tribunal Constitucional, la duración del cargo, las posibilidades de reelección, el sistema de inhabilidades e incompatibilidades, como asimismo, el sistema de la elección del Presidente del Tribunal.

I. La integración del Tribunal o Corte Constitucional

El artículo 92 de la Constitución vigente establece que «Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros».

En el caso de la propuesta de Constitución, en el artículo 378, en su numeral 1º, dispone que la «Corte Constitucional estará conformada por once integrantes».

La propuesta amplia en un miembro la composición de la Corte, lo que permite una integración impar que puede solucionar los casos de empate para nom-

[4] El texto de propuesta de nueva Constitución deberá someterse a referéndum el 4 de septiembre de 2022, donde si se aprueba será la nueva constitución, si se rechaza, deberá buscarse un nuevo proceso constituyente y mientras tanto seguirá vigente la Constitución actual. A un mes y medio de dicho referéndum todas las encuestas dan como ganador al rechazo.

brar presidente del tribunal o para establecer una mayoría en el ámbito del ejercicio de sus competencias.

El artículo 92 de la Constitución vigente determina los nombramientos de integrantes de la siguiente forma: a) Tres designados por el Presidente de la República. b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional.

Dos son nombrados directamente por el Senado y otros dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectúan en votaciones únicas y requieren para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda. c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.

Los miembros del Tribunal permanecen en funciones nueve años y se renovarán por parcialidades cada tres. El inciso 3º del artículo 92º de la Constitución vigente, determina que no podrán ser reelegidos, salvo aquél que lo haya sido como reemplazante y haya ejercido el cargo por un período menor a cinco años. Cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad

La propuesta de Constitución en el artículo 378, numeral 2º, prevé que las juezas y jueces de la Corte Constitucional duran nueve años en sus cargos no serán reelegibles y se renuevan por parcialidades cada tres años en la forma que establezca la ley.

A su vez, el artículo 378, en su numeral 3º, precisa que su designación o nombramiento se efectuará sobre la base de criterios técnicos y de mérito profesional de la siguiente manera:

a) Cuatro integrantes elegidos en sesión conjunta del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones por la mayoría de sus integrantes en ejercicio.
b) Tres integrantes elegidos por el Presidente de la República.
c) Cuatro elegidos por el Consejo de la Justicia a partir de concursos públicos. En caso de ser designados juezas o jueces del sistema nacional de Justicia quedarán sus pendidos de sus cargos judiciales de origen en tanto se extienda su función en la Corte Constitucional.

La propuesta de Constitución cambia la forma de integración que tenía el Tribunal Constitucional vigente al establecer que los cuatro miembros elegidos por el parlamento bicameral asimétrico lo serán en sesión conjunta y por la mayoría de sus integrantes de manera tal que los cuatro serán elegidos por la misma mayoría y en la cual tendrá mayor participación el Congreso de Diputadas y Diputados que tiene mayor número de miembros que la Cámara de las

regiones, a diferencia de los dos miembros elegidos por el Senado y dos por la Cámara de Diputados con la confirmación del senado por mayoría calificada de dos tercios.

Se mantiene el nombramiento por parte del Presidente de la República de tres jueces del Tribunal Constitucional en la Corte Constitucional, manteniéndose dicho nombramiento en forma discrecional, sin control inter orgánico.

A su vez se establece la intervención del Consejo de la Justicia en vez de la Corte Suprema en el nombramiento de cuatro miembros de la Corte Constitucional, lo que abre la posibilidad de una carga más política en el nombramiento de dichos magistrados por el hecho de la integración de dicho Consejo de la Justicia, asimismo, esta nueva forma de integración permite el nombramiento de jueces o ministros de los tribunales de justicia, lo que estaba vedado para integrar el Tribunal Constitucional vigente.

Debe tenerse presente que el artículo 6º, numeral 2º, de la proposición de nueva constitución determina que, en los órganos colegiados, deben tener una composición paritaria que asegure al menos un cincuenta por ciento de mujeres.

II. Periodo de ejercicio del cargo de juez o juez constitucional, inamovilidad y posible reelección

Se mantiene el periodo de nueve años en el ejercicio del cargo y la renovación por parcialidades cada tres años. Asimismo, se mantiene la prohibición de nuevo nombramiento, asimismo se elimina la excepción que contempla la Constitución vigente de la posibilidad de reelección cuando el juez o jueza constitucional haya ejercido el cargo por menos de la mitad del periodo en reemplazo de un magistrado que se haya retirado por edad o cualquier otro motivo..

En ambos textos se establece la inamovilidad del cargo, en el artículo 92 de la constitución vigente y en el primer inciso del artículo 379 de la propuesta de nueva constitución.

Consideramos más adecuado que los magistrados o ministros de un Tribunal o Corte Constitucional no sean susceptibles de ser acusados constitucionalmente por sus votos u opiniones emitidos en sus resoluciones o sentencias, sino solamente puedan ser objeto de imputación y condena en el caso de cometer delitos por el tribunal de justicia competente correspondiente, luego de un debido proceso, según determine el respectivo ordenamiento jurídico.

En el derecho comparado latinoamericano se entrega al Congreso o Asamblea Nacional la posibilidad de destituir los magistrados del Tribunal Constitucional a través del juicio político o acusación constitucional, lo que constituye un riesgo para la adecuada independencia de los magistrados en el ejercicio de sus funciones.

El precedente peruano sobre la materia durante el régimen de Fujimori en Perú[5], que impidió al tribunal conocer de acciones de inconstitucionalidad por un buen periodo, por carecer de quórum para ello, como asimismo, la acusación constitucional que se mantuvo latente sobre cinco de los nueve magistrados del Tribunal Constitucional de Ecuador en 2003, que luego terminó en el Gobierno de Lucio Gutiérrez con la destitución de todos los Ministros del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema del Ecuador en un juicio político parlamentario, sin debido proceso[6]; como asimismo la amenaza por el gobierno contra los magistrados del Tribunal Constitucional de Bolivia durante los años 2007 y 2008, que llevó a su anulación por renuncia de todos sus magistrados, lo que constituye una confirmación de dicho riesgo.

La inamovilidad es regla en Alemania (art. 97 Constitución); España (art 159.5 Constitución); en Portugal (art. 222.5 Constitución); en Perú (art. 14 LOTC); en Rusia (art. 12 y 14 LCFCC), en Armenia (art. 8 LCC), Colombia (art. 178 Constitución); Ecuador (art. 431 Constitución); Guatemala (Art 161 LAEPC), entre otros países.

La renovación por parcialidades en plazos determinados es conveniente, ya que limita el impacto de las decisiones de las autoridades que deben decidir los nuevos magistrados, permite a los nuevos magistrados adquirir el saber hacer de la respectiva Corte o Tribunal Constitucional, incorpora los cambios de perspectiva o de valores sin generar problemas de estabilidad y continuidad del respectivo tribunal y permite preservar la memoria institucional. Así ocurre también en España (art. 159.3 de la Constitución); en Francia, a excepción de los miembros de derecho; en Albania; en Rumania; en Marruecos; Mauritania; en Nigeria; entre otros países.

Nos parece adecuado el periodo de nueve años establecido, el cual otorga estabilidad a los magistrados y consideramos que debe mantenerse. Este periodo contribuye también a la autonomía y a la independencia intelectual del magistra-

[5] En la materia la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó la vulneración del derecho a un juicio justo y las garantías judiciales en vulneración del artículo 8° y 25° en armonía con el artículo 1° de la CADH, estableciendo como medida de reparación la reincorporación de los Magistrados por el periodo que restaba para el ejercicio legítimo de sus funciones, lo que fue asumido por Perú, durante el Gobierno de Transición del Presidente Paniagua. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú.* Sentencia de 31 de enero de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N° 71.

[6] Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó en sentencia de 2013, la vulneración en dicho juicio político de los derechos a las garantías judiciales de todos los magistrados destituidos, estableciendo como reparación para cada uno de ellos, una compensación de varios cientos de miles de dólares que deben ser pagados por el Estado del Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013.

do, cuyo mandato excede el del órgano que realiza su nombramiento y es un periodo generalizado en una cantidad importante de tribunales constitucionales como España, Francia, Italia, Portugal, Albania, Polonia, Rumania, Bulgaria, Eslovenia, Ecuador, Marruecos, Burkina Faso, Mauritania, Camerún, entre otros.

Una corta duración del mandato de los magistrados constitucionales no posibilita a los magistrados adquirir la experiencia del saber hacer necesario para el desempeño de sus funciones y la rotación acelerada de ellos genera problemas a su estabilidad institucional como asimismo al desarrollo de una jurisprudencia coherente, lo que genera inseguridad a los justiciables.

El mandato por un periodo delimitado asegura una previsibilidad mayor de su reemplazo y una igualación de la influencia de los magistrados constitucionales en la toma de decisiones y en la evolución del órgano respectivo.

III. Requisitos para poder ser nombrado jueza o juez constitucional

El artículo 92, inciso 2º, de la Constitución vigente determina que quienes postulen al cargo de miembro del Tribunal Constitucional Deben tener a lo menos a) quince años de título de abogado, b) haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, c) no podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez, d) estarán sometidos a las normas de los artículos 58, 59 y 81 y e)no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, ni cualquier acto de los establecidos en el inciso segundo y tercero del artículo 60 de la Constitución..

Los artículos 58 y 59 de la Constitución se refieren a las incompatibilidades e inhabilidades sobrevinientes de los parlamentarios y el artículo 81, regula el fuero penal de los magistrados. Asimismo, los magistrados, no pueden realizar los actos establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 60, los que prohíben celebrar o caucionar contratos con el Estado, actuar como abogado o mandatario en cualquier clase de juicios contra el Fisco, ser procurador o agente en gestiones particulares de carácter administrativo, en la provisión de cargos públicos, consejerías funciones o comisiones de similar naturaleza, como asimismo el que acepte ser director de banco o de una sociedad anónima o ejercer cargos de similar importancia en dichas actividades. El desarrollo de tales actos están prohibidos sea que sean desarrollados por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, o por medio de una sociedad de personas de la que forme parte.

El artículo 378 de la propuesta de nueva Constitución, en su numeral 4º mantiene el requisito abogada o abogado con quince años de ejercicio profesional con reconocida y comprobada competencia e idoneidad profesional o académica y, preferentemente de distintas especialidades del derecho.

El establecimiento de inhabilidades relativas e incompatibilidades contribuyen a favorecer o potenciar la independencia e imparcialidad de las juezas o jueces constitucionales.

IV. Reemplazo de quién cese en el cargo

El artículo 92 de la Constitución vigente, en su inciso 4º, señala si un miembro del Tribunal Constitucional cesa en su cargo, se procederá a su reemplazo por quien corresponda, de acuerdo con el inciso primero de este artículo y por el tiempo que falte para completar el período del reemplazado. El texto de la proposición de nueva constitución carece de una norma similar que determine la seguridad jurídica de la forma de determinar los reemplazos de juezas o jueces que por diversas razones no pueden cumplir todo el periodo para el cual fueron nombrados.

V. Funcionamiento del Tribunal o Corte Constitucional

El mismo artículo 92 señala que el Tribunal Constitucional funcionará en pleno o dividido en dos salas. En el primer caso, el quórum para sesionar será de, a lo menos, ocho miembros y en el segundo de, a lo menos, cuatro. El Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría, salvo los casos en que se exija un quórum diferente y fallará de acuerdo a derecho. El Tribunal en pleno resolverá en definitiva las atribuciones indicadas en los números 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 11º del artículo siguiente. Para el ejercicio de sus restantes atribuciones, podrá funcionar en pleno o en sala de acuerdo a lo que disponga la ley orgánica constitucional respectiva.

El artículo 382, numeral 1º determina que las sentencias de la Corte Constitucional se adoptarán en sala o pleno por la mayoría de sus integrantes sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución o la ley»

La diferencia está dada entre ambos textos por el mayor desarrollo y precisión de atribuciones de las salas o el pleno en la Constitución vigente, mientras el texto de la propuesta deja mayor ámbito de acción al legislador.

VI. Regulación legal de organización, funcionamiento, procedimientos, planta, régimen de remuneraciones y estatuto del personal

El inciso final del artículo 92 de la constitución vigente precisa que «Una ley orgánica constitucional determinará su organización, funcionamiento, procedimientos y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal.

El artículo 378 inciso final de la propuesta de constitución replica el artículo 92 inciso final del texto vigente, con la diferencia de que la ley establecida en la Constitución vigente requiere de un quorum de cuatro séptimos de los diputados y senadores, pasando por un control de constitucionalidad preventivo y obligatorio, tipo de ley que es eliminada de la propuesta constitucional.

La propuesta de nueva constitución no hace referencia a la posibilidad de la Corte Constitucional de funcionamiento en pleno o en dos salas como si lo precisa el artículo 92 de la Constitución vigente.

VII. Causales de cesación de juezas y jueces constitucionales

La propuesta de nueva constitución tiene el artículo 379 que establece la independencia de todo otro poder de juezas y jueces constitucionales que integren la Corte Constitucional y precisa las causales de cesación en el cargo: por haber cumplido su periodo, por incapacidad legal sobreviniente, por renuncia, por sentencia penal condenatoria, por remoción, por enfermedad incompatible con el ejercicio de la función o por otra causa establecida en la ley.

La propuesta de constitución establece el artículo 380, numeral 1º que el ejercicio del cargo de las juezas o jueces de la Corte Constitucional es de dedicación exclusiva.

VIII. Inhabilidades de juezas y jueces

En la Constitución vigente, las inhabilidades e incompatibilidades se encuentran reguladas por la ley orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

El numeral 2º del artículo 380, determina que no podrán ser juezas o jueces de la Corte Constitucional quienes tuvieren las siguientes inhabilidades: desempeñado en cargos de elección popular, quienes hayan desempeñado el cargo de ministra o ministro de Estado y otros cargos de exclusiva del gobierno, durante los dos años anteriores a su nombramiento. Asimismo quienes integren la Corte Constitucional tendrán las inhabilidades e incompatibilidades contempladas para las juezas y los jueces del Sistema Nacional de Justicia.

El numeral 3º indica que al terminar su periodo y durante los dieciocho meses siguientes no podrán optar a ningún cargo de elección popular o de exclusiva confianza de autoridad pública alguna.

El numeral 4º establece que la ley determinará las demás incompatibilidades e inhabilidades para el desempeño de este cargo.

3. Las atribuciones del Tribunal Constitucional vigente y de la Corte Constitucional en la propuesta constitucional

I. El control preventivo de constitucionalidad

El artículo 93 de la Constitución en sus numerales 1º y 3º, establecen un control de constitucionalidad preventivo obligatorio o facultativo. En efecto el artículo 93 establece un control preventivo obligatorio en su numeral 1º: «Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación».

El control preventivo facultativo está previsto en el artículo 93 Nº 3 y se hace efectivo para «Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso».

El control preventivo se establece para superar los conflictos entre el parlamento y el Presidente de la República en materias de respeto de los quórums previstos constitucionalmente, en el procedimiento de formación de la ley, respeto de la iniciativa exclusiva del Presidente en determinadas materias, respeto de las competencias del ámbito de la ley y el reglamento autónomo y de ejecución de los preceptos legales; y los procedimientos, quorum y competencias de los órganos que participan en las reformas constitucionales.

El artículo 381º que establece las atribuciones de la Corte Constitucional elimina el control preventivo, como asimismo la propuesta constitucional elimina las leyes interpretativas de la Constitución y las leyes orgánicas constitucionales y su quorum de cuatro séptimos.

II. El control reparador de constitucionalidad

a) *Acción o cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*

El artículo 93 de la constitución establece un control concreto a través del numeral 6º, para «Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución»; En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por «cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique

la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad».

En el artículo 381 de la propuesta de constitución, en su numeral 1º, determina como atribución de la Corte Constitucional de conocer y resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuyos efectos sean contrarios a la Constitución. El tribunal que conoce de una gestión pendiente de oficio o previa petición de parte, podrá plantear una cuestión de constitucionalidad respecto de un precepto legal decisorio para la resolución de dicho asunto. El pronunciamiento del juez en esta materia no lo inhabilitará para seguir conociendo del caso concreto. No procederá esta solicitud en el asunto (que) está sometido al conocimiento de la Corte Suprema. La Corte constitucional decidirá la cuestión de inaplicabilidad por mayoría de sus integrantes.

Ambos textos disponen la misma atribución, con la diferencia que la propuesta de constitución elimina la posibilidad de la parte para acceder directamente a la jurisdicción constitucional lo que permite el texto vigente. Asimismo la propuesta de constitución no habilita dicho requerimiento por parte de la Corte Suprema. El quorum para resolver el caso determinando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad es de la mayoría de las juezas o jueces constitucionales tanto en el texto actual como en la propuesta constitucional.

b) *Acción de inconstitucionalidad*

El artículo 93 Nº 7 establece la acción de inconstitucionalidad como control abstracto: «Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior».

«En el caso del número 7º, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio».

En la propuesta de constitución el artículo 381, literal b; determina la atribución de «Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal».

«Si existen dos o más declaraciones de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme a la letra a) de este artículo, habrá acción pública para requerir a la Corte la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de esta para declararla de oficio. Esta declaración de inconstitucionalidad se efectuará con el voto conforme de los tres quintos de las o los integrantes en ejercicio de la Corte Constitucional.

«Asimismo la Corte Constitucional podrá declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal que hubiere sido declarado inaplicable previamente, conforme a la letra a) de este artículo, a petición de la Presidenta o el Presidente de la República, de un tercio de quienes integren el Congreso de Diputadas y Diputados o la Cámara de las Regiones, de una gobernadora o gobernador regional, o de a lo menos la mitad de las y los integrantes de una asamblea regional. Esta inconstitucionalidad será declarada por cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio.

Se diferencia entre el texto actualmente vigente y la propuesta de constitución por la inclusión del párrafo final del literal b) del artículo 381, el que es inexistente en el texto del artículo 93 Nº 7 de la Constitución. Asimismo no hay un argumento lógico para que, en caso de acción popular el quorum para declarar la inconstitucionalidad sea de tres quintos de los juezas o jueces en ejercicio y en el caso de que el requerimiento de una autoridad determinada en el párrafo final del artículo 381 literal b) se suba el quorum del Tribunal a cuatro quintos de sus integrantes.

El artículo 93 Nº 8º le otorga al Tribunal Constitucional la atribución de «Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda.

En los casos del número 8º, la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiera el reclamo, promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

En el caso del artículo 281, literal d) de la propuesta de constitución le entrega a la Corte Constitucional la atribución de «conocer y resolver los reclamos en caso de que la Presidenta o Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda. Igual atribución tendrá respecto de la normativa regional.

Estos podrán promoverse por cualquier de los órganos del Poder Legislativo o por una cuarta parte de los integrantes en ejercicio dentro de los treinta días siguientes a la publicación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que la Presidenta o Presidente de la República debió efectuar la

promulgación de la ley. Si la Corte acogiera el reclamo promulgará en su sentencia la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

La propuesta es igual al texto de la disposición vigente tanto en quienes pueden requerir, como asimismo, el tipo de reclamo que el Tribunal debe resolver.

D) La constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por

9º Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99.

El literal e) del artículo 381 de la proposición de Constitución señala «Conocer y resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución de la Presidenta o Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional cuando sea requerido por quién ejerza la Presidencia de la República.

El texto vigente del artículo 93 Nº9 y el propuesto en el artículo 381, literal e) son normas equivalentes.

E) resolver sobre constitucionalidad de decretos supremos que se refieran a materias reservadas a la ley

El artículo 93 Nº 16° establece la atribución del Tribunal Constitucional para «Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63».

En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento.

En la propuesta de Constitución en el artículo 381 literal f), la Corte Constitucional tiene la atribución de «conocer y resolver sobre la constitucionalidad de los reglamentos y decretos de la Presidenta o Presidente de la República dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria en aquellas materias que no son de ley.

La Corte podrá conocer de la materia a requerimiento del Congreso de Diputadas y Diputados o de la Cámara de las Regiones, o un tercio de sus integrantes, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado.

En una perspectiva comparativa de ambos textos, el vigente y el propuesto, se trata de normas propias de la potestad reglamentaria que invadan el dominio legal.

La diferencia está dada porque el texto vigente se refiere a los decretos supremos o aquellos dictados en virtud de potestad reglamentaria autónoma, mientras que la propuesta de nueva constitución se refiere sólo a reglamentos o decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria. Finalmente la propuesta constitucional del art. 381 letra f), posibilita que un tercio del Congreso de Diputadas o Diputados o de la Cámara de los Regiones puede requerir; mientras que el texto vigente faculta a una cuarta parte de cualquiera de las cámaras para requerir sólo en caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.

Atribuciones sobre resolución de conflictos de competencias o atribuciones

El Tribunal constitucional tiene únicamente una atribución en la materia en el artículo 93 Nº 12: «Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado».

En el caso del número 12°, el requerimiento deberá ser deducido por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto

El artículo 381, letra h), le atribuye a la Corte Constitucional el «resolver los conflictos de competencia que se suscitan entre las autoridades políticos o administrativas y los tribunales de justicia».

La propuesta constitucional amplia la competencia de la Corte Constitucional, entregándole también la atribución que tiene actualmente el Senado de resolver las contiendas de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia, conforme determina el artículo 53 Nº 3 de la Constitución..

En la propuesta de Constitución que establece la Corte Constitucional se robustecen este ámbito de atribuciones respecto de la resolución de conflictos de competencias entre órganos del Estado, entre entidades territoriales y entre estas con cualquier órgano estatal; resolución de conflictos entre la Cámara de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones, como de cualquiera de ellas con el Presidente de la República;

El artículo 381, literal g), determina que la Corte Constitucional debe «conocer y resolver los conflictos de competencias o atribuciones entre órganos del Estado, entre las entidades territoriales, o entre estas con cualquier otro órgano del Estado a solicitud de cualquiera de los entes mencionados».

El artículo 381, literal i) le entrega a la Corte Constitucional la resolución de los conflictos de competencia entre el Congreso de Diputadas y Diputados y

la Cámara de las Regiones, o entre estas y la Presidente o Presidente de la República.

En el art. 381, numeral 2º determina que en el caso de los conflictos de competencia contemplados en el literal h) e i) podrán se deducidos por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto,

En el numeral 3º del artículo 381, señala que, en lo demás «el procedimiento, el quorum y la legitimación activa para el ejercicio de cada atribución se determinará por la ley».

Atribuciones residuales del Tribunal Constitucional

El texto constitucional vigente otorga competencia al Tribunal Constitucional para conocer y resolver diversas materias que podríamos denominar residuales, sobre las cuales no tiene competencia la Corte Constitucional de la propuesta constitucional, como son los contenido en el artículo 93, numerales 2, 10, 11, 13, 14 y 15, que solo enunciaremos:

«2º Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los auto acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones;

10º Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del Nº 15º del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;

11º Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 número 7) de esta Constitución;

En el caso del número 11º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Senado.

13º Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;

14º Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios.

En el caso del número 14º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República o de no menos de diez parlamentarios en ejercicio.

15º Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo

Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de las atribuciones que se le confieren por los números 10º y 13º de este artículo. Sin embargo, si en el caso del número 10º la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio

El Tribunal Constitucional podrá apreciar en conciencia los hechos cuando conozca de las atribuciones indicadas en los números 10º, 11º y 13º, como, asimismo, cuando conozca de las causales de cesación en el cargo de parlamentario.

En los casos de los numerales 10º, 13º y en el caso del numeral 2º cuando sea requerido por una parte, corresponderá a una sala del Tribunal pronunciarse sin ulterior recurso, de su admisibilidad.

Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de las atribuciones que se le confieren por los números 10º y 13º de este artículo. Sin embargo, si en el caso del número 10º la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

Las resoluciones del Tribunal Constitucional vigente y de la propuesta de Corte Constitucional

El artículo 94 de la Constitución determina que «Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido».

Esta normativa es robustecida en la propuesta respecto de la Corte Constitucional, la cual en su artículo 382 Nº 4, oración final, determina que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de un precepto «tiene carácter vinculante, de cumplimiento obligatorio por toda institución, persona o grupo, y contra ella no cabe recurso alguno».

Conforme a esta norma la sentencia constitucional está dotada de imperio, lo que no estaba establecido en el texto vigente.

El inciso segundo del artículo 94 determina que «Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate». Esta disposición no tiene contrapartida en el artículo 382 correspondiente a la Corte Constitucional del proyecto de constitución, en la medida que se eliminó el control preventivo de constitucionalidad.

El tercer inciso del artículo 94 de la constitución vigente, precisa: «En el caso del N° 16 del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo»

En la propuesta de Corte Constitucional en el proyecto de constitución, en el artículo 382 Nº 4, se señala que «la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto provocará su invalidación, excluyéndolo del ordenamiento jurídico a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial.

Respecto de estas dos disposiciones de la constitución vigente y de la propuesta de constitución consideramos que el término «invalidación» nos parece más preciso y correcto que el uso de la expresión «derogación» utilizada en el texto de la constitución vigente. Asimismo, el texto de la propuesta de Corte Constitucional no se pronuncia sobre los efectos temporales de la sentencia a diferencia de la disposición constitucional vigente que establece la prohibición de efectos retroactivos o ex tunc. A su vez la expresión «invalidación» ocupada por la propuesta de texto del artículo 382 Nº 4, es equivalente a «anulación» lo que lleva a afirmar que la sentencia tendrá efectos ex nunc o pro futuro.

El inciso final del artículo 94 de la constitución vigente establece que «Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación».

Este inciso del artículo 94 solo agrega el plazo dentro del cual deberá publicarse la sentencia, el cual es el de los «tres días siguientes a su dictación» del fallo, lo que se diferencia del texto de propuesta del artículo 382 Nº 4, que determina que la exclusión del ordenamiento jurídico de la disposición invalidada se «realiza a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial», sin pronunciarse sobre el periodo de tiempo que pase desde la dictación de la sentencia..

El artículo 382 Nº 1, de la propuesta de Constitución, especifica que «las sentencias de la Corte Constitucional se adoptarán en sala o en pleno, por la mayoría de sus integrantes, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución o la ley.

La Constitución solo dispone de *quorum supra* mayoritario en el caso de la declaración por la Corte Constitucional de una inconstitucionalidad de un precepto legal, donde según las hipótesis contempladas en el artículo 381 se requiere del quórum de tres quintos o cuatro quintos conforme al literal b), inciso segundo

o tercero. Ello sin perjuicio delo que disponga la ley, la que queda habilitada para regular los quórum de otros literales del artículo 381.

El artículo 382 Nº 2 señala que la Corte Constitucional solo podrá acoger la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad de un precepto cuando no sea posible interpretarlo de modo de evitar efectos inconstitucionales.

En este caso debe entenderse que el «precepto», es un precepto legal, ya que la inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad se predican sólo de preceptos legales en el artículo 381 Nº 1, literales a) y b).

El artículo 382 Nº 3, determina que «declarada la inaplicabilidad de un precepto legal, este no podrá ser aplicado en la gestión judicial en que se originó la cuestión de constitucionalidad».

Conclusiones.

De conformidad con el análisis comparativo hecho en el presente artículo es posible señalar que en el texto de nueva Constitución, la Corte Constitucional no tendrá atribuciones para realizar control preventivo de constitucionalidad de proyectos de reforma constitucional o de leyes, como asimismo no podrá concretar un pronunciamiento acerca de si la Constitución es compatible con el tratado que se busca incorporar al ordenamiento jurídico, lo que en la actualidad si ocurre, de manera que el tratado no puede incorporarse al ordenamiento jurídico mientras no se reforme la Constitución para hacerla compatible con el tratado.

Producto de la propuesta constitucional del texto de Constitución se eliminan las leyes interpretativas de la Constitución y las leyes orgánicas constitucionales con quorum de cuatro séptimos, los que en la Constitución vigente pasan por un control preventivo obligatorio de constitucionalidad.

Se elimina en la proposición de Corte Constitucional el control de constitucionalidad facultativo sobre proyectos de reforma constitucional respecto de vicios de procedimientos, de quorum o de competencia.

Se mantienen el control de constitucionalidad reparador, de tipo concreto y abstracto, con las inaplicabilidad de preceptos legales que en el caso concreto produzcan un efecto inconstitucional y las acciones de inconstitucionalidad que posibilitan la invalidación de preceptos legales inconstitucionales.

La propuesta de Corte Constitucional elimina un conjunto de atribuciones actuales del Tribunal Constitucional vigente que hemos calificado de residuales, en la medida que no son atribuciones normativas que tienen la generalidad de los tribunales constitucionales.

El proyecto de Corte Constitucional fortalece las atribuciones referentes a conflictos de competencias y atribuciones ya sea entre órganos del Estado; entre

órganos políticos y administrativos y los tribunales de justicia; entre el Congreso de las diputadas y diputados y la Cámara de las Regiones; entre órganos del Estado y órganos regionales; entre órganos regionales; todo ello producto, en parte, del paso de un estado unitario con descentralización administrativa a un Estado Regional que plantea la propuesta de Constitución.

Se elimina en el plano de la inaplicabilidad de preceptos legales por producir un efecto inconstitucional en el caso concreto, la posibilidad de presentar la acción ante el Tribunal directamente por una de las partes en la gestión judicial, como opera actualmente, dejándose en la propuesta sólo la legitimación activa al juez del caso concreto para plantear la inaplicabilidad ante la Corte Constitucional.

En el ámbito de la acción de inconstitucionalidad se mantiene la acción popular actualmente existente, además de la declaración de oficio que puede determinar el Tribunal Constitucional vigente, dicha acción se diferencia sólo en el requisito previo de la existencia de una declaración de inaplicabilidad del mismo precepto legal cuestionado, por el mismo vicio que se plantea, la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, mientras que en el caso de la propuesta de Corte Constitucional se aumenta el requisito de declaraciones previas de inaplicabilidad declaradas a un mínimo de dos para poder accionar de inconstitucionalidad del precepto legal. Por otra parte, se mantiene un *quorum supra* mayoritario de jueces del Tribunal o Corte Constitucional para determinar la inconstitucionalidad del precepto legal, el cual es actualmente de cuatro quintos de los integrantes del Tribunal Constitucional el cual disminuye a tres quintos en el caso de la propuesta de Corte Constitucional.

En el proyecto de Corte Constitucional se crea la atribución de la Corte Constitucional para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad de un precepto legal que hubiere sido declarado inaplicable previamente, conforme a la letra a) de este artículo, a petición de la Presidenta o el Presidente de la República, de un tercio de quienes integren el Congreso de Diputadas y Diputados o la Cámara de las Regiones, de una gobernadora o gobernador regional, o de a lo menos la mitad de las y los integrantes de una asamblea regional, declarándose la inconstitucionalidad por cuatro quintos de los integrantes en ejercicio de la Corte Constitucional.

Finalmente, en la situación actual la ley que regula al Tribunal Constitucional es una ley orgánica constitucional que para por un control preventivo obligatorio ante el mismo Tribunal Constitucional, mientras que en el caso de la propuesta de Corte Constitucional, su regulación se realizaría por una ley ordinaria.

AVANCES NOMOGENÉTICOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA

Néstor Pedro Sagüés
Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires

I. Introduccion

1. Objetivos y tesis

El objeto de la presente comunicación es presentar de qué modo, partiendo de una constitución renuente a otorgar a la Corte Suprema de Justicia argentina (en adelante, CSJN) papeles legisferantes, de todos modos ella los ha asumido.

Tal ocupación de roles nomogenéticos los ha realizado el tribunal de diverso modo. Aquí ejemplificaremos cinco tácticas: a) la elaboración y adopción compulsiva de su tesis del efecto expansivo de la doctrina expuesta en sus sentencias; b) como consecuencia de ello, la construcción, por el alto tribunal, de normas subconstitucionales (legales y sublegales) «bloqueadas» y «blindadas»; c) el lanzamiento directo de normas, o de sus lineamientos, ya mediante sentencias exhortativas, fallos remediales a situaciones de inconstitucionalidad por omisión del legislador, o por alegación de delegación del poder legislativo ordinario; d) la ampliación del radio de *judicial review* de constitucionalidad, mediante la creación del control preventivo e hipotético; e) la restauración, por la Corte Suprema, de normas legalmente derogadas («reviviscencia»).

Estas avanzadas han contado frecuentemente (sin mediar unanimidad), y fundamentalmente por razones de igualdad de trato y de seguridad, con aprobación de la comunidad forense.

2. Punto de partida

El texto constitucional de 1853/60, el cuarto más antiguo del mundo entre los que se encuentran vigentes, reformado en cuatro ocasiones (la última en 1994), es avaro en conferirle funciones legislativas a la Corte Suprema. Por ejemplo, no habla de su aptitud para presentar proyectos de ley relativos a la administración de justicia, ni de intervenir en su debate.

En materia de judicial control de constitucionalidad, el texto constitucional de 1853/60, al igual que el estadounidense, no incluía normas al respecto. Sin embargo, desde las últimas décadas del siglo XIX, se lo admitía jurisprudencialmente, de modo similar a los Estados Unidos (caso «Sojo», CSJN, *Fallos,* 32:120, v. gr.), asumiendo el grado de derecho consuetudinario constitucional. La reforma de 1994, en su nuevo art. 43, señaló —solamente— que en el proceso de amparo el juez podía declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se basare el acto u omisión lesivos.

En la praxis tribunalicia el asunto se trataba así: Los efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad se ceñían al proceso concreto donde fuesen omitidas. Los jueces carecen de una potestad «contralegislativa» (caso «Thomas»). La ley reputada inconstitucional, por ejemplo, continúa vigente, y no está, por ende, derogada. En principio también, se la debería seguir aplicando en las relaciones jurídicas corrientes, mientras no fuese discutida y declarada inconstitucional en cada proceso respectivo. En otras palabras, la ley inconstitucional opera como constitucional, hasta tanto no quedase firme, caso por caso, su declaración judicial de inconstitucionalidad. Por lo demás, la reputación judicial de inconstitucionalidad de una norma no afectaba a otras normas análogas, ni a las futuras que se sancionaren parecidas o iguales a la descalificada como inconstitucional, para las cuales se requerirían, en su caso, otros veredictos de inconstitucionalidad.[1]

Finalmente, si se declarara inconstitucional un régimen legal establecido por una ley, el tribunal del caso no podía sustituirlo, con alcances generales, por otro que considerare más adecuado.

Veamos algunas de las modificaciones más significativas operadas posteriormente por la Corte Suprema de Justicia, en los tres ámbitos nomogenéticos a que hacemos alusión en el parágrafo 1.

[1] Nos remitimos al respecto a Sagüés, N. P., *Manual de Derecho Constitucional*, 3ª. ed., Editorial Astrea, Buenos Aires 2019, p. 91. Sobre el caso «Thomas», ver Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (en adelante, CSJN), *Fallos*, 333:1023.

II. Primer frente nomogenético. Efectos expansivos de la doctrina de la corte suprema

1. Introducción

El asunto —muy importante, por cierto— de los efectos expansivos de la doctrina sostenida en los fallos de nuestra Corte Suprema, ha tenido un desarrollo de tipo jurisprudencial, y escasamente legislativo.[2] Es decir, en virtud de ese tipo de gestación, a través de casos resueltos en distintos momentos y con un tribunal con diferentes integraciones, se trata de una tesis construida no de modo impecable, lineal o armónico, sino zigzagueante, aluvional, de vez en cuando poco coherente.

De hecho, es fruto de una *interpretación mutativa por adición:*[3] dejando el texto constitucional incólume, la Corte le ha modificado su contenido normativo

---

[2] El desarrollo jurisprudencial de la doctrina del efecto vinculante, aunque condicionado, de los pronunciamientos de la CSJN, tiene ya varias décadas. Sobre su evolución, nos remitimos in extenso a Sagüés, N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª ed., Editorial Astrea, tercera reimpresión, Buenos Aires, 2016, t. 1 pp. 184 y sigts., y «La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema», en *La Ley*, Buenos Aires, 2008-E-840. Desde luego, es muy recomendable la lectura, entre otros, del exhaustivo trabajo de Legarre, S., *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Editorial Abaco, Buenos Aires 2016, passim; y del mismo modo, Garay, A. F., «El precedente judicial en la Corte Suprema», en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,* Buenos Aires 1997, año 2, núms. 1 y 2, pp. 52 y sigts.; Bianchi Alberto B., «De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del stare decisis)», *El Derecho, Derecho Constitucional,* Buenos Aires, Tomo 2000/2001, pp. 335 y sigts., a más de una nutrida serie de monografías sobre el tema.

La Constitución nacional de 1949 estableció en su art. 95 el carácter compulsivo para tribunales nacionales y provinciales de la jurisprudencia de la CSJN vertida en los recursos extraordinario y de casación, pero fue derogada en 1956. Ocasionalmente, el Congreso se ha ocupado del efecto expansivo de los fallos de la CSJN. Por ejemplo, los arts. 1164 del código aduanero y 185 de la ley 11.683, t.o., dispusieron que la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación «no podrá contener pronunciamiento respecto de la falta de validez constitucional de las leyes tributarias o aduaneras y sus reglamentaciones a no ser que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubiese declarado la inconstitucionalidad de las mismas en cuyo caso podrá seguirse la interpretación efectuada por ese Tribunal». A su turno, el art. 19 de la ley 24.463, cínicamente denominada «de solidaridad previsional», habilitó un recurso de apelación ordinaria, ante la CSJN, contra fallos de la Cámara Federal de Seguridad Social. En la misma norma dispuso que «Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas». En «Herminia del Carmen Gonzalez vs. Ansés», la CSJN (*Fallos*, 323:555) convalidó este dispositivo legal, aunque dejando en manos de los jueces la posibilidad de apartarse de dicha jurisprudencia, dando nuevas razones. Finalmente, aquel recurso ordinario fue declarado inconstitucional por la CSJN en «Itzcovich» (*La Ley*, Buenos Ares, 2005-F-362), por considerarse que afectaba los derechos constitucionales de los jubilados y porque entorpecía las tareas institucionales de la Corte Suprema.

[3] La interpretación mutativa (por adición, sustracción o mixta, también llamada «sustitutiva»), es una herramienta muy significativa, y desde luego discutible, para el operador jurídico, especialmen-

agregándole algo que éste, inicialmente, no tenía. Es decir, le ha conferido a su propia doctrina judicial una categoría jurídica muy alta, con el deber de los tribunales del país, como regla y con alguna salvedad (*infra,* 4, d), de seguirla y aplicarla en su quehacer cotidiano. *En resumen, ello importa que cuando la Corte Suprema sienta un criterio en materia de control de constitucionalidad, está generando una norma que deben observar los tribunales inferiores.* Paralelamente, en ese mismo punto, *estos tribunales pierden su condición de realizar control difuso de constitucionalidad,* puesto que no pueden decidir (en principio, repetimos), en contraposición a lo entendido por la Corte Suprema.

Digamos que en el derecho norteamericano, de modo no exactamente igual, pero relativamente aparecido, se ha producido un fenómeno análogo, en base a la doctrina del precedente (*stare decisis),* plasmado todavía quizá con mayores pretensiones, por ejemplo, en el fallo de su Corte Suprema *Cooper vs. Aaron,* en 1958.[4]

La tesis adoptada por el tribunal supremo argentino ha tenido bastante (no total) éxito, y cabe preguntarse por qué. Probablemente ese buen suceso se explique, básicamente, a) por razones de *seguridad jurídica* (es bueno que la la Corte disipe controversias interpretativas, y que una vez que ello ocurra, su respuesta se imponga a todos los tribunales, en aras de la predictibilidad del comportamiento de todos ellos); b) también, por motivos de *igualdad:* es correcto que todos los litigantes tengan una respuesta homogénea, en vez de eventuales veredictos dispares según el gusto y paladar interpretativo de los distintos tribunales.

2. El caso «Farina, Haydée Susana», sobre homicidio culposo

En ese fallo, pronunciado el 26 de diciembre de 2019,[5] la Corte Suprema, no por unanimidad (el voto decisivo está suscripto por tres jueces; el cuarto vota

te el judicial, que la emplea con más frecuencia de lo que se supone. Le permite, a veces, dejando el texto de un precepto intacto, pero cambiando su contenido normativo, ampliar o restringir sus competencias, con independencia de la voluntad del autor de la norma constitucional o legal en juego. Sobre sus explicitaciones y relativa legitimidad, derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, 2ª ed., primera reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2017, pp. 56 y sigts.

[4] Ver, sobre el tema, Sagüés, M. S., «Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2004, Porrúa, núm. 2, p. 225. En «Cooper vs. Aaron», (1958), la Corte indica que su doctrina judicial no debe ser seguida solamente por los tribunales, sino también por las agencias del poder ejecutivo y legislativo, y por los gobiernos estaduales locales.

[5] Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), «Farina», Fallos, 342:2344.

parcialmente en disidencia, y el quinto no votó), actualiza el tema de la eficacia vinculante de sus sentencias, y aporta algunos elementos nuevos dignos de tenerse muy en cuenta.

Veamos el desarrollo de la sentencia.

a) *Distinción entre «cosa juzgada» y «cosa interpretada».* De manera relativamente similar a lo plasmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en «Gelman 2» (20 de marzo de 2013, párrafo 69 y sigts.), en materia del seguimiento de la doctrina de la Corte Suprema, cabe distinguir dos situaciones diferentes: (i) una, cuando el tribunal supremo ha dictado una sentencia contra alguien, obligando al órgano tribunalicio cuyo fallo se modifica, a emitir uno nuevo, conforme a sus indicaciones (aquí hay «cosa juzgada», que exige «leal acatamiento», tanto por las partes como por el tribunal involucrado en la sentencia); (ii) otra, cuando la Corte sienta doctrina en un caso y en otro distinto, un juzgado o tribunal inferior debe resolverlo —en principio— siguiendo y aplicando los lineamientos y estándares adoptados por la CSJN en el primero. Aquí hay «cosa interpretada». La Corte explica en el consid. 18 de «Farina», que sobre este punto no hay una norma que imponga tal sumisión, pero que de todos modos, tal deber existe.

b) ¿Inexistencia de norma? En cuanto el último punto, nos permitimos una observación: Es cierto que no hay una «norma» *formal* (en el sentido, por ejemplo, de una cláusula constitucional o de una ley dictada por el Congreso) que estatuya tal obligación de seguimiento, en los casos de «cosa interpretada»; pero sí hay «norma« *consuetudinaria* al respecto, forjada por una nutrida jurisprudencia de la CSJN. Estimo que cabe subrayar la existencia de tal costumbre, vigente y operativa, recordando que el derecho consuetudinario, o informal, más allá de que agrade o no, *es derecho,* y no mero hecho carente de efectos jurídicos (o lo que sería peor, un «contraderecho»), aunque tenga una factura y un proceso de elaboración diferente al del derecho formal.[6]

Cierto negacionismo, fruto de una miopía académica y conceptual, hija de un formalismo decimonónico largamente superado, lleva a rechazar o no querer ver el vigor, la vigencia y la operatividad concreta del derecho informal, ceguera incomprensible para quien maneje el derecho procesal constitucional. Y olvida que ese derecho informal a menudo

[6] Sobre el derecho consuetudinario constitucional, que tiene matices diferenciales propios, al derecho consuetudinario propio de otras ramas del derecho, nos remitimos con mayor detalle a Sagüés, N. P., *Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires 2017, t. 1 («Teoría de la Constitución»), pp. 412 y sigts.

complementa, moldea, adapta y hasta se superpone al derecho formal, llegando en algunos casos a desplazarlo.[7]

c) *Las razones de la «doctrina constitucional» fijada por la CSJN.* En el considerando 19 de «Farina», se denomina y califica así a la tesis explicada por el tribunal cimero, en el sentido de que el único acto interruptivo del curso de una prescripción en un proceso penal, es el dictado de la sentencia condenatoria. La argumentación para que sus conclusiones en una causa sean «debidamente consideradas y consecuente seguidas» por los tribunales inferiores, en casos «sustancialmente análogos», se despliega en los considerandos 18 y 19 de aquel fallo:
   (i) La cotización de la CSJN como intérprete supremo de la Constitución nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia; o de «intérprete final de la ley en la República Argentina»
   (ii) La responsabilidad institucional de la CSJN como titular del Departamento Judicial del Gobierno federal;
   (iii) La tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones;
   (iv) Principios de igualdad y seguridad jurídica, que imponen evitar sentencias contradictorias;
   (v) Razones de celeridad y economía procesal, que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional.

Lo que de cualquier manera merece destacarse, es que la batería argumental señalada, que incluye ingredientes jurídicos, políticos y pragmáticos, resulta desde ya muy atractiva, pero con la aclaración de que, al fin de cuentas no fue adoptada por el constituyente, ni en 1853 ni en las reformas posteriores, incluida la reciente de 1994. Tampoco lo hizo el legislador, más allá de la duda en torno a su hipotética competencia para imponer a los jueces inferiores de todo el país, los estándares jurisprudenciales adoptados por la CSJN.[8]

---

[7] Precisamente, en el derecho procesal constitucional el entramado normativo es, en algunos casos, predominantemente consuetudinario, elaborado en base a centenares de sentencias, en nuestro caso, de la Corte Suprema de Justicia nacional. Nos hemos referido a esa peculiaridad de aquella disciplina, en Sagüés, N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 24 y sigts. Ocasionalmente, la propia Corte ha traducido parte de tal derecho consuetudinario en normas formales, como ha ocurrido, respecto del recurso extraordinario federal, con la acordada 4/2007 y sus complementos.

[8] Dado que el sistema judicial federal argentino preconiza el control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, es dudoso que el Congreso nacional pueda imponer a todos los jueces de tal jurisdicción la obligación de someterse a las pautas interpretativas de la Corte Suprema. Y más que dudoso, debido precisamente a la estructura federal del Estado, que los jueces provinciales sean conminados, por una ley nacional, a adoptar igual encuadramiento. Quien sí podría establecer una y otra cosa, es el

Podría decirse, a favor de la última actitud, que la Suprema Corte de los Estados Unidos, por ejemplo en el ya citado fallo *Cooper vs. Aaron* (*supra,* parágrafo 1 y nota 3) entronizó aquella doctrina, incluso comprometiendo a los otros poderes nacionales, y a los gobiernos locales, en tal seguimiento. Esta invocación comparatista es desde luego importante, pero no concluyente: lo que resuelva tal Corte norteamericana (con períodos de prestigio y otros de no tanto), no posee de por sí, ni por derecho divino providencial, el don de la infalibilidad.[9] Tampoco, añadimos, pretende exportar sin más su doctrina a otras latitudes.

d) *Un seguimiento condicionado por posibles «nuevos argumentos» y por la «analogía sustancial» de procesos.* Al final del considerando 18 de «Farina», la CSJN repite la válvula de escape ya explicitada en otros fallos anteriores, en cuanto la obediencia de los jueces inferiores a los lineamientos jurisprudenciales del alto tribunal. Es la posibilidad de «aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal», frase tomada del caso «Cerámica San Lorenzo».[10] Se trata, por ende, de razones distintas, no consideradas en su momento por la CSJN.

En algunas sentencias anteriores, la CSJN reguló (y quizá, restringió) el uso de los «nuevos argumentos», previniendo que tenían que resultar «valederos», es decir, en palabras del tribunal, «debidamente fundados», y todo conforme a un «recto ejercicio» de la libertad de juicio de los jueces,[11] cosa que no hace de manera tan rotunda en «Farina». No obstante, cabe entender que tales exigencias, en lo esencial, subsisten: controvertir una línea jurisprudencial de la Corte es algo muy serio, de tal modo que si los «nuevos argumentos» fuesen banales, caprichosos, ajenos al sentido común o de poca entidad, está sobreentendido que no resultarían eficaces para apartarse de la ruta marcada por la CSJN.

---

constituyente nacional, en quien lo es el reside, potencialmente, la facultad de organizar el sistema judicial de toda la República.

[9] El tema de la «infalibilidad» de la Suprema Corte de los Estados Unidos ha motivado reflexiones no exentas de ironía, incluso expresadas por vocales del mismo Tribunal. Al respecto cabe recordar la frase del Justice Robert H. Jackson, en el caso «Brown v. Allen, 344 U.S.» 443: We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final («no somos definitivos porque seamos infalibles, pero somos infalibles solamente porque somos definitivos»).

[10] CSJN, «Cerámica San Lorenzo», *Fallos* 307:1094.

[11] Ver CSJN, *Fallos*, 212:253; Sagüés N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, *op. cit.,* nota 2, t. 1, pp. 189-190. La exigencia de que los motivos del apartamiento sean «valederos», basados en razones «novedosas y variadas», y dentro de un «recto ejercicio» de la libertad de juicio del juez inferior, aparece v. gr. en el caso «Herminia del Carmen González c. Ansés», de mención *supra*, nota 2, considerandos 9, 11 y 12. En dicho fallo, la Corte entendió que esos recaudos no se satisfacían, y que el tribunal inferior había utilizado subjetividades impropias.

Hay, también, otro factor de inaplicación de la doctrina fijada por la CSJN. El considerando 18 de «Farina» menciona que el seguimiento obligatorio es para «casos sustancialmente análogos». En el considerando 19, habla igualmente de «procesos análogos». En una palabra: si el alto tribunal sentó un punto de vista en el proceso «A», y su plataforma fáctica, por ejemplo, es bien diferente a la de un nuevo proceso «B», no cabría efectivizar, *a fortiori,* en este último, la doctrina adoptada en «A». Por supuesto, esto requiere lealtad, buena fe y perspicacia en los operadores judiciales, a fin de discernir, en cada expediente, si existe o no tal analogía sustancial.

En realidad, la condición de procesos sustancialmente análogos, más que una vía tangencial de escape de la doctrina del seguimiento obligatorio, parece ser un recaudo o presupuesto de su aplicación.

e) *Remedios y castigos por la desobediencia. Apartamiento y alzamiento.* En «Farina» aparecen dibujados distintos grados del pecado de la desobediencia a la regla del seguimiento.

   (i) Comencemos por el más elemental. Si hubo apartamiento simple, y también con cita de *Fallos,* 307:1094 («Cerámica San Lorenzo»), la CSJN, en el considerando 18 de «Farina», advierte que el fallo infractor «carece de fundamento». La falta de fundamento es un subtipo de la sentencia arbitraria.[12] La decisión del caso, por tanto, es inválida, inconstitucional en definitiva, por haber infringido la regla del debido proceso, que demanda resoluciones correctamente motivadas y fundadas.

   (ii) En determinas situaciones, más graves, la desobediencia puede —si se permite la alegoría teológica— configurar sacrilegio. Es, comenta el tribunal, el «*alzamiento*» (sic: considerando 19, párrafo primero, de «Farina») del tribunal inferior evasor, que se consuma ante la «persistencia» o «reticencia» reiteradas de un órgano tribunalicio, en obedecer directrices jurisprudenciales de la CSJN (*idem,* considerando 19), todo ello con la consecuente lesión a derechos constitucionales de los justiciables. El asunto puede configurar, además, «gravedad institucional» o «trascendencia institucional» (*Ibidem*, consid. 19), en temas que, como los tratados en «Farina», exceden largamente la mera interpretación de una norma de derecho común, para comprometer cláusulas y bienes constitucionales, v. gr. los principios de legalidad, juicio previo, o el orden jerárquico de normas a que alude el art. 31 de la Constitución nacional.

[12] Derivamos al lector, *in extenso* sobre las sentencias arbitrarias por falta de motivación y fundamentación, a Sagüés, N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, *op. cit.,* nota 2, t. 2, pp. 545 y sigts.

De darse ese escenario de insurgencia, la CSJN pergeña en el citado consid. 19 de «Farina» dos soluciones. La primera es «dejar en claro», «ante la sociedad y ante el resto de los tribunales», el criterio con el que debe resolverse un tema. La segunda, «instruir» (sic) al tribunal renuente (en la especie, una corte suprema provincial) para que «adopte las medidas necesarias para que sus pronunciamientos y los de los tribunales penales en la jurisdicción a su cargo, se adecuen» a lo que indica la ley, según la interpretación que define la CSJN. El objetivo, especifica, es evitar en el porvenir dilaciones injustificadas en un asunto donde el tribunal cimero está interpretando temas constitucionales como, en el sub examen, el principio de legalidad en materia penal.

En conclusión, la parte resolutiva de «Farina» opta por cortar por lo sano, declarando la prescripción de una acción penal en un caso concreto, y además, declarando también «que la doctrina judicial de esta Corte referida a la interpretación del art. 61, inc. a) del Código Penal es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales judiciales del país». Se forja así, como se ha destacado con acierto, un régimen de «vinculatoriedad específica», dentro de lo que podría llamarse «el precedente constitucional criollo»[13].

3. Recapitulación y balance

a) Como anticipamos, «Farina» es una sentencia que importa por varios motivos. Por un lado, ratifica la doctrina (de origen pretoriano) de los efectos expansivos de los fallos de la CSJN, en cuanto que la posición fijada en ellos debe (en principio) ser seguida por los tribunales de todo el país, sean nacionales o provinciales, o de la CABA. Por tanto, y esto resulta inexorable, cuando la CSJN fija doctrina, está emitiendo una norma, propia de derecho positivo, a obedecer por los órganos jurisdiccionales aludidos, aunque con válvulas de escape.

b) Además, corresponde advertir que esta doctrina implica, en cierta medida, transformar el control difuso de constitucionalidad en uno concentrado. En efecto: cuando la CSJN define un punto constitucional, y determina que en los procesos análogos los restantes jueces del país deben fallar del mismo modo, restringe o quita a estos buena parte de su aptitud para decidir en la materia del caso: solamente deben efectivizar (repetimos, en principio) lo que la Corte ha señalado. Esta faceta del

[13] Expresión utilizada por María Sofía Sagüés en el Seminario sobre «Obligatoriedad de los precedentes constitucionales», Instituto de Economía y Derecho, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, septiembre de 2017. De la misma autora, El precedente constitucional criollo, en prensa.

asunto no ha sido debidamente divulgada, aunque hay estudios que sí se han detenido puntualmente en ella. (14)[14]

c) La doctrina de la eficacia vinculante de los fallos de la CSJN mantiene en «Farina» sus encuadres y excepciones (existencia de casos análogos, posibilidad de esgrimir nuevos argumentos valederos para justificar un eventual apartamiento), pero refuerza su parte operativa ante actitudes evasivas de «alzamiento», es decir, de omisiones e incumplimientos reiterados y en temas muy relevantes, por parte de quienes deben respetarla y ejecutarla. Y hace jugar, ante esas graves renuencias, a la doctrina de la gravedad o interés institucional, para poner coto a la situación.

d) Como dato especialmente relevante y digno de aplauso, la Corte opta, en «Farina», quizá por primera vez, en el punto 2 de su parte resolutiva, por delimitar clara y expresamente cuál es la doctrina que proclama como obligatoria. Tal metodología es recomendable,[15] (15) ya que si la CSJN está exigiendo mucho a todos estos jueces, bueno es que ella también se exija a sí misma y defina con absoluta certeza en qué quiere que sea obedecida.

e) La doctrina de los efectos expansivos de los fallos de la CSJN es —sin hesitación—, una herramienta para cuando el alto tribunal interpreta temas estrictamente constitucionales, o de derecho subconstitucional pero con fuertes ingredientes constitucionales (como en «Farina», respecto al debido proceso, legalidad penal, gradación normativa vinculada al principio de supremacía constitucional, etc.). Pero no queda claro si se extiende al caso de temas no constitucionales.[16]

III. Segundo frente. Las normas subconstitucionales «bloqueadas» y «blindadas»

1. Normas bloqueadas y normas blindadas.

Veamos las posibles proyecciones de la combinación entre control judicial de constitucionalidad practicado por la CSJN, con más la eficacia vinculante condicionada (o atenuada) de sus sentencias, con relación a una ley (precepto pues

[14] Cfr. Sagüés, M. S., «Las acciones afirmativas…», *op*. y p. cit. en nota 4.

[15] Un antecedente preciso en la materia puede encontrarse en el art. VII del Título Preliminar del primer Código procesal constitucional del Perú (ley 28.237), cuando en su primera parte dijo: «Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo expresa la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo».

[16] Ver, por ejemplo, Carrió G. y Carrió A, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3ª ed., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1983, t. 1 p. 25; Vanossi Jorge R., «La sentencia arbitraria. Un acto de lesión constitucional», en *El Derecho*, Buenos Aires, 91-113.

subconstitucional) analizada por dicho alto tribunal. Estamos partiendo del supuesto de tratarse de fallos «definicionales», con vocación de generalidad (*on its face,* en la terminología estadounidense). Vale decir, que no estamos hablando de veredictos que solamente contienen un pronunciamiento singularizado a medida y para un caso puntual (ponderación *case by case),* con efectos explícitamente aplicables de manera exclusiva a la situación analizada en esa resolución, episodio este último muy propio de las *inconstitucionalidades relativas.*[17]

En la cuestión que nos ocupa se plantean estos posibles caminos:

a) *Ruta de la abstención.* Es, quizá, la más seguida. En esta alternativa, el jurista se limita a constatar que los fallos de la Corte Suprema cuentan con eficacia o fuerza expansiva u obligatoria, pero condicionada o atenuada, se refieran o no a pronunciamientos admisorios o desestimatorios de la alegación de inconstitucionalidad de normas subconstitucionales, sin extraer mayores consecuencias específicas de ello. Es decir, que no se detiene, por lo común, en el estado que queda la norma degradada por la CSJN por inconstitucional, ni respecto de la confirmada como constitucional. Omite, por ende, ingresar a esa problemática.
b) *Ruta de la cuasi derogación.* Aquí el investigador detecta que el fallo de la CSJN que proclama la inconstitucionalidad de una norma, cuando es vertido en términos generales («on its face») y no casuísticos (situaciones particulares: «as applied»), puede acarrear la «cuasi derogación» o la «abrogación» (sic) de la prescripción legal así descalificada, con incluso la resurrección de la norma anterior que la norma ahora reputada inconstitucional, había derogado. Tal habría sido lo resuelto por el alto tribunal en «Rizzo», con motivo de una ley modificatoria del Consejo Nacional de la Magistratura.[18] En «Fayt», la Corte llegó incluso a invalidar, en términos literales de *nulidad absoluta* por su concluyente inconstitucio-

[17] En las inconstitucionalidades relativas, la misma norma legal, por ejemplo, puede dar resultados constitucionales o inconstitucionales, teniendo en cuenta las circunstancias en las que se la efectivice. Un caso célebre fue el del art. 276 de la ley de contrato de trabajo (modificada por ley 21.297, t.o.), sobre actualización de haberes laborales, que establecía un sistema de actualización monetaria que, según los tiempos a los que se lo aplicaba, podría perjudicar (era lo más frecuente), o por excepción no, al trabajador.

[18] CSJN, «Rizzo», *La Ley*, 2013-D-30. Cfr. Catalano, M. I., *Control de constitucionalidad y efectos de la sentencia en los procesos colectivos*. Tesis doctoral, Buenos Aires 2018, Universidad de Buenos Aires, versión policopiada, p. 262, donde se observa que el fallo de la CSJN implicó que la ley 26.855, de reformas del Consejo de la Magistratura de la Nación, en algunos de sus artículos reputados inconstitucionales en tal fallo, no entró, respecto de ellos, siquiera en vigencia. Esta posición se reitera en pp. 274, 275 (cuando habla de derogación implícita), destacando la autora que ello se plantea con frecuencia en procesos de índole colectiva.

nalidad, según pregonó, un segmento de la reforma constitucional de 1994 concerniente a la conclusión del desempeño de los jueces federales por razones de edad, al cumplir los 75 años (art. 99 inc. 4º). Esta sentencia, con rasgos cercanos a la derogación o reputación de inexistencia de la enmienda de una cláusula constitucional, permitió —según la experiencia habida— que otros jueces, distintos al magistrado que inició el expediente referido, continuaran en funciones, superando ese tope etario, sin necesidad de iniciar actuaciones judiciales.[19]

c) *Ruta del bloqueo y del blindaje.* Es la que hemos sostenido, partiendo del supuesto de que una norma subconstitucional reputada inconstitucional en términos definicionales («on its face») por la CSJN, se encuentra en un limbo jurídico *sui generis,* con singulares efectos jurídicos, cuasi cataléptico. En otro limbo próximo, están las reglas premiadas por la CSJN como compatibles con la constitución.

   1. Si la Corte la descalificó como inconstitucional, la norma (o la parte del caso) se encuentra *bloqueada,* en el sentido que los jueces del país deben inaplicarla. Si es una ley, no está derogada, ni abrogada, pero carece de vigor jurídico (más bien, por analogía, se podría equiparar a una norma «suspendida», como fue en su momento el art. 31 de la 14.394 por el decreto ley 4070/56, en el tramo relativo al divorcio vincular). Eso, como regla. Como excepción, los jueces inferiores pueden sustraerse de ese deber de inaplicación argumentando nuevas y valederas razones para estimar constitucional a la ley (las que, desde luego, pueden ser fiscalizadas por la CSJN, mediante la escalera procesal respectiva). El bloqueo, por tanto, es relativo, y concluye si la CSJN rescata a la norma paralizada en otro fallo suyo posterior, reputándola nuevamente como constitucional, circunstancia en la que recupera totalmente su vigor, sin necesidad de pronunciamiento legislativo alguno. Un drástico ejemplo de ello fue el caso «Schiffrin»,[20] en el que la CSJN volvió a reputar constitucional el segmento de la reforma constituyente del art. 99 inc. 4 de la Constitución, que había considerado antes como nulo, en «Fayt».
   2. A su turno, si la CSJN considera constitucional a una ley impugnada como inconstitucional, esa norma, así bendecida, goza de un blindaje especial, en el sentido que los jueces del país tienen forzosamente que entenderla como constitucional (por ello, no pueden

[19] CSJN, «Fayt», *Fallos*, 322:1609; Catalano, M. I., *Control de constitucionalidad*, *op. cit.,* nota 18, pp. 231, 233-4, 284.

[20] CSJN, «Schiffrin», *Fallos*, 340:257.

perforarla con declaraciones de inconstitucionalidad). La excepción sería que alguno de ellos brindase razones nuevas y valederas que autoricen pronunciar su inconstitucionalidad (esos fundamentos, asimismo, son revisables por la CSJN). Es, pues, un blindaje *relativo*, pero en nada despreciable, que puede terminar el día en que la propia Corte reconsidera en otro caso su tesis y estima que la norma que distinguió otrora como constitucional, en verdad no lo es.

Todo lo dicho se plantea en un sistema de revisión judicial de constitucionalidad difuso, pero con una corte suprema que parece querer aproximarse a una corte constitucional kelseniana y así revestir a sus fallos de efectos *erga omnes*. Una cuestión paralela es inquirir cuándo dicha Corte Suprema, que por ahora no puede enterrar normas inconstitucionales, está autorizada a cambiar de criterio y entender hoy como constitucional lo que ayer condenó por inconstitucional, o viceversa. En algunos fallos la CSJN ha intentado escribir una suerte de protocolo para esos cambios, cosa que implicaría, si lo respeta, una especie de buena autolimitación en sus competencias para realizar tan importantes mutaciones.[21] Sin embargo, a menudo olvida su propio predicamento y cambia una tesis sin reconocer que está transformando algo sentado anteriormente por sí misma y sin decir por qué justifica ese arreglo, cosa que no es correcta, en términos de seguridad jurídica, y deslegitima la sustitución.

2. Conclusiones

Al generar reglas subconstitucionales bloqueadas y blindadas, como efecto de una revisión judicial de constitucionalidad de origen histórico difuso e *inter partes,* pero ahora transformado pretorianamente con pretensiones de control con resultados expansivos y relativamente *erga omnes,* la Corte Suprema argentina desarrolla, se dé cuenta o no de ello, conductas nomogenéticas o legisferantes, como legislador negativo o positivo, tanto al desvitalizar o al revés, revitalizar constitucionalmente al material normativo subconstitucional que ha enjuiciado, degradándolo por inconstitucional (pero sin derogarlo) o avalándolo como constitucional (aunque en otro caso posterior pueda resolver lo contrario).

[21] Por ejemplo, en «B., A. D.», la CSJN justifica su cambio de posición en supuestos de gravedad que provoquen la transformación de su jurisprudencia, o por razones de justicia, de error en el precedente, de lecciones de la experiencia o cambios históricos. Cfr. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2002-II-92. Con mayor extensión, nos remitimos a Sagüés, N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos, op. cit.,* nota 7, pp. 280 y sigts.

De hecho, en materia por ejemplo de leyes, tendríamos así en Argentina tres categorías: las declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema, y por ende, debilitadas por bloqueo (que algunos califican como cuasi derogadas); las reforzadas por blindaje (al ser bendecidas por el alto tribunal como constitucionales) y las restantes, o todavía no calificadas constitucionalmente por la Corte, poseedoras del vigor ordinario de una ley (que, al decir de Hans Kelsen, vale como constitucional, aunque fuere inconstitucional, mientras no se la rotule jurisdiccionalmente inconstitucional).[22] Esas últimas parecen ser reglas condicionalmente (*sub conditione resolvitur)* constitucionales.

IV. Tercer frente. La emisión explícita de lineamientos normativos y de normas

1. La ruta de las sentencias

Otra táctica nomogenética de la Corte Suprema ha consistido en la elaboración de ingredientes de futuras normas o de, directamente, normas, sea mediante sentencias o «acordadas». Veamos estos caminos.

a) *Las sentencias exhortativas.* Mediante estos pronunciamientos, el alto tribunal no dicta una norma, pero sí induce al órgano legisferante pertinente a hacerlo, diseñando aun algunos contenidos del futuro precepto. Lo hace para reparar inconstitucionalidades por omisión legislativa, o ante situaciones de normas legales que hemos llamado *constitucionalmente precarias* (es decir, que exhiben grietas o defectos constitucionales), y que por ende, merecen ser reelaboradas por el legislador; o también, si reputa inconstitucional una norma y prevé cómo reemplazarla. Por ejemplo, en el *habeas corpus* colectivo «Verbitsky» (tal vez la primera sentencia exhortativa argentina), la Corte requirió a los podres ejecutivo y legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, así como la relativa a ejecución penal y de sentencia, «a los estándares constitucionales e internacionales». Lo hizo, apuntó, porque dicha legislación provincial «parece alejarse» de estas últimas pautas, aunque no declaró inconstitucional a las normas provinciales sospechosas.[23]

[22] Kelsen H., *Teoría general del derecho y del estado,* trad. de Eduardo García Maynez, 3ª. ed., México 1969, UNAM, p. 187.

[23] Sobre «Verbitsky», ver CSJN, *Fallos*, 328:1146. Comentamos el caso en Sagüés, N. P., *Derecho Procesal Constitucional.* Habeas Corpus*,* 5ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2020, t. 4 pp. 278 y ss.

b) *Sentencias exhortativas-legislativas.* En un paso más hacia adelante, en esta clase de pronunciamientos la Corte Suprema maquilla a una norma que emite con el rótulo de «exhortación» para el legislador, pero de hecho impone directrices práctica e inmediatamente compulsivas, aún para sujetos ajenos a la litis, cuyo incumplimiento podría incluso demandarse judicialmente. En el caso «F., A. L.», por ejemplo, el alto tribunal emitió una serie de más de diez «exhortaciones» hacia los poderes públicos nacionales, provinciales y municipales (la enorme mayoría de estos últimos no habían sido partes en el proceso), con relación a la práctica legal de abortos derivados de casos de abuso sexual sobre la mujer. Por ejemplo, respecto del deber de informarle y de respetar la confidencialidad; evitar procedimientos administrativos que demorasen la interrupción del embarazo; evitar también dilaciones para resolver los eventuales desacuerdos entre la persona que reclama abortar y los médicos actuantes; autorizar la objeción de conciencia del facultativo, pero bajo ciertas condiciones, etc.[24]

c) *Sentencias generadoras o reconocedoras de nuevos derechos.* Estos pronunciamientos «declaran» o «reconocen» derechos no incluidos originalmente en el texto constitucional. No se trata necesariamente de una invasión de terrenos constituyentes, sino que la propia Constitución puede haber previsto tal actividad nomogenética de los tribunales, y en particular, de la Corte Suprema. Por ejemplo, el art. 33 de la Constitución determina que «las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno». En el célebre caso «Samuel Kot SRL», por ejemplo, la Corte entendió que la acción de amparo contra actos de particulares no estaba prevista por los constituyentes de 1853/60, pero que en 1958, conforme a las modificaciones del contexto de vida y el desarrollo constitucional, debía entendérsela como un derecho constitucional implícito, o no enumerado, albergado en la referida cláusula.[25] La misma por cierto, confiere un enorme potencial nomogenético, en especial, subrayamos, para la Corte, ya que le autoriza a conferir rango constitucional a derechos que otrora incluso no existían en el firmamento jurídico.

d) *Sentencias remediales de inconstitucionalidad por omisión.* En esta variable, la Corte Suprema detecta que hay un derecho de base constitucional,

[24] CSJN, «F., A. L.», *Fallos*, 335:197.

[25] Sobre el caso «Samuel Kot SRL», cfr. CSJN, *Fallos*, 241:291. Respecto del art. 33 de la ley suprema, Sagüés, N. P., «Constitución Nacional. Derechos no enumerados», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Driskill, Buenos Aires, 1986, Apéndice V, pp. 33 y ss.

explícito o implícito, pero advierte también que el legislador no lo ha reglamentado. Ante ello, puede exhortar a que lo haga (sentencia exhortativa inductora), pero también ella, asimismo, emitir normas de instrumentación como legislador suplente y precario, en especial si se trata de un derecho constitucional que reputa directamente operativo, y cuya eficacia no podría quedar frustrada a merced de la mora del poder legislativo. Un caso relativamente reciente se dio en el caso «Halabi», [26] ya que la Corte entendió que la tutela de los intereses homogéneos múltiples estaba captada por el amparo relativo a «derechos de incidencia colectiva» aludido por el art. 43 de la Constitución. Exhortó a que el Congreso legisle sobre el tema, pero mientras tanto emitió una serie de directrices obligatorias para los jueces de todo el país, acerca de cómo debían presentarse y bajo qué supuestos las «acciones de clase» *(class actions),* ciertos supuestos de admisibilidad y de procedencia y reglas procedimentales y de notificación a los interesados. En particular, otorgó a dichos magistrados autoridad flexible para adoptar «las medias apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados». Todo ello con un decidido tono legisferante.

«Halabi» fue seguido por otros fallos de la Corte, entre los que cabe destacar «Kersich»,[27] donde la Corte exige, en esos procesos colectivos, que los jueces adopten una tónica activista para encontrar soluciones procesales adecuadas a los derechos (en el caso, ambientales) en riesgo, ordenando el curso del expediente, dividiendo de ser necesario las pretensiones del caso, atendiendo útilmente al colectivo de sujetos involucrado en la cuestión, etc., con amplias facultades directivas del proceso según las peculiaridades casuísticas del litigio bajo examen.

2. La ruta de las acordadas

Estos instrumentos importan verdaderas normas o (en sentido material), «leyes», emitidas por los tribunales colegiados argentinos. En particular, las expedidas por la Corte Suprema, no son sentencias que resuelvan un caso, sino que tienen pretensiones de normatividad general. Históricamente han atendido asuntos administrativos, pero en otras ocasiones han abordado temas institucionales, como la salvaguardia de la intangibilidad de las compensaciones de los jueces, y así invalidado leyes y decretos (acordada 20/96, CSJN, *Fallos,* 319:24, v. gr.). Esta última

[26] CSJN, «Halabi», *Fallos*, 332:111.

[27] Kelsen H., *Teoría general del derecho y del estado*, *op. cit.,* nota 22, p. 187.

actitud (descartar por inconstitucional una ley no mediante una sentencia, sino por una «acordada», es naturalmente opinable).

Para atender la mora del Congreso en disciplinar las «acciones de clase» (cuya reglamentación por el Congreso había requerido en 2009 la Corte en «Halabi»), las acordadas 32/2014 y 12/2016 regularon con cierto detalle el Registro de procesos colectivos y el Reglamento de actuación en tales litigios. Sus preceptos aluden a ingredientes que deben satisfacer las demandas del caso, dónde y cómo registrar tales acciones (con el objeto de evitar duplicidad e incoherencia tribunalicia en el tema), procedimientos de acumulación, convocatoria de particulares eventualmente involucrados en estos trámites, etc.

Para justificar esta actividad decididamente legisferante, la Corte Suprema se refugia en una eventual delegación legislativa realizada a partir del siglo XIX en su favor por el Congreso (v. gr., art. 18, ley 4055; art. 10, ley 4055, y art. 4º párrafo segundo de la ley 25.488, de reformas al código procesal civil y comercial de la Nación). El tema es muy polémico, porque la delegación de facultades congresionales en la Corte Suprema no está prevista por la Constitución nacional, la que solamente se refiere a esa delegación pero en el Presidente de la Nación, y bajo ciertos recaudos que la condicionan, según el nuevo art. 76 sancionado por la reforma constitucional de 1994.[28]

En realidad, la constitucionalidad de la mentada delegación a manos de la Corte Suprema se sustenta en algunas normas subconstitucionales preexistentes donde efectivamente así lo dispuso el poder legislativo, pero que hoy resultan muy dudosamente conformes con la aludida reforma de 1994, no muy amigable con las delegaciones de un poder a otro, que contravienen el principio de «corrección funcional» del que habla Konrad Hesse (el mismo indica que cuando la Constitución encomienda una tarea a un órgano, es él quien debe en principio realizarla, y no otro cuerpo del Estado).[29] Más bien, su discutido sustento se encuentra no en lo que la constitución diga (que no lo dice), sino en la autoridad institucional de la Corte Suprema, como intérprete final y última de la Constitución, quien afirma que la Constitución y las leyes de delegación son válidas y que le confieren aptitud legisferante delegada. Como lo decidido por la Corte es irrevisable en el ámbito nacional, esa doctrina, correcta o no, permanece con vigor jurídico, como enseñaba Hans Kelsen.[30] Sin embargo, quedaría abierta una ventana impugnativa, si la

[28] *Cfr.* esta problemática en Castro Videla, S. M. y Maqueda Fourcade, S., «La delegación legislativa en la Corte Suprema de Justicia de la Nación», en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2018-III. También, Sagüés, N. P., «El trámite del amparo colectivo nacional y los roles nomogenéticos de la Corte Suprema», en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2018-III-1358.

[29] Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional,* trad. por Pedro Cruz Villalón, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 49.

[30] Kelsen, H., *Teoría del derecho y del Estado*, *op. cit.,* nota 22, p. 184.

delegación que comentamos perjudicara algún derecho humano de fuente internacional, podría ser eventualmente discutida, v. gr., ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pro se trata de una hipótesis todavía no planteada.

Hasta el momento hemos hablado de roles legislativos asumidos por el Congreso so pretexto de mediar, en el fondo, una inconstitucionalidad por omisión del Congreso. Pero en otras ocasiones la Corte Suprema lo ha hecho para perfeccionar el régimen procesal vigente en materia del recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48, y normas complementarias), mediante, v. gr., la acordada 4/2007, que disciplina con cierta severidad aspectos básicos del instituto, como su presentación y la del «recurso de queja» por su denegación por el tribunal inferior que dictó la resolución impugnada. La norma, como era de esperar, ha recibido numerosas críticas, pese a que algunos de sus dispositivos se limitan a reproducir jurisprudencia anterior (igualmente nomogenética) de la Corte.[31]

Lo cierto es que la Corte Suprema ha acrecentado significativamente su función de legislador suplente y (relativamente) precario, es decir, subordinado a lo que el poder legislativo pueda después decidir. No obstante, en algunos aspectos, cuando elabora normas, el alto tribunal fija límites y establece contenidos obligatorios para el legislador normal, para cumplir con metas constitucionales, como ocurre en la sentencia exhortativa-legislativa dictada en el caso «F. A. L.», que ya hemos mencionado. En tales casos, está ejerciendo control de constitucionalidad preventivo, como veremos en el parágrafo siguiente.

V. Cuarto frente: la admisión del control oblicuo, preventivo e hipotético de constitucionalidad

1. El caso «Cristina Fernández de Kirchner»

Estas actuaciones fueron decididas en 2020. La actora, en su condición de Presidenta del Senado de la Nación, interpuso una acción meramente declarativa de constitucionalidad destinada a definir si posibles sesiones virtuales o remotas del Senado, programadas en pleno período de emergencia por la pandemia desatada por covid-19, resultarían o no constitucionales. [32]

La acción no se interpuso contra alguien en concreto. Tampoco había, en definitiva, algún proyecto convocando a esas sesiones. La mayoría de la Corte entendió que no había, entonces, «causa» judicial a decidir, ni siquiera por la vía

[31] Sagüés N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, *op. cit.,* nota 2, t. 2, Actualización, pp. 1 y ss.

[32] CSJN, «Cristina Fernández de Kirchner», *Fallos*, 343:195.

de una acción declarativa de constitucionalidad. Por tanto, rechazó la acción. Hasta allí, la tesis clásica. Pero cabía agregar que la Corte Suprema tampoco era competente en ese momento para decidir, por no tratarse de una causa que fuera de competencia originaria y exclusiva del tribunal, según el art. 117 de la constitución nacional. Esta circunstancia, a criterio de la referida mayoría, no obstó a que se pronunciara por el aludido rechazo.

No obstante lo dicho, el voto mayoritario del tribunal se expidió sobre el fondo de lo requerido, actitud que por cierto era contradictoria con el rechazo de la acción. Sostuvo que cabía decidir en virtud de una situación de emergencia grave, inaudita y de acuciante excepcionalídad, donde era indispensable afirmar la necesidad de que el Congreso funcionase. Recordó, al respecto, que varias veces la Corte había ampliado causales de admisión del recurso extraordinario, admitiendo v. gr. la doctrina de las sentencias arbitrarias más allá de los márgenes del art. 14 de la le 48.[33] Y entrando de lleno en el tema, concluyó que las modalidades de funcionamiento de las sesiones del Senado, virtual o presencialmente, eran una cuestión política no justiciable sobre la que no debía expedirse la Corte. De hecho, oblicuamente, ello significaba que estaban exentas del control judicial de constitucionalidad. Como secuela, apuntamos, también importaba que los jueces no podían invalidar esas sesiones virtuales eventualmente autodecididas por las Salas del poder legislativo.

El fallo que apuntamos es importante: reconoce que la Corte Suprema ha asumido históricamente funciones nomogenéticas, y que en este caso se legitiman —especialmente— por una genuina situación de emergencia configurativa de un verdadero estado de necesidad (aunque no mencione explícitamente a este último.[34] Rechaza la demanda, pero se expide sobre su pretensión, dibujando de tal modo un control oblicuo de constitucionalidad («no, pero sí»). Y se expide sobre una conjetura de convocatoria a sesiones virtuales, sin que exista un texto normativo, o un proyecto concreto, al respecto. En definitiva, la sentencia entroniza por el voto mayoritario un control judicial *oblicuo y preventivo* (más todavía: *hipotético*) de constitucionalidad, tipo «consulta», con resultados en principio expansivos, en el sentido que los demás tribunales del país deben seguir su criterio, salvo las excepciones de evasión que ya mencionamos en el parágrafo 4: dar razones nuevas y relevantes para apartarse de los lineamientos de la Corte. El tribunal ha incrementado así su arsenal nomogenético, apoyándose en algunos precedentes pero ampliándolos de modo significativo.

---

[33] El tribunal menciona, de tal modo, y entre otros fallos innovadores en derecho, el caso «Rey c. Rocha»: CSJN, *Fallos*, 112:384.

[34] Sobre los estados de necesidad y de emergencia, nos remitimos a Sagüés, N. P., *La Constitución bajo tensión*, Editorial Instituto de Estudios Constitucionales, Querétaro, 2016, pp. 57 y ss.

VI. Quinto frente: la restauración de leyes derogadas

1. El fenómeno de la «reviviscencia»

La figura que tratamos se produce cuando una norma derogada es puesta nuevamente en vigor. Naturalmente, ello puede producirse expresamente por voluntad del mismo legislador, y el asunto no suscita problemas.

Pero la cuestión presenta dudas conflictivas en estos supuestos: (i) cuando el legislador deroga un ley que a su vez había derogado a otra, ¿renace o no esta última, si el aludido legislador no se expide explícitamente sobre el punto? (ii) ¿si un tribunal constitucional, o quien haga sus veces, declara inconstitucional una ley que había derogado a otra, recobra vigencia la segunda? El problema asume distintos matices si la declaración judicial de inconstitucionalidad tiene efectos *erga omnes,* y equivale por ende a la nulificación o derogación de la ley reputada inconstitucional, o solamente con efectos para el caso concreto, *inter partes.*

El tema es decididamente complejo, y buena prueba de ello son las distintas respuestas vertidas en cada cuestión en el derecho comparado, ya por vía constitucional, legal o solamente jurisprudencial.[35] También el tema ha preocupado, obviamente, a la doctrina, comenzando por Hans Kelsen, quien apuntaba que si un tribunal regeneraba normas derogadas por el legislador, actuaba en verdad como *legislador positivo*,[36] y con respuestas muy variables.

En el caso «Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional»,[37] la Corte reputó inconstitucional normas de la ley 26.080, relativa a la integración del Consejo de la Magistratura nacional, por entender que infringían el «equilibrio» demandado en dicha conformación por el art. 114 de la Constitución nacional, entre vocales de órganos de elección popular, jueces, abogados, académicos y científicos. Al hacerlo, y al mismo tiempo, restauró la vigencia de preceptos de la anterior ley 24.937 reglamentaria del instituto, sin perjuicio de encomendar al Congreso sancionar una nueva ley respetuosa del aludido «equilibrio». La Corte Suprema, para justificar normativamente tal restauración, aludió

[35] Ver, por ejemplo, Pineda Mazariegos, C. H., *Análisis del efecto de la reviviscencia. Sus alcances y límites en caso de control abstracto de constitucionalidad de normas jurídicas.* Tesis de grado. Versión policopiada. Guatemala, 2017. Universidad Rafael Landívar, pp. 144 y ss.

[36] Kelsen, H., «El control de constitucionalidad de las leyes», trad. de Domingo García Belaunde, en *Ius et veritas,* Lima, 1993, pp. 81 y ss., esp. p. 89. El maestro austríaco entendía que, en principio, la declaración de inconstitucionalidad de una ley no importaba automáticamente el resurgimiento de la ley derogada por la ley reputada inconstitucional. Pero entendía que esta conclusión no era deseable, ante el vacío normativo que ocasionaba. Por eso, la constitución austríaca de 1920 estableció la tesis del resurgimiento de la ley derogada por otra reputada inconstitucional, salvo que el Tribunal Constitucional dispusiera lo contrario.

[37] CSJN, «Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires», *Fallos*, 344:3636.

a la necesidad de evitar un caos por el vacío normativo que implicaría el solo hecho de invalidar al régimen reputado inconstitucional, situación que conduciría a la paralización del referido Consejo. También mencionó el precedente «Rizzo»,[38] donde igualmente había resucitado un anterior sistema legal modificado por una ley (26.855) que reputó inconstitucional, precisamente para no provocar otra situación caótica que podía acarrear la paralización de la justicia.

En síntesis, la Corte Suprema ha asumido, por medio de reviviscencia, roles legisferantes en un doble sentido: (i) dando proyección *erga omnes* a sentencias declarativas de inconstitucionalidad de una ley, dando a entender que ella ha sido prácticamente desplazada del orden jurídico vigente: (ii) reponiendo en su lugar preceptos que habían sido derogados por las normas ahora descalificadas como institucionales, con el argumento básico del estado de necesidad. En el caso «Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires», repuso así, al menos interinamente, reglas que habían sido abolidas dieciséis años antes.[39]

VII. Sinopsis

En definitiva, la Corte Suprema argentina ha mutado varias veces las variables clásicas de control de constitucionalidad. Lejos de ceñir sus fallos al caso concreto, les ha conferido consecuencias *erga omnes,* algunas veces con excepciones y válvulas de escape.

Se ha habituado, coincidentemente, a practicar una gimnasia nomogenética importante, construyendo interpretaciones mutativas, por adición, de la constitución.

a) Mediante la tesis de la eficacia expansiva de su doctrina judicial, genera normas de obligado seguimiento por parte de los operadores judiciales del país. Indirectamente les priva, en esos casos, de su facultar de realizar control difuso de constitucionalidad.
b) Aunque formalmente no se atribuye competencias para derogar leyes o en general normas subconstitucionales, de todos modos, con su pretensión de seguimiento obligado por los operadores, según los casos, las bloquea o blinda, siempre en términos relativos.
c) En otros supuestos, la Corte sobreentiende que su declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos legales importa castrarlos de ahí en

[38] CSJN, «Rizzo», *La Ley,* Buenos Aires, 2013-D-30.

[39] Voto del juez Lorenzetti, CSJN, «Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires», *Fallos*, 344:3636.

más, e inaplicarlos definitivamente en el futuro, como si estuvieren borrados del orden jurídico, estableciendo incluso normas de reemplazo.

d) Algunas veces ha legislado materialmente de modo explícito mediante «acordadas», invocando en ciertos casos delegaciones legislativas de dudosa actualidad y constitucionalidad.

e) También ha inventado la Corte la doctrina del control oblicuo (afirma la improcedencia de una acción, pero se expide de todos modos sobre lo pretendido), y del preventivo e hipotético (ante conjeturas de posibles normas), no obstante afirmar, como regla, carecer de competencia para ello y no estar destinada a evacuar meras consultas, argumentando para hacerlo situaciones de emergencia y necesidad.

f) Asimismo, ha emitido normas de naturaleza legal con la línea argumental de atender situaciones de inconstitucionalidad por omisión, o de nivel constitucional a tenor de la cláusula constitucional (art. 33) de derechos constitucionales implícitos, o no enumerados. En otras situaciones, ha instado al legislador a hacerlo (sentencias exhortativas y legislativas).

g) A lo expuesto cabe agregar la reviviscencia de normas legalmente derogadas, decidida por la Corte Suprema con el fin de evitar, ante declaraciones de inconstitucionalidad de normas derogatorias de otras, huecos o vacíos normativos que pudieran generar situaciones de caos o de grave disfuncionalidad del sistema. En concreto, de estado de necesidad.

Desde el ángulo sociológico, esa producción normativa de la corte Suprema no ha tenido rechazos comunitarios pronunciados; y al revés, por razones de igualdad y de seguridad jurídicas, y ante reclamos sociales y académicos de generación normativa para atender nuevas realidades en el contexto de vida, muchas veces desoídos por el Congreso, ha logrado a menudo consenso. El grado de aprobación se ha incrementado cuando la gimnasia nomogenética de la Corte redundó en avances en materia de derechos personales (especialmente en el caso del amparo individual y del colectivo, o inicialmente, en la génesis de la doctrina de las sentencias arbitrarias). Pero también hay espacios nomogenéticos ocupados por la Corte que resultaron más discutidos, como las regulaciones —algo rígidas, según se apuntó— de los requisitos para articular el recurso extraordinario federal, o la admisión del control hipotético de constitucionalidad (en este caso, por las circunstancias políticas que lo auspiciaron).

En definitiva, es innegable que la Corte Suprema argentina asume actualmente múltiples roles nomogenéticos, mucho más allá del programa constitucional inicial de 1853/60, generalmente mediante interpretaciones mutativas por adición.

El juicio axiológico sobre ese desarrollo legisferante depende de dos factores. Uno refiere a la legitimidad intrínseca de lo creado por el tribunal, cosa que de-

penderá de cada acto nomogenético en concreto, en el sentido de si es justo o no. El otro alude a la actividad nomogenética en sí misma. En este plano, es cierto que la Corte no fue creada para legislar, sino para juzgar. No obstante, para realizar esta función, y para dar respuestas acordes con los valores seguridad e igualdad, cada vez más apreciados por la sociedad contemporánea, no es anómalo que formule directrices generales acerca de sus interpretaciones del derecho. Tampoco, que aplique interpretaciones previsoras y consecuencialistas, preguntándose, v. gr., si lo que decide conduce al caos, y que tome medidas útiles para que ello no ocurra. En paralelo, si una constitución cuenta con una cláusula de derechos implícitos o no enumerados, no es absurdo que la Corte Suprema los defina y amplíe su listado a medida que los tiempos transcurren. Finalmente, si la constitución otorga un derecho personal o grupal operativo, y el legislador no lo reglamenta, tampoco es incorrecto que la Corte, para asegurarlo, diseñe vías de instrumentación, no por *hobby,* deporte o capricho, sino, precisamente, para cumplir con aquélla. Por supuesto, lo dicho no justifica que un tribunal supremo se transforme en un poder legislativo cotidiano y corriente, ni que se cebe en esos menesteres. Hace a su prudencia tomar conciencia de ello.

Referencias bibliograficas

Bianchi Alberto, B., «De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)», *El Derecho*, *Derecho Constitucional,* Buenos Aires, Tomo 2000/2001.

Carrió, G. y Carrió, A, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria,* 3ª ed., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

Castro Videla, S. M. y Maqueda Fourcade, S., «La delegación legislativa en la Corte Suprema de Justicia de la Nación», en *Jurisprudencia Argentina,* Buenos Aires, 2018-III.

Catalano, M. I., *Control de constitucionalidad y efectos de la sentencia en los procesos colectivos.* Tesis doctoral, Buenos Aires, 2018, Universidad de Buenos Aires, versión policopiada.

Garay, A. F., «El precedente judicial en la Corte Suprema», en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,* Buenos Aires, 1997, año 2, núm. 1 y 2.

Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional,* trad. por Pedro Cruz Villalón, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

Kelsen H., «El control de constitucionalidad de las leyes», trad. de Domingo García Belaunde, en *Ius et veritas,* Lima, 1993.

—— *Teoría general del derecho y del estado,* trad. de Eduardo García Maynez, 3ª. ed., Editorial UNAM, México, 1969.

Legarre, S., *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,* Editorial Abaco, Buenos Aires, 2016.

Pineda Mazariegos, C. H., *Análisis del efecto de la reviviscencia. Sus alcances y límites en caso de control abstracto de constitucionalidad de normas jurídicas.* Tesis de grado. Versión policopiada. Universidad Rafael Landívar. Guatemala, 2017.

Sagüés, M. S., «Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* Editorial Porrúa, México, 2004, Porrúa, núm. 2.

Sagüés, N. P., «Constitución Nacional. Derechos no enumerados», *en Enciclopedia Jurídica Omeba,* Editorial Driskill, Buenos Aires, 1986, Apéndice V.

—— *Derecho Constitucional,* Editorial Astrea, Buenos Aires 2017.

—— *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos,* Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.

—— *Derecho Procesal Constitucional.* Habeas Corpus*,* 5ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2020.

—— *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario,* 4ª ed., Editorial Astrea, tercera reimpresión, Buenos Aires, 2016.

—— «El trámite del amparo colectivo nacional y los roles nomogenéticos de la Corte Suprema», en *Jurisprudencia Argentina,* Buenos Aires, 2018-III-1358.

—— *La Constitución bajo tensión,* Editorial Instituto de Estudios Constitucionales, Querétaro, 2016.

—— *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada,* 2ª ed., primera reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2017.

—— «La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema»*,* en *La Ley,* Buenos Aires, 2008-E-840.

—— *Manual de Derecho Constitucional,* 3ª. ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2019.

LA EXPANSIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EUROPA: 1945-2000

Alejandro Saiz Arnaiz
Catedrático de la Universitat Pompeu Fabra

Estas pocas páginas no pasan de ser una breve crónica de la progresiva expansión y definitiva consolidación de la justicia constitucional en el continente europeo en la segunda mitad del pasado siglo. En realidad, como veremos, el proceso comenzó ahora hace cien años en unas pocas Constituciones del período de entreguerras y puede darse por finalizado al acabar el siglo xx, tras la caída del muro de Berlín y las sucesivas transiciones a la democracia que tuvieron lugar en los antiguos Estados del «socialismo real». Los procesos constituyentes en estos países estuvieron, en mayor o menor medida, acompañados por la Unión Europea y, sobre todo, por el Consejo de Europa[1]. Ambas organizaciones prestaron asesoramiento y, más aun, podría decirse que en alguna medida condicionaron una parte de los contenidos de las nuevas constituciones de Europa central y oriental en la perspectiva de una futura incorporación de aquellas democracias emergentes al Consejo de Europa y, en su caso, a la Unión Europea.

El repaso que llevaré a cabo desde este momento lo haré desde la perspectiva del Consejo de Europa, una organización de la que forman parte la inmensa mayoría de los países del continente, frente a los veintisiete integrantes de la Unión Europea. Antes de enero de 1990 el Consejo de Europa se integraba por veintidós Estados; en poco más de diez años pasaron a ser cuarenta y siete. En el momento presente, y tras la reciente expulsión de la Federación Rusa[2], el Consejo de Euro-

[1] Sobre el particular, de entre la mucha bibliografia disponible pueden consultarse, por todos, S. Bartole, «Final remarks: The role of the Venice Commission», *Review of Central and East European Law*, 2000, n. 3, pp. 351-363, y P. Craig, «Transitional Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy», *UC Irvine Journal of International, Transitional and Comparative Law*, vol. 2, 2017, pp. 57-85.

[2] El 15 de marzo de 2022 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó por unanimidad una «Opinión» que pedía al Comité de Ministros que solicitara a Rusia, tras la «guerra de

pa cuenta con cuarenta y seis Estados miembros: todos los Estados del espacio geográfico continental, excepto la Federación Rusa, Bielorrusia y la Ciudad del Vaticano, están presente en aquella organización internacional.

Las referencias al Consejo de Europa se confundirán en las líneas que siguen con las menciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH o Convenio de Roma) que es, como bien se sabe, la obra más conocida, y no solo por ser la primera en el tiempo, del Consejo de Europa.

De acuerdo con el Estatuto del Consejo de Europa (también denominado Estatuto de Londres, firmado en la capital inglesa en mayo de 1949) todos los miembros de la organización afirman «su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los que se funda toda auténtica democracia» (Preámbulo). Se explicita así la triple idea que está en el origen del Consejo de Europa tras la finalización de la II guerra mundial: democracia, Estado de Derecho y derechos humanos. Aunque el Estatuto de Londres no lo impone, todos los Estados integrados en el Consejo han de ser parte del CEDH, lo que significa que todos ellos están sometidos necesariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, creado «[C]on el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del […] Convenio y de sus Protocolos […]» (artículo 19 CEDH)[3].

---

agresión» contra Ucrania iniciada el 24 de febrero, la inmediata retirada del Consejo de Europa y, para el supuesto de que se desatendiera esa solicitud, que el mismo Comité estableciera una fecha a partir de la que la Federación Rusa dejaría de ser miembro del Consejo de Europa. El Comité de Ministros, en una reunión extraordinaria celebrada el día 16 de marzo, decidió, en el marco el procedimiento del artículo 8 del Estatuto del Consejo (que prevé la suspensión de la condición de miembro y el cese en la pertenencia a la organización) que se había iniciado el 25 de febrero, que «la Federación Rusa había dejado de ser miembro» del Consejo de Europa. Un día antes el gobierno ruso había informado al Secretario General de la organización de su retirada de la misma (artículo 7 del Estatuto) y de su intención de denunciar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[3] El catálogo de derechos del CEDH, abierto a la firma en Roma en 1950, se completa con el de seis Protocolos opcionales (I, IV, VI, VII, XII y XIII) que añaden nuevos derechos a la lista que resulta del Título I del Convenio. La información sobre los Estados que han firmado y, en su caso, ratificado cada uno de estos protocolos puede encontrarse en la propia web del Tribunal: http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?MA=3&CM=16&CL=ENG.

Todos los demás Protocolos, distintos de los mencionados más arriba, son de carácter procesal, es decir, afectan al mecanismo de garantía establecido en el CEDH. La mayoría de ellos sustituyeron partes del texto original del Convenio o lo completaron, por lo que *están integrados en su texto vigente a día de hoy*. En concreto: todas las disposiciones convencionales enmendadas o añadidas por los Protocolos II, III, V y VIII fueron reemplazadas por el Protocolo XI, entrado en vigor en noviembre de 1998, que llevó a cabo una reforma trascendental del mecanismo de control establecido por el Convenio (entre otros contenidos suprimió la Comisión Europea de Derechos Humanos e hizo posible el acceso directo de los particulares al Tribunal); el Protocolo IX fue expresamente derogado por el Protocolo XI, el Protocolo X ha dejado de producir efectos por pérdida de objeto («has lost its purpose», puede leerse en la web del Treaty Office del Consejo de Europa), el contenido del Protocolo XIV, que

Evidentemente nada se establece, ni en el Estatuto de Londres, ni en el Convenio de Roma, sobre el sistema interno de tribunales que haya de existir en los países europeos. Y es que no podría ser de otro modo. No es menos cierto, sin embargo, que los sistemas judiciales nacionales han de ser compatibles con, y estar preordenados a, la garantía de los derechos y la preservación, en la jerga estrasburguesa, de la «primacía del Derecho»[4]. En este contexto, la eventual existencia de tribunales constitucionales, y sus posibles competencias, es una decisión soberana de cada Estado desde la propia Constitución.

La mayoría de los Estados partes del Consejo de Europa responden al conocido como *modelo europeo de justicia constitucional*, cuyo «rasgo definitorio», en palabras de Ferreres Comella, «es la existencia de un órgano especial (el tribunal constitucional) al que se encomienda la fiscalización de las leyes bajo las normas constitucionales»[5]. En el momento presente, treinta y tres de aquellos cuarenta y seis Estados tienen, con esta u otra denominación, un tribunal constitucional[6]. Se trata de Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chequia, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Georgia, Hungría, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Montenegro, Polonia, Portugal, Rumanía, San Marino[7], Serbia, Turquía y Ucrania[8].

---

supuso una muy importante reforma de la estructura interna del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, está integrado en el vigente texto del CEDH, y el Protocolo XIV bis estuvo en vigor temporalmente, hasta la entrada del Protocolo XIV. En la actualidad está abierto a la firma el Protocolo XVI (que entró en vigor, para los Estados que lo han ratificado, el 1 de agosto de 2018, tras la décima ratificación).

[4] Véase, con referencias también al Derecho de la Unión Europea, R, Bustos Gisbert, *Independencia judicial e integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 339-341.

[5] V. Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, 2011, p. 29.

[6] La Federación Rusa, recientemente expulsada del Consejo de Europa, como ya sabemos, también cuenta con un Tribunal Constitucional.

[7] En esta pequeña República, el «*Collegio Garante della costituzionalità delle norme*» cumple funciones equivalentes a las de un tribunal constitucional y se integra de modo muy similar a como lo hacen otros órganos de justicia constitucional (artículo 16 de la *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese*, reformado en 2002).

[8] En ningún otro Estado parte del Consejo de Europa existe un tribunal constitucional, aunque el control de constitucionalidad de la ley es la regla en todos ellos, que conoce dos únicas excepciones: el Reino Unido y Holanda.

Irlanda, Grecia, Chipre y Estonia «han instaurado sistemas que resultan de difícil clasificación, en la medida en que combinan de diversas maneras rasgos del modelo americano y del modelo europeo» (Ferreres Comella, *cit*., pp. 27-28), aunque ninguno de ellos tiene un tribunal constitucional (el Tribunal Supremo de Estonia tiene una Sala Constitucional). Por su parte, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Suiza (esta última excepto para las leyes federales), practican un control descentralizado que se aproxima al americano. En Mónaco el Tribunal Supremo ejerce un cierto control de constitucionalidad mediante una excepción de inconstitucionalidad.

Esta muy mayoritaria presencia de tribunales o cortes constitucionales es una novedad en el ámbito europeo. En el período de entreguerras solo en Austria (1920), Checoslovaquia (1920)[9], Liechtenstein (1921) y España (1931)[10], las respectivas Constituciones establecieron tribunales encargados del control de la validez de la ley[11]. El panorama no fue muy diferente en los años inmediatamente posteriores a la II Guerra Mundial: solo dos de los quince Estados que firmaron el CEDH en noviembre de 1950, preveían en sus Constituciones la existencia de tribunales de este tipo. Este era el caso, en efecto, de la Constitución de la República italiana y de la Ley Fundamental de Bonn: aquella, vigente a partir del 1 de enero de 1948, establecía una *Corte Costituzionale* que empezaría a funcionar ocho años después, en 1956; esta, en vigor desde mayo de 1949, preveía la existencia del *Bundesverfassungsgericht*, que se crearía en 1951.

Los demás signatarios del CEDH en 1950 fueron Bélgica (su *Cour d'Arbitrage* nació tras la reforma constitucional de 1980 y se convertiría en *Cour constitutionnelle* en 2007), Dinamarca, Francia (la Constitución de 1958 daría vida al *Conseil Constitutionnel*), Islandia, Irlanda, Luxemburgo (crearía la *Cour constitutionnelle* en 1996), Holanda, Noruega, Suecia, el Reino Unido, Grecia y Turquía (que en 1961 estableció su Tribunal Constitucional, *Anayasa Mahkemesi*)[12].

A finales de los años ochenta del pasado siglo, cuando un total de veintitrés Estados europeos se habían incorporado al sistema convencional, solo en nueve de

[9] Al margen del orden alfabético que resulta del texto, ha de reconocerse que la primera Constitución con Tribunal Constitucional fue la de Checoslovaquia, que entró en vigor el 6 de marzo de 1920 (había sido aprobada el 29 de febrero). La Constitución austríaca se aprobó el 1 de octubre de 1920 y entró en vigor el 10 de noviembre. No puede dejar de mencionarse que antes de la Constitución austríaca, entre 1919 y 1920 funcionó en Austria la denominada *German-Austrian Constitutional Court*, que asumió las funciones del Tribunal Imperial (que resolvía conflictos entre autoridades territoriales y quejas de los ciudadanos por violación de sus derechos políticos) y del Tribunal del Estado que funcionaron desde 1867 en la monarquía austro-húngara (aunque el último de los mencionados nunca dictó una sentencia).

[10] Sobre los muchos recelos del constituyente republicano español de 1931 frente a la justicia constitucional (en concreto, frente al control de la ley por el Tribunal de Garantías Constitucionales), resulta imprescindible el excelente trabajo de A. Garrorena Morales, «El debate justicia constitucional-democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978», *REDC*, n. 91, 2011, pp. 31-68. Un breve repaso al equivocado diseño de la institución y a su desgraciada historia se encuentra en las pp. 33-54 del libro de E. Fossas Espadaler, *Companys, ¿golpista o salvador de la República? El juicio por los hechos del 6 de octubre en Cataluña*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

[11] Sobre ese momento histórico resulta imprescindible P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, 1987, en particular, pp. 231 y ss.

[12] Además de estos Estados, también firmó el Convenio el territorio del Sarre (Saarland), que se incorporaría a la República Federal de Alemania el día 1 de enero de 1957. Trece de los quince signatarios iniciales firmaron el Convenio en el Palazzo Barberini el día 4 de noviembre. El mismo mes del año 1950, aunque en distinta fecha, el día 28, firmaron el CEDH Grecia y Suecia.

ellos existía un tribunal constitucional; además de Alemania, Italia, Bélgica y Francia, ya mencionadas, se habían añadido, Turquía, Austria, Malta, Portugal y España. La justicia constitucional seguía siendo claramente minoritaria entre las democracias europeas: solo cuatro de cada diez de ellas preveían el control de validez de la ley por un órgano jurisdiccional «especial».

Esta situación cambiará radicalmente con la incorporación al Consejo de Europa y la firma del Convenio de Roma por parte de los Estados de Europa central y oriental que, tras la caída del Muro de Berlín, llevaron a cabo procesos constituyentes que culminaron en algún momento con la elaboración de una Constitución normativa, basada en el principio democrático, con separación de poderes, catálogo de derechos fundamentales y jurisdicción constitucional. A lo largo de los años noventa y durante los primeros del presente siglo, el Convenio fue firmado por veinticuatro nuevos Estados[13]: todos ellos, menos Mónaco y Estonia, disponen de tribunales constitucionales[14]. Es en este momento cuando el modelo europeo de control de constitucionalidad se convierte en muy mayoritario en nuestro continente[15]. Las razones de esta expansión son de muy distinta naturaleza, pero entre ellas se ha destacado unánimemente por los comentaristas la previa experiencia totalitaria vivida por muchos de los Estados europeos a lo largo del siglo xx, cuando los límites constitucionales al poder se demostraron poco o nada efectivos[16]. La

[13] Fueron los siguientes (entre paréntesis el año de la firma del CEDH): Albania (1995), Andorra (1994), Armenia (2001), Azerbaiyán (2001), Bosnia y Herzegovina (2002), Bulgaria (1992), Croacia (1996), Chequia (1991), Eslovaquia (1991), Eslovenia (1993), Estonia (1993), Georgia (1999), Hungría (1990), Letonia (1995), Lituania (1993), Macedonia del Norte (1995), Moldavia (1995), Mónaco (2004), Montenegro (2003), Polonia (1991), Rumanía (1993), Rusia (1996), Serbia (2003) y Ucrania (1995).

[14] Sobre estos dos países véase cuanto se dice en la nota 6.

[15] Para conocer las claves de la expansión de los tribunales constitucionales en Europa central y oriental tras la descomposición del régimen comunista resulta imprescindible la obra W. Sadurski, *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 2005, *passim*. Puede consultarse también, por ejemplo, M. Mistò, «La giustizia costituzionale nei Paesi dell'Europa centro-orientale», en *La giustizia costituzionale in Europa*, M. Olivetti y T. Groppi (eds.), Giuffrè, 2003, pp. 283-340.

En general, sobre «el desarrollo de la justicia constitucional» en Europa desde la que denomina «primera etapa», después de la I Guerra Mundial, D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, 1998, 3 ed., pp. 23-32. Por su parte, V. Ferreres Comella se refiere a la «historia exitosa» de los tribunales constitucionales en Europa, *cit.*, p. 25.

[16] Véase, entre otros, M. Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson-Civitas, 2005, en concreto, pp. 17-62 y 297-308. Esta autora escribe que en la segunda postguerra mundial, «el control de constitucionalidad de las leyes se presenta asociado a la defensa de la democracia y a la garantía de derechos y libertades del individuo y de las ‹minorías'» (p. 29), y más adelante se refiere a la «acelerada expansión de la justicia constitucional en el último tercio del siglo xx» (p. 41), explicándola, entre otras causas, y con cita de Ackerman, por la importancia del papel jugado por estos tribunales en los que denomina escenarios de «nuevo comienzo», cuando «se pretende la ruptura con un régimen anterior» (42-44).

justicia constitucional emerge así como una técnica adicional para completar y mejorar el control del ejercicio del poder público[17].

Un tribunal constitucional ha sido definido como una institución del Estado, independiente y establecida por la Constitución, «cuyo propósito central es defender la superioridad normativa del Derecho Constitucional dentro del sistema jurídico»[18]. Esta caracterización ya advierte de que estos órganos pueden ejercer otras competencias más allá de la que podríamos considerar como su razón de ser histórica, a saber, el juicio de validez de la ley, y aunque es cierto que en la práctica totalidad de las ocasiones dichas competencias pueden vincularse más o menos directamente a una actividad de interpretación de la Constitución y de verificación de la validez (constitucional) de determinados actos, en particular de la ley, no puede dejar de reconocerse que en algunos casos ciertas atribuciones de estos tribunales se alejan de manera muy notable de la idea de control de constitucionalidad. Los motivos que explican esta realidad son en ocasiones contingentes, vinculados a la concreta circunstancia del país en el que se decidió añadir esta o aquella competencia adicional al tribunal constitucional[19], aunque con carácter general puede pensarse que la razón última suele encontrarse en la consideración de esas funciones adicionales como «demasiado políticas o constitucionalmente relevantes como para ser conferidas a los tribunales ordinarios»[20].

Algunos ejemplos de estas *otras* competencias podrían ser los siguientes[21]: la disolución de partidos políticos y el control de sus cuentas, el enjuiciamiento penal de altos cargos del Estado, la incapacitación temporal o permanente del jefe del Estado, los conflictos entre poderes del Estado, el control de las elecciones presidenciales y parlamentarias, la declaración de la pérdida del mandato electoral, el control sobre la adopción de medidas de emergencia, y, sin agotar los supuestos, la supervisión de la regularidad de los referendos y de la iniciativa legislativa popular. El propio recurso de amparo sería también un ejemplo de competencia adicio-

---

[17] En este sentido, por todos, J. Kokott y M. Kaspar, «Ensuring Constitutional Efficacy», en M. Rosenfeld y A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, 2012, p. 797. También, A. Stone Sweet, «Constitutional Courts», en *íidem*, pp. 818-820, y F. Rubio Llorente, «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», *REDC*, n. 35, 1992, pp. 12-13.

[18] A. Stone Sweet, *cit.*, p. 817.

[19] Véase, sobre el particular, S. Baldin, *Le «altre» funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all'Est europeo*, EUT, 2000, en concreto, pp. 13— 43 y 121-132.

[20] A. Stone Sweet, *op. cit.*, p. 823.

[21] S. Baldin, *cit.*, elabora una triple clasificación de estas funciones: funciones vinculadas a la forma de Estado, funciones vinculadas a la forma de gobierno y funciones «híbridas […] relativas a la forma de Estado y a la forma de Gobierno».

En opinión de Ferreres Comella la mayoría de las tareas adicionales que se otorgan a estos tribunales «son de naturaleza 'constitucional', pues entrañan la interpretación y aplicación de normas constitucionales. Otras, en cambio, comportan únicamente la aplicación del Derecho ordinario» (*cit.*, p. 31).

nal, que no cualifica *per se* el modelo europeo de control de constitucionalidad, aunque de hecho a día de hoy en la mayoría de los tribunales constitucionales del continente se prevea el acceso directo de los particulares para la tutela de sus derechos fundamentales.

Así las cosas, la «pureza»[22] de los tribunales constitucionales europeos podría medirse de acuerdo con su mayor o menor proximidad a la función que caracterizó históricamente su existencia, de modo que «[P]odemos decir que un tribunal constitucional no es *puro* cuando, aparte de controlar la validez de las leyes, desempeña otras funciones. Es tanto menos puro, cuanto más importantes sean esas otras funciones, cuanto mayor sea el volumen de trabajo que supongan para el tribunal, y cuanto más se aproximen, conceptualmente, a las actividades de aplicación judicial del Derecho ordinario»[23]. Ferreres Comella pone algunos ejemplos: los tribunales constitucionales de Bélgica y Luxemburgo, sostiene, son completamente puros, ya que su única función es juzgar la validez de la ley; en el caso de Francia, Italia y Portugal, las tareas adicionales asignadas a los respectivos tribunales no impiden que su principal actividad continúe siendo el control de constitucionalidad de la ley, mientras que los tribunales constitucionales austríaco, alemán y español, «tienen jurisdicción sobre materias tan diversas e importantes que sería incorrecto afirmar que, en términos de su trabajo cotidiano, su cometido primordial es el control de la legislación»[24].

Este panorama de «pureza» graduable hace posible sostener que en muchos casos los tribunales constitucionales se ocupan actualmente más que del control de la constitucionalidad de la ley, del control de su aplicación[25], lo que permite concluir que su actividad más importante Por otra parte, en Europa.de loe las propias competencias por parte de los tribunal constitucionales existentes en Europa.de lo es «la protección de los derechos» a través del control de constitucionalidad de la actuación de todos los poderes públicos[26].

Concebido por Kelsen en buena medida para garantizar el reparto constitucional del poder en los Estados federales[27], el modelo europeo de justicia consti-

---

[22] V. Ferreres Comella, *cit.*, p. 31.

[23] *Ibidem.* S. Baldin recuerda que en los países de Europa central y oriental se ha »sobrecargado a los respectivos tribunales constitucionales» de funciones «diversas y adicionales de las clásicas» (*op. cit.*, p. 124). P. Cruz Villalón se refiere al «núcleo» y las «adherencias» de la jurisdicción constitucional, aunque no identifica ni uno ni otras, «Sobre el amparo», *REDC*, n. 41, 1994, p. 11.

[24] *Op. cit.*, p. 31. En las notas 19, 20 y 21 (pp. 31-32), este autor se refiere a las fuentes constitucionales y legislativas de las competencias de los tribunales aludidos en el texto.

[25] Una tendencia apuntada por L. Favoreu hace ya casi treinta años (*Los tribunales constitucionales* [trad. esp.], Ariel, 1994, pp. 40-41) que el paso del tiempo no ha hecho sino confirmar.

[26] A. Stone Sweet, *op. cit.*, p. 823.

[27] El control de constitucionalidad, sostuvo el gran jurista austríaco, adquiere «la máxima importancia» en los Estados federales, H. Kelsen, «La Garantie juridictionnelle de la Constitution (la

tucional parece justificarse hoy en mayor medida para la tutela del contenido constitucionalmente declarado de los derechos, al punto que no faltó quien hace ya más de un cuarto de siglo vino a identificar jurisdicción constitucional con jurisdicción protectora de los derechos fundamentales[28]. Desde este presupuesto, es posible reconducir a un triple ámbito buena parte de los procedimientos que se siguen ante los órganos de la jurisdicción constitucional: el control abstracto de la constitucionalidad de la ley, el control concreto de la misma y el recurso individual para la tutela de los derechos fundamentales[29]. Cada uno de ellos se manifiesta mediante instituciones procesales distintas en los diversos ordenamientos y, más aun, no todos ellos existen en los treinta y tres Estados del Consejo de Europa que responden al modelo europeo de control de constitucionalidad[30], pero no creo exagerado afirmar que, por decirlo en los términos de nuestra Constitución, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, al igual que el recurso de amparo, son los cauces procesales mediante los que en la mayoría de las ocasiones intervienen la práctica totalidad de los tribunales constitucionales existentes en Europa.

Justice constitutionnelle)», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n. 45, 1928, p. 253. Recientemente X. Arzoz ha afirmado que «frente a lo que suele afirmarse, los tribunales constitucionales surgieron como respuesta a la necesidad de garantizar la unión del Estado en contextos de descentralización política, más que para la garantía abstracta de la Constitución o la tutela de los derechos fundamentales, funciones que bien podían ser desempeñadas por la jurisdicción ordinaria y que, en su caso, fueron atribuidas a los nuevos tribunales constitucionales como complemento. Los tres primeros modelos de control concentrado de constitucionalidad, creados después de la Primera Guerra Mundial (Austria, Checoslovaquia, España), muestran la estrecha vinculación en el moderno Estado constitucional entre la decisión de fraccionar el poder legislativo y la de crear un tribunal constitucional especializado», en *RCDP blog*, 9 de septiembre de 2020, https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2020/09/09/la-vinculacion-estrecha-entre-federalismo-y-justicia-constitucional-xabier-arzoz-santisteban-2/

[28] M. Cappelletti, «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional», *REDC,* n. 17, 1986, en particular, pp. 12-17. Fue el propio Cappelletti quien acuñó la expresión «jurisdicción constitucional de la libertad» al titular su obra *Giurisdizione costituzionale delle libertà; primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Giuffrè, 1955. En España, véase J.L. Cascajo Castro, «La jurisdicción constitucional de la libertad», *REP*, n. 199, 1975, pp. 149-198. Sobre la obra del profesor de Stanford, Florencia y del Instituto Universitario Europeo, resulta de lectura obligada el trabajo de E. Ferrer Mac Gregor, «Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional Comparado», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 13, 2009, pp. 267-306.

[29] Muchas de las que hemos denominado más arriba «otras funciones» de los tribunales constitucionales conocen procedimientos específicos, singulares.

En el sentido apuntado en el texto, por ejemplo, V. Ferreres Comella, *op. cit.*, pp. 32-35; F. Rubio Llorente, *cit.*, tesis cuarta, quinta y sexta; A. Stone Sweet, *cit.*, p. 823, y J. Kokott y M. Kaspar, *cit.*, pp. 807-813 (estos últimos autores añaden a la lista los conflictos entre órganos del Estado).

[30] Por poner el ejemplo más evidente, el que entre nosotros denominamos recurso de amparo, es desconocido en Italia y en Francia.

Esta es, en un relato abreviado, la realidad de la jurisdicción constitucional en los Estados de Europa. Su generalización ha ido de la mano de la progresiva democratización del continente en la segunda mitad del siglo xx, de manera que los tribunales constitucionales se han convertido en un capítulo más (y muy mayoritario por su número) de la jurisdicción de los Estados parte del Convenio de Roma. Más aún, la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, más conocida como Comisión de Venecia, que elabora opiniones y estudios sobre materias vinculadas a los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho a petición de los órganos del Consejo de Europa, de los Estados miembros y de algunos organismos internacionales, ha avalado en su conocida *Rule of Law Checklist* la existencia de los tribunales constitucionales u «órganos equivalentes» para la protección del Estado de Derecho y ha sostenido que el control de constitucionalidad es el mejor medio para garantizar el respeto a la Constitución[31].

[31] «The Venice Commission usually recommends providing for a constitutional court or equivalent body» y «Full judicial review of constitutionality is indeed the most effective means to ensure respect for the Constitution», puede leerse en los apartados 108 y 109 del Documento de la Comisión de Venecia titulado *Rule of Law Checklist*, adoptado en marzo de 2016. Accesible en: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e.

A pesar de su extensión, me permito reproducir aquí los pasajes relevantes (apartados 108-113) de este importante Documento:

«108. The Venice Commission usually recommends providing for a constitutional court or equivalent body. What is essential is an effective guarantee of the conformity of governmental action, including legislation, with the Constitution. There may be other ways to ensure such conformity. For example, Finnish law provides at the same time for a priori review of constitutionality by the Constitutional Law Committee and for a posteriori judicial control in case the application of a statutory provision would lead to an evident conflict with the Constitution. In the specific national context, this has proven sufficient.134

109. Full judicial review of constitutionality is indeed the most effective means to ensure respect for the Constitution, and includes a number of aspects which are set out in detail above. First, the question of locus standi is very important: leaving the possibility to ask for a review of constitutionality only to the legislative or executive branch of government may severely limit the number of cases and therefore the scope of the review. Individual access to constitutional jurisdiction has therefore been developed in a vast majority of countries, at least in Europe.135 Such access may be direct or indirect (by way of an objection raised before an ordinary court, which refers the issue to the constitutional court).136 Second, there should be no limitation as to the kinds of acts which can be submitted to constitutional review: it must be possible to do so for (general) normative as well as for individual (administrative or judicial) acts. However, an individual interest may be required on the part of a private applicant.

110. The right to a fair trial imposes the implementation of all courts' decisions, including those of the constitutional jurisdiction. The mere cancellation of legislation violating the Constitution is not sufficient to eliminate every effect of a violation, and would at any rate be impossible in cases of unconstitutional legislative omission.

111. This is why this document underlines the importance of Parliament adopting legislation in line with the decision of the Constitutional Court or equivalent body.137 What was said about the legislator and the executive is also true for courts: they have to remedy the cases where the constitutional jurisdiction found unconstitutionality, on the basis of the latter's arguments.

Las cuentas, al final de este apretado repaso, son claras: el 13% de los Estados que firmaron el Convenio en noviembre de 1950 (dos de quince) preveía la existencia de un tribunal constitucional; treinta años después, cuando termina la década de los ochenta del siglo pasado, el 39% de los Estados partes del instrumento convencional (nueve de veintitrés) conocían la jurisdicción constitucional, un porcentaje que se eleva al 65% (veintisiete Estados de un total de cuarenta y uno) a finales de los años noventa. En la actualidad, el 72% de los Estados miembros del Consejo de Europa (treinta y tres de cuarenta y seis), tiene un tribunal constitucional. Nuestro repaso se inició en 1950, al firmarse el CEDH, y podría darse por finalizado en 2004, con la última firma del Convenio, la del Principado de Mónaco. En términos puramente cuantitativos podría decirse que en muy poco más de medio siglo la presencia de Tribunales Constitucionales se ha multiplicado por seis en los Estados europeos.

Los tribunales constitucionales estuvieron completamente ausentes en el proceso de creación del Consejo de Europa (y de elaboración del CEDH) y en el diseño de la integración supranacional económica que se concretó en los años cincuenta, en particular, en los Tratados de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (firmado en París en 1951) y de la Comunidad Económica Europea (firmado en Roma en 1957). Creo que no exagero si afirmo que no fueron ni siquiera mencionados en las negociaciones y en los trabajos preparatorios de los cuatro tratados a los que me acabo de referir. La evolución de la jurisdicción constitucional en Europa ha alterado radicalmente el papel de los tribunales constitucionales en el continente: han pasado de ser desconocidos o ignorados (y casi inexistentes) a convertirse en instituciones relevantes e imprescindibles para la existencia del Estado Constitucional de Derecho y en protagonistas indiscutibles de muchas de las transformaciones que en estos decenios han conocido los ordenamientos jurídicos de los países europeos.

Añádase, ya para finalizar, que el panorama europeo de la jurisdicción constitucional no se puede entender sin una referencia obligada al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es cierto que se trata, en ambos casos, de tribunales no-nacionales, y que, por lo mismo, no pueden calificarse como tribunales constitucionales. Pero uno y otro cumplen

112. The legitimacy of a constitutional jurisdiction and society's acceptance of its decisions may depend very heavily on the extent of the court's consideration of the different social values at stake, even though such values are generally superseded in favour of common values. To this end, a balance which ensures respect for different sensibilities must be entrenched in the rules of composition of these jurisdictions».138 A qualified majority implies a political compromise and is a way to ensure a balanced composition when no party or coalition has such a majority.

113. Even in States where ex post control by a constitutional or supreme court is possible, ex ante control by the executive or legislative branch of government helps preventing unconstitutionalities».

funciones muy próximas a las de esos tribunales, por lo que en no pocas ocasiones se habla de ambos, en un sentido no técnico, como «tribunales constitucionales»[32]. Uno de los mejores conocedores de los orígenes del Convenio de Roma, Ed Bates, ha recordado que ya en los años cincuenta y sesenta del pasado siglo existía en algunos (pocos) ambientes jurídicos y políticos una verdadera conciencia de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «podía convertirse en *una especie* de tribunal constitucional para Europa»[33]. Muchos dirán, y yo creo que no se equivocan, que el paso del tiempo ha dado buena parte de razón a aquellos visionarios.

[32] No son miembros de la Conferencia Europea de Tribunales Constitucionales, véase https://www.confeuconstco.org/en/common/home.html, pero son habitualmente invitados a sus actividades.

[33] *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford, 2010, p. 107. La cursiva està añadida.

LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN. Los dos volúmenes de esta obra reúnen las ponencias presentadas con ocasión del XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado el 9, 10 y 11 de marzo de 2022 en las sedes del Senado de España y del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en Madrid. Dicho congreso tuvo como eje temático *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, conmemorando el centenario del Verfassungsgerichtshof Österreich y los cuarenta años del Tribunal Constitucional español.

Se divide en dieciocho capítulos, relativos a temas clásicos y desafíos contemporáneos de la justicia constitucional. Contienen las reflexiones de los presidentes eméritos del Tribunal Constitucional español (reunidos por primera vez) y de más de ochenta constitucionalistas provenientes de 14 países: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Francia, Italia, México, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. A manera de homenaje póstumo, la obra destaca la aportación de dos juristas, muy queridos y respetados en ambos lados del océano, para la consolidación de las ideas de la justicia constitucional y la construcción científica del derecho procesal constitucional iberoamericano: los doctores Héctor Fix-Zamudio (1924-2021) y Pablo Pérez Tremps (1956-2021).

Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la que ha sido presidente y vicepresidente. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y profesor titular por oposición de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor visitante en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor adjunto de la Academia de Derecho Internacional y Derecho Humanitario de la American College of Law (Washington, D.C.). Ha sido investigador o profesor visitante en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania) y en las Universidades de Stanford y Notre Dame, en Estados Unidos. Miembro de más de veinte asociaciones científicas. Director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* y de la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Coordinador de la colección Justicia Interamericana de Tirant lo Blanch, de cuyo consejo científico forma parte.

SENADO
IIDPC Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional
MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW
GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES Y MEMORIA DEMOCRÁTICA
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES